



Concepto 071971 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública

20206000071971

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20206000071971

Fecha: 24/02/2020 02:53:35 p.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Personero Municipal por pariente Defensor Regional. RAD. 20202060018352 de fecha 14 de enero de 2020.

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual consulta si existe alguna inhabilidad o incompatibilidad para tomar posesión del cargo de Personero de Montería en razón a que su cónyuge actualmente funge como Defensora del Pueblo de la Regional Córdoba, 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.

En lo que respecta a las inhabilidades de los personeros, la Ley 136 de 1994³ dispone:

“ARTÍCULO 174. INHABILIDADES. No podrá ser elegido personero quien:

a) Esté incurso en las causales de inhabilidad establecidas para el alcalde municipal, en lo que le sea aplicable;

(...)

f) Sea pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil o tenga vínculos por matrimonio o unión permanente con los concejales que intervienen en su elección, con el alcalde o con el procurador departamental;

Del texto normativo transcrito, se advierte que no podrá ser elegido Personero Municipal quien sea pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad (padres, hijos, hermanos, abuelos, nietos, tíos, sobrinos y primos), segundo de afinidad o primero civil o tenga vínculos por matrimonio o unión permanente con los concejales que intervienen en su elección, con el alcalde o con el procurador departamental.

Teniendo en cuenta la remisión expresa del literal a) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994, es necesario remitirse a las inhabilidades para ser elegido Alcalde, establecidas en la Ley 617 de 2000⁴, la cual 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:

- 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". (Subrayado fuera de texto)*

Con respecto a la remisión de las inhabilidades de los alcaldes, dispuestas en la Ley 136 de 1994, para los personeros en lo que le sea aplicable, es pertinente señalar que el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejero Ponente Dr. Darío Quiñónez Pinilla, en sentencia de mayo 3 de 2002 fallo 02813, efectuó las siguientes precisiones:

"Es cierto que en materia de inhabilidades del Personero, el artículo 174 de la Ley 136 de 1994, de una parte, en su literal a), señaló que son las mismas causales establecidas para el alcalde "... en lo que le sea aplicable...", y, de otra, en los demás literales de esa norma -literales b) a h)- estableció de manera específica otras causales de inhabilidad especiales para dicho funcionario de control. Sin embargo, se debe tener en cuenta que las inhabilidades establecidas para el alcalde en el artículo 95, numerales 2° y 5°, de la Ley 136 de 1994, con la modificación introducida por el artículo 37 de la Ley 617 de 2000, no son aplicables al Personero, pues en punto del desempeño de cargos o empleos públicos el literal b) del artículo 174 de esa misma ley establece una causal específica de inhabilidad para el personero: la de que no puede ser elegido como tal quien "Haya ocupado durante el año anterior, cargo o empleo público en la administración central o descentralizada del distrito o municipio". Esto excluye, por consiguiente, la aplicación por remisión de las señaladas para el alcalde, pues éstas igualmente se refieren al desempeño de cargos públicos y dicha remisión solo es viable cuando no existe norma especial de inhabilidad para el personero y la señalada para el alcalde sea compatible con la naturaleza jurídica del cargo de control.

Precisamente, en relación con la causal de inhabilidad de que trata el numeral 4° del artículo 95 de la Ley 136 de 1994 en su versión original, la Corte Constitucional, mediante sentencia C-767 de 1998, se pronunció en el sentido de concluir que no resultaba aplicable a los personeros y, por tanto, se inhibió de conocer de la demanda contra esa norma "por inexistencia de la norma acusada en el ordenamiento legal Colombiano". Como sustento de la decisión, la Corte expresó, entre otras razones, la siguiente:

"Ahora bien, en la medida en que la propia ley previó una inhabilidad específica para ser personero cuando la persona ocupó previamente un cargo en la administración, la cual está contenida en el literal b) del artículo 174, no parece razonable extender a los personeros la inhabilidad sobre el mismo tema prevista para el alcalde. Debe entenderse entonces que la inhabilidad establecida por el numeral 4° del artículo 95 no es aplicable a los personeros, no sólo debido a la interpretación estricta de las causales de inelegibilidad sino también en virtud del principio hermenéutico, según el cual la norma especial (la inhabilidad específica para personero) prima sobre la norma general (la remisión global a los personeros de todas las inhabilidades previstas para el alcalde)".

Ahora bien, por la misma razón aducida por la Corte Constitucional para considerar que no resulta aplicable a los personeros la inhabilidad que el artículo 95, numeral 4°, de la Ley 136 de 1994 establecía para los alcaldes, se puede concluir igualmente que tampoco resultan aplicables a los personeros las inhabilidades que para el alcalde establece ahora el artículo 95, numerales 2° y 5°, según la modificación del artículo 37 de la Ley 617 de 2000, pues estos numerales estructuran la inhabilidad para los alcaldes por el hecho del desempeño de cargos o empleos públicos.

De manera que si la inhabilidad del personero por el desempeño de cargos o empleos públicos está regulada de una manera especial y restringida, no es posible pretender la aplicación de unas inhabilidades de una mayor cobertura establecidas para el alcalde, pues se modificaría la voluntad legislativa por vía interpretativa." (Subrayado fuera de texto)

En efecto, cabe recordar que la Corte Constitucional en sentencia C-767 de 1998, con ponencia del Magistrado Alejandro Martínez Caballero, había expuesto frente a dicha reemisión normativa lo siguiente:

"6- Según una primera posibilidad hermenéutica, los aspirantes a personeros quedarían sometidos a las dos inhabilidades, por lo cual no podrían ser elegidos para tal cargo quienes hayan ocupado durante el año anterior, cargo o empleo público en la administración central o descentralizada del distrito o municipio, como lo señala la norma específica para personeros, ni tampoco aquellos que se hayan desempeñado como empleado o trabajador oficial dentro de los tres meses anteriores a la elección, como lo establece el artículo relativo a los alcaldes. Esa interpretación, si bien es posible desde el punto de vista estrictamente literal, sin embargo no es razonable, por cuanto desconoce que las inhabilidades, en la medida en que son excepciones al derecho de las personas a acceder a las funciones públicas (CP art. 40), deben ser interpretadas de manera estricta y restrictiva. Ha dicho al respecto esta Corporación:

"Finalmente, no se puede olvidar que las inhabilidades, incluso si tienen rango constitucional, son excepciones al principio general de igualdad en el acceso a los cargos públicos, que no sólo está expresamente consagrado por la Carta (CP arts 13 y 40) sino que constituye uno de los elementos fundamentales de la noción misma de democracia. Así las cosas, y por su naturaleza excepcional, el alcance de las inhabilidades, incluso de aquellas de rango constitucional, debe ser interpretado restrictivamente, pues de lo contrario estaríamos corriendo el riesgo de convertir la excepción en regla. Por consiguiente, y en función del principio hermenéutico pro libertate, entre dos interpretaciones alternativas posibles de una norma que regula una inhabilidad, se debe preferir aquella que menos limita el derecho de las personas a acceder igualmente a los cargos públicos.^[2]"

Por ende, en la medida en que el artículo 174 señala que no podrá ser personero quien esté incurso en las causales de inhabilidad establecidas para el alcalde municipal, pero únicamente "en lo que le sea aplicable", debe entenderse que sólo se extienden al personero aquellas inelegibilidades previstas en el artículo 95 de la Ley 136 de 1994 cuando tal extensión resulte claramente necesaria para asegurar una adecuada protección a la imparcialidad, transparencia y moralidad de la función pública. Por consiguiente, en aquellos eventos en que esa extensión carezca de evidente razonabilidad, o exista duda sobre su pertinencia, debe entenderse que la inhabilidad del alcalde no es aplicable al personero.

7- Ahora bien, en la medida en que la propia ley previó una inhabilidad específica para ser personero cuando la persona ocupó previamente un cargo en la administración, la cual está contenida en el literal b) del artículo 174, no parece razonable extender a los personeros la inhabilidad sobre el mismo tema prevista para el alcalde. Debe entenderse entonces que la inhabilidad establecida por el numeral 4° del artículo 95 no es aplicable a los personeros, no sólo debido a la interpretación estricta de las causales de inelegibilidad sino también en virtud del principio hermenéutico, según el cual la norma especial (la inhabilidad específica para personero) prima sobre la norma general (la remisión global a los personeros de todas las inhabilidades previstas para el alcalde)". (Subrayado fuera de texto).

Misma tesis consideró posteriormente el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta en sentencia con radicado No. 4100-1233-1000-2012-00048-01 de 2013, con ponencia de la Consejera Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, en la cual consideró lo siguiente:

"(...) Realizando una interpretación acorde con lo pretendido, resulta importante aclarar que, no es procedente remitirse a las inhabilidades de los Alcaldes, por cuanto en el mismo artículo 174 existe una causal que consagra situaciones similares a las endilgadas pero predicadas propiamente de los Personeros Municipales.

(...)

En efecto, la inhabilidad de los Alcaldes consagrada en el numeral 2° del artículo 95 de la Ley 136 de 1994 se configura si dentro del año anterior se ha ejercido autoridad como empleado público, mientras que el literal b) del artículo 174, norma especialmente aplicable a los Personeros Municipales, establece que quien "Haya ocupado durante el año anterior, cargo o empleo público en la administración central o descentralizada del distrito o municipio", es decir que, por razón del ejercicio de funciones públicas, en condición de empleado público, el régimen especial de los personeros ya tiene prevista una causal de inhabilidad, que por su especialidad impide que se acuda a la prevista para los Alcaldes." (Subrayado fuera de texto).

En ese orden de ideas, de acuerdo con los pronunciamientos jurisprudenciales en precedencia, las remisiones a las inhabilidades establecidas para el Alcalde solo son aplicables cuando no existe norma especial de inhabilidad para el personero y la señalada para el primero sea compatible con la naturaleza jurídica del cargo; de manera que si la inhabilidad del personero está regulada de una manera especial y restringida, no es posible pretender la aplicación de unas inhabilidades de una mayor cobertura establecidas para el alcalde, pues se modificaría la voluntad legislativa y el sentido de las inhabilidades como excepciones al derecho de las personas a acceder a las funciones públicas, siendo

su interpretación de manera estricta y restrictiva.

Así las cosas, en criterio de esta Dirección Jurídica, no podrá ser elegido Personero Municipal quien sea pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad (padres, hijos, hermanos, abuelos, nietos, tíos, primos y sobrinos), segundo de afinidad o primero civil o tenga vínculos por matrimonio o unión permanente con los concejales que intervienen en su elección, con el alcalde o con el procurador departamental.

Por consiguiente, esta Dirección Jurídica considera que como Personero Municipal de Montería no se encuentra inhabilitado para ejercer dicho cargo por el hecho de que su cónyuge actualmente sea la Defensora del Pueblo Regional Córdoba, conforme lo dispone el literal f) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994.

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": <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

Proyectó Luis Fernando Nuñez

Aprobó: Armando López C.

12602.8.4

NOTAS DE PIE DE PAGINA

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.
3. Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios.
4. "Por la cual se reforma parcialmente la Ley 136 de 1994, el Decreto Extraordinario 1222 de 1986, se adiciona la ley orgánica de presupuesto, el Decreto 1421 de 1993, se dictan otras normas tendientes a fortalecer la descentralización, y se dictan normas para la racionalización del gasto público nacional"

Fecha y hora de creación: 2024-12-11 18:29:42