Función Pública

Concepto 437301 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000437301

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado N°: 20216000437301

Fecha: 07/12/2021 05:07:24 p.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Contralor. Inhabilidades constitucionales y legales para ser Contralor Departamental por ejercer el cargo de Personero. RAD. 20219000692112 del 4 de noviembre de 2021.

Cordial saludo.

En la comunicación de la referencia, informa que la elección del Personero del Municipio de Albania-La Guajira, para el periodo 2020-2024 fue declarada la nula al estar incurso al existir vicios sobre su elección. Sin embargo, el ex personero está aspirando al cargo de Contralor Departamental de La Guajira para el periodo 2022-2025. Con base en la información precedente, consulta si puede el ex personero aspirar al cargo de contralor departamental, cuando la personería de Albania-La Guajira, es sujeto de control y vigilancia por parte de la Contraloría y qué pasaría con las auditorias, o asuntos materia que asumió el personero y que son sujeto de investigación por parte del ente de control.

Sobre las inquietudes planteadas, me permito manifestarle lo siguiente:

Frente a las inhabilidades para ser contralor territorial, 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.

(…)

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).

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.

Adicionalmente a las inhabilidades señaladas en la Constitución, la Ley ha determinado otras para la elección de Contralor Departamental, que están contenidas en las Leyes 330 de 1996, *"Por la cual se desarrolla parcialmente el artículo 308 de la Constitución Política y se dictan otras*

disposiciones relativas a las Contralorías Departamentales", en la que se establece lo siguiente:

"ARTÍCULO 6. INHABILIDADES. No podrá ser elegido Contralor quien:

a) Haya sido Contralor de todo o parte del período inmediatamente anterior, como titular o como encargado; [Texto tachado declarado INEXEQUIBLE.]

b) Haya sido miembro de los Tribunales que participaron en su postulación, dentro de los tres años anteriores;

c) Durante el último año haya ocupado cargo público del orden departamental, distrital o municipal, salvo la docencia; (Derogado tácitamente por el Acto Legislativo 02 de 2015).

d) Sea o haya sido miembro de la Asamblea en el último año;

e) Estarán igualmente inhabilitados quienes en cualquier época hayan sido condenados penalmente a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos.

(…)" (Se subraya).

Debe señalarse que la inhabilidad contenida en el literal c) del artículo citado, fue derogado tácitamente por el Acto Legislativo 02 de 2015. Así lo señaló el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta que, con ponencia del Consejero Alberto Yepes Barreiro, dentro de la sentencia emitida el 13 de julio de 2017 dentro del expediente con Radicación número: 27001-23-33-000-2016-00028-01, señaló lo siguiente:

"En cuanto a las inhabilidades para ser elegido como contralor departamental originalmente el artículo 272 de la Constitución Política disponía lo siguiente:

"(…) No podrá ser elegido quien sea o haya sido en el último año miembro de asamblea o concejo que deba hacer la elección, ni quien haya ocupado cargo público del orden departamental, distrital o municipal, salvo la docencia. (…)".

Según la Corte Constitucional esta inhabilidad se justificaba en la medida que: *"las actividades de control fiscal que realizan esos organismos implican una importante característica de la función pública, en cuanto permiten adelantar la vigilancia del manejo y destinación de los recursos públicos de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de las entidades territoriales, el desarrollo normativo que sobre el acceso a dichos cargos se consagre, en lo que concierne al titular del mismo, debe estar enderezado al cumplimiento y realización de los fines del Estado, con una clara definición de los requisitos exigidos a los candidatos a contralor, para preservar la moralidad y eficiencia de la administración, en aras de la protección del interés general de la comunidad."*[1]

Luego, en similares términos, el literal c) del artículo 6º de la Ley 330 de 1996 dispuso como causal de inhabilidad para ser elegido como contralor departamental el ejercicio previo de cargos públicos, en los siguientes términos:

"ARTÍCULO 6o. INHABILIDADES. No podrá ser elegido Contralor quien:

c) Durante el último año haya ocupado cargo público del orden departamental, distrital o municipal, salvo la docencia; (…)".

En el marco de la reforma de equilibrio de poderes que se materializó con la expedición del Acto Legislativo 02 de 2015, el Constituyente decidió modificar la forma de elección de los contralores departamentales y asignó dicha función a las Asambleas, con el fin de que no hubiera interferencia judicial en la postulación de estos cargos.[2]

Así mismo la inhabilidad por el ejercicio previo de cargos públicos consagrada en el inciso octavo del artículo 272 de la Constitución Política fue modificada así:

"(…) 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 el nivel ejecutivo del orden departamental, distrital o municipal. (…)".

Como se observa, esta última reforma constitucional modificó el artículo 272 Superior y derogó tácitamente el literal c) del artículo 6 de la Ley 330 de 1996, al modificar la aludida causal de inhabilidad en los siguientes aspectos: (i) restringió la materialización de la inhabilidad al ejercicio de cargos públicos en el nivel ejecutivo, ya que la anterior regulación no distinguía el nivel del cargo; y, (ii) no consagró la docencia como excepción para la configuración de la inhabilidad.

(…)."

En tal virtud, para analizar la inhabilidad para ser Contralor Departamental para quien haya ejercido un empleo, debe verificarse bajo los presupuestos contenidos en el artículo 272 modificado por el Acto Legislativo No. 04 de 2019.

Para el caso concreto, se deben analizar dos aspectos:

Si el cargo de Personero Municipal Integra la Rama Ejecutiva.

Los efectos de la declaratoria de nulidad del acto de elección de Personero

Conforme al mandato constitucional, no podrá ser elegido Contralor Departamental, quien haya ocupado cargo público en la rama ejecutiva del orden departamental, distrital o municipal dentro del último año anterior a la elección.

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.

Así las cosas, los empleos que no hacen parte de la rama ejecutiva territorial, como lo son los servidores públicos de las contralorías, de las personerías, que hacen parte de los órganos de fiscalización y control, las Universidades oficiales que constitucionalmente tienen autonomía y no hacen parte de ninguna de las ramas del poder público, entre otras, no está cobijados por la inhabilidad constitucional señalada.

De otra parte, y conforme con lo señalado en la consulta, la elección del Personero fue declarada nula. Sobre el particular, la Corte Constitucional, en su Sentencia T-121 del 8 de marzo de 2016, con ponencia del Magistrado Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, indicó:

"2.2.2 A diferencia de la inexequibilidad, salvo que el fallo de la Corte expresamente disponga lo contrario, la anulación de un acto administrativo produce efectos *ex tunc*, es decir, se entiende retirado del mundo jurídico desde el nacimiento, razón por la cual se retrotraen las cosas al estado anterior, esto por cuanto el estudio de su legalidad se remite al origen de la decisión. El Máximo Tribunal de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, ha adoctrinado que la diferencia entre la declaración de nulidad, y la de inexequibilidad, parte del supuesto que la norma viciada no ha tenido existencia jamás, por lo cual todo debe volver al estado anterior a su vigencia.[15] Ahora bien, los efectos *ex tunc* no generan un inmediato restablecimiento de las situaciones que se hayan causado en vigencia de la norma retirada del ordenamiento jurídico, en cada caso, debe examinarse si se encuentran situaciones jurídicas consolidadas, las cuales, en atención al principio de seguridad jurídica, no pueden alterarse.[16]" (Se subraya).

De acuerdo con los fallos de los Altos Tribunales, el acto administrativo declarado nulo, para el caso, la elección del concejal, tiene efecto *ex tunc,* y, en tal virtud, debe entenderse que se entiende retirado del mundo jurídico desde su nacimiento lo que implica que el acto administrativo jamás existió en el mundo jurídico.

Así las cosas, el acto de elección del Personero jamás existió y, consecuentemente, su calidad de Personero. Por lo tanto, las inhabilidades e incompatibilidades señaladas para quienes ejercen este cargo no serán aplicables a quien le haya sido declarado nulo su elección pues, como indica la jurisprudencia, el acto de elección jamás existió en el mundo jurídico.

Con base en los argumentos expuestos, esta Dirección Jurídica considera que la persona a quien le fue declarada nula su elección de Personero, no se encuentra inhabilitada para participar en la convocatoria para elegir Contralor Departamental, pues esta declaratoria de nulidad hace entender que nunca ejerció el cargo, por los efectos *ex tunc* del fallo. Adicionalmente y, en el evento que se aceptara su calidad de ex Personero, este cargo no pertenece a la Rama Ejecutiva, requisito exigido por la inhabilidad contenida en el artículo 272 de la Constitución.

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. Corte Constitucional Sentencia C-509 del 9 de octubre 1997.

2. En la primera vuelta del proyecto que dio origen al Acto Legislativo 02 de 2015, el Senado de la República aprobó modificar el cuarto inciso del artículo 272 de la Constitución Política en el siguiente sentido: *"Los contralores departamentales, distritales o municipales serán seleccionados por la Comisión Nacional del Servicio Civil, mediante concurso público de méritos, conforme a las reglas previstas en el artículo 126 de la Constitución Política y a lo que señale la ley, para período igual al del gobernador o alcalde, según el caso"*.

Sin embargo, en el informe de ponencia presentado para el primer debate de la primera vuelta ante la Comisión Primera de la Cámara de Representantes dicho texto fue modificado así: *"Los contralores departamentales, distritales o municipales serán elegidos por las Asambleas Departamentales o Concejos Municipales o Distritales, mediante convocatoria pública siguiendo los principios de transparencia, publicidad, objetividad, participación ciudadana y equidad, para periodo igual al del Gobernador o Alcalde, según el caso."*

En el pliego de modificaciones incluido en el informe de ponencia publicado en la Gaceta 694 de 2014 se adujo la siguiente motivación para realizar dicho cambio: *"Frente al artículo 26 del texto aprobado en la plenaria, que modifica el artículo 272 se propone, armonizar con el espíritu de la reforma, se elimina la posibilidad de los contralores de reelegirse y, de igual manera, se excluyen las postulaciones de las autoridades judiciales para estos cargos."*

Fecha y hora de creación: 2025-08-02 08:36:51