Departamento Administrativo de la Función Pública

Concepto 288441

Fecha: 03/09/2019

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Contralor. Inhabilidad para aspirar al cargo por ejercer cargos del nivel asesor y directivo. Por ejercer autoridad en el municipio. **RAD. 20192060296352** del 23 de agosto de 2019.

En la comunicación de la referencia indica que no existe claridad sobre el hecho de que una persona que ocupe un cargo público del orden departamental, lo inhabilita para aspirar a contralor municipal, ya que, en el artículo 272 de la Constitución se establece que no podrá ser elegido quien haya ocupado cargo público en el nivel ejecutivo del orden departamental, distrital o municipal, sin especificar esta situación en particular. Por lo anterior se consulta si una persona que ocupe un cargo público en el nivel directivo, asesor o profesional en la Contraloría Departamental, se encuentra inhabilitado para ocupar el cargo de contralor municipal de la capital del respectivo departamento. Sobre la interrogante expuesta, me permito manifestarle lo siguiente:

Frente a las inhabilidades para ser contralor, la Constitución Política señala:

"**ARTICULO 272.** La vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, distritos y municipios donde haya contralorías, corresponde a éstas y se ejercerá en forma posterior y selectiva.

(…)

<Inciso modificado por el artículo 23 del Acto Legislativo 2 de 2015. El nuevo texto es el siguiente:> Los Contralores departamentales, distritales y municipales serán elegidos por las Asambleas Departamentales, Concejos Municipales y Distritales, mediante convocatoria pública conforme a la ley, siguiendo los principios de transparencia, publicidad, objetividad, participación ciudadana y equidad de género, para periodo igual al del Gobernador o Alcalde, según el caso.

Ningún contralor podrá ser reelegido para el período inmediato.

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 y podrán, según lo autorice la ley, contratar con empresas privadas colombianas el ejercicio de la vigilancia fiscal.

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.

<Inciso modificado por el artículo 23 del Acto Legislativo 2 de 2015. El nuevo texto es el siguiente:> 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.

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 ocupado cargo público en el nivel ejecutivo del orden departamental, distrital o municipal.

Sobre la inhabilidad contenida en el artículo 272 de la Carta, relacionada con el ejercicio de un cargo del nivel ejecutivo, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejero ponente, Rocío Araújo Oñate, sentencia del 19 de julio de 2018, dentro del proceso de Nulidad Electoral con Radicado No. 20001-23-39-003-2017-00147-01, señaló:

“Ahora bien para realizar el análisis de este precepto se debe atender sus dos connotaciones: la primera referida al nivel del cargo público y la segunda al orden que ostenta la entidad al cual pertenece el empleo controvertido.

3.1.1.1 Teleología de la norma

En relación con el nivel ejecutivo que señala el artículo 272, inciso 8º, de la Constitución, es pertinente precisar que fue incluido en el Acto Legislativo 02 de 2015, en el entendido de que el resto de dicho inciso de la norma constitucional se mantuvo inalterado.

La finalidad de esa inclusión era limitar la inhabilidad para que la misma no se configurara por haber ocupado **cualquier cargo** en los mencionados órdenes departamental, distrital o municipal, bajo la consideración de que con la amplitud que traía la causal ocasionaba una significativa restricción del derecho de acceso a los cargos públicos; por lo tanto, la limitación introducida tenía por finalidad que la inhabilidad **se configurara sólo en aquellos cargos de mayor nivel dentro de la jerarquía administrativa**.

Por lo mismo, si la finalidad de la norma era establecer dicha limitación para ajustar de mejor manera la inhabilidad a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, en función de una ponderación más adecuada entre el propósito de protección de los principios que rigen la función pública y el derecho de acceso a cargos públicos de los asociados, está claro que al incluir la norma el nivel ejecutivo quiso fijar un límite inferior de aquellos cargos a partir de los cuales se desempeñan funciones que en verdad podrían ser objeto de control fiscal en cabeza de la respectiva contraloría territorial, control que podría llegar a desarticularse precisamente por la llegada a la cabeza del ente de control fiscal respectivo de alguien que haya ocupado cargos y desempeñado funciones que están dentro del ámbito de competencia de ese control, todo esto en detrimento del interés general y de los principios de imparcialidad, transparencia y moralidad.

En esta perspectiva, se impone concluir que si ocupar un cargo en el nivel ejecutivo configura la inhabilidad, con mayor razón la misma se materializa si el cargo ocupado es de mayor nivel, como ocurre con los **cargos de nivel directivo y asesor**, porque en estos niveles la posibilidad de adelantar conductas y actuaciones que llegasen a ser objeto de control fiscal aumenta.

Así lo ha considerado la Sección Quinta del Consejo de Estado[38] en varias decisiones, entre ellas en la de unificación que en la materia se expidió, en los siguientes términos:

<<En el caso concreto existe una palmaria necesidad lógica y práctica de apartarse parcialmente del tenor literal de la norma que establece la inhabilidad para contralores departamentales referida al ejercicio de cargos del nivel ejecutivo en el año anterior, para entender incluida dentro de la misma el ejercicio de cargos de nivel superior a ese –como el caso del nivel directivo- sin que ello implique o se traduzca necesariamente en una interpretación extensiva de la misma>>.[39]

Con esta interpretación se preserva el efecto útil de la norma constitucional para la protección de los mencionados principios, a través de la ineludible determinación de su finalidad dentro de un marco también ineludible de interpretación lógica."

De acuerdo con los textos legales y jurisprudenciales citados, no podrá ser elegido contralor 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 y los superiores a éste, **asesor y directivo** del orden departamental, distrital o municipal.

Ahora bien, respecto a los niveles jerárquicos de los empleos públicos del nivel departamental, el Decreto 785 de 2005, *"Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación y de funciones y requisitos generales de los empleos de las entidades territoriales que se regulan por las disposiciones de la Ley 909 de 2004."*, establece:

*"**ARTÍCULO 3.** NIVELES JERÁRQUICOS DE LOS EMPLEOS. Según la naturaleza general de sus funciones, las competencias y los requisitos exigidos para su desempeño, los empleos de las entidades territoriales se clasifican en los siguientes niveles jerárquicos: Nivel Directivo, Nivel Asesor, Nivel Profesional, Nivel Técnico y Nivel Asistencial."*

"ARTÍCULO 4º. Naturaleza general de las funciones. A los empleos agrupados en los niveles jerárquicos de que trata el artículo anterior, les corresponden las siguientes funciones generales:

4.1. Nivel Directivo. Comprende los empleos a los cuales corresponden funciones de Dirección General, de formulación de políticas institucionales y de adopción de planes, programas y proyectos.

4.2. Nivel Asesor. Agrupa los empleos cuyas funciones consisten en asistir, aconsejar y asesorar directamente a los empleados públicos de la alta dirección territorial.

4.3. Nivel Profesional. Agrupa los empleos cuya naturaleza demanda la ejecución y aplicación de los conocimientos propios de cualquier carrera profesional, diferente a la técnica profesional y tecnológica, reconocida por la ley y que según su complejidad y competencias exigidas les pueda corresponder funciones de coordinación, supervisión y control de áreas internas encargadas de ejecutar los planes, programas y proyectos institucionales.

4.4. Nivel Técnico. Comprende los empleos cuyas funciones exigen el desarrollo de procesos y procedimientos en labores técnicas misionales y de apoyo, así como las relacionadas con la aplicación de la ciencia y la tecnología.

4.5. Nivel Asistencial. Comprende los empleos cuyas funciones implican el ejercicio de actividades de apoyo y complementarias de las tareas propias de los niveles superiores o de labores que se caracterizan por el predominio de actividades manuales o tareas de simple ejecución.

PARÁGRAFO. Se entiende por alta dirección territorial, los Diputados, Gobernadores, Concejales, Alcaldes Municipales o Distritales, Alcalde Local, Contralor Departamental, Distrital o Municipal, Personero Distrital o Municipal, Veedor Distrital, Secretarios de Despacho, Directores de Departamentos Administrativos, Gerentes de Unidades Administrativas Especiales y Directores, Gerentes o Presidentes de entidades descentralizadas."

Como se aprecia, el nivel ejecutivo fue eliminado de la nomenclatura de empleos del nivel territorial, y para efectos de la inhabilidad contenida en el texto constitucional y de acuerdo con el Consejo de Estado, y en criterio de esta Dirección Jurídica, debe entenderse que la misma se presenta para éste y para los niveles superiores al Ejecutivo, vale decir, los niveles Directivo y Asesor, incluyendo en la prohibición a los empleados de las Contralorías. El nivel profesional no está incluido en la inhabilidad.

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”: /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

Este documento fue tomado directamente de la página oficial de la entidad que lo emitió.