



Función Pública

Concepto 128601 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000128601

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000128601

Fecha: 13/04/2021 06:08:18 p.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Personero. Inhabilidad para ser designado temporalmente personero municipal por haber sido declarada la nulidad de su elección. RAD.: 20219000149742 del 19 de marzo de 2021.

En atención a la comunicación de la referencia, en la cual consulta:

"Cuando un funcionario público ejerce actualmente como personero municipal y en la actualidad hay un fallo de primera instancia declarando la nulidad electoral y está a la espera del fallo de segunda instancia en caso que confirme la sentencia, el funcionario tendrá un conflicto de interés o algún impedimento alguno inhabilidad e incompatibilidad, en momento dado de designarlo en cargo mientras se desarrolla nuevamente el concurso, y podría presentarse al concurso público y abierto donde ejerció o ejerce actualmente, en caso afirmativo o negativo cual es el argumento jurídico "

Al respecto, me permito dar respuesta en los siguientes términos:

Con relación a la forma de suplir las faltas absolutas de los personeros la Ley 136 de 1994 establece:

"ARTÍCULO 172. FALTA ABSOLUTA DEL PERSONERO. <Aparte tachado INEXEQUIBLE> En casos de falta absoluta, el Concejo procederá en forma inmediata, a realizar una nueva elección, para el período restante. En ningún caso habrá reelección de los personeros.

Las faltas temporales del personero serán suplidas por el funcionario de la personería que le siga en jerarquía siempre que reúna las mismas calidades del personero. En caso contrario, lo designará el Concejo y si la corporación no estuviere reunida, lo designará el alcalde. En todo caso, deberán acreditar las calidades exigidas en la presente Ley.

Compete a la mesa directiva del Concejo lo relacionado con la aceptación de renunciaciones, concesión de licencias, vacaciones y permisos al personero". (Destacado nuestro)

El artículo 35 de la Ley 1551 de 2012¹, que a su vez modificó el artículo 170 de la Ley 136 de 1994, desarrolla el tema de la elección de los personeros en los siguientes términos:

"ARTÍCULO 35. El artículo 170 de la Ley 136 de 1994 quedará así:

ARTÍCULO 170. Elección. <Aparte tachado INEXEQUIBLE> Los Concejos Municipales o distritales según el caso, elegirán personeros para periodos institucionales de cuatro (4) años, dentro de los diez (10) primeros días del mes de enero del año en que inicia su periodo constitucional, previo concurso público de méritos que realizará la Procuraduría General de la Nación, de conformidad con la ley vigente. Los personeros así elegidos, iniciarán su periodo el primero de marzo siguiente a su elección y lo concluirán el último día del mes de febrero del cuarto año.

(...)"

Ahora bien, la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-105 del 6 de marzo de 2013, estudió la constitucionalidad de la anterior norma, declarando la exequibilidad de la expresión "previo concurso de méritos" contenida en el Inciso 1 del artículo 35 de la Ley 1551 de 2012 y la inexecutable de la expresión "que realizará la Procuraduría General de la Nación" contenida en el Inciso 1 y así como los incisos 2, 4 y 5 del Artículo 35 de la citada ley.

Respecto de la inhabilidad para el ejercicio del cargo de Personero Municipal habiendo desempeñado el cargo en el período inmediatamente

anterior, me permito indicar que el artículo 174 de la Ley 136 de 1994, señala que no podrá ser elegido personero quien:

"b) Haya ocupado durante el año anterior, cargo o empleo público en la administración central o descentralizada del distrito o municipio;(..."

La Corte Constitucional declaró exequible esta causal, en Sentencia C- 617 de 1997, señalando:

"El literal b) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994 prohíbe que sea elegido Personero Municipal o Distrital quien haya ocupado durante el año anterior cargo o empleo público en la administración central o descentralizada del distrito o municipio.

Al decir de los actores, este precepto es inconstitucional por establecer barreras para el ejercicio de un cargo público sin que la Constitución las haya previsto; por extender el término de duración de las incompatibilidades de los concejales de manera desventajosa respecto de los congresistas y diputados; y por no haber sido contemplada la misma inhabilidad para el caso del Procurador General de la Nación, quien es cabeza del Ministerio Público.

La Corte Constitucional, frente a esos cargos, debe manifestar:

- El legislador, como ya se expresó, goza de autorización constitucional para establecer causales de inhabilidad e incompatibilidad en cuanto al ejercicio de cargos públicos, y al hacerlo, en tanto no contradiga lo dispuesto por la Carta Política y plasme reglas razonables y proporcionales, le es posible introducir o crear los motivos que las configuren, según su propia verificación acerca de experiencias anteriores y su evaluación sobre lo que más convenga con el objeto de garantizar la transparencia del acceso a la función pública, de las sanas costumbres en el seno de la sociedad y de la separación entre el interés público y el privado de los servidores estatales, sin que necesariamente los fenómenos que decida consagrar en la calidad dicha tengan que estar explícitamente contemplados en el texto de la Constitución. Exigirlo así significaría quitar a la ley toda iniciativa en materias que son propias de su papel en el plano de la conformación del orden jurídico, despojando de contenido la función legislativa misma. "

"Busca la norma impedir que se utilice el poder para favorecer o auspiciar la campaña en búsqueda de la elección, lo cual se aviene sin esfuerzo al sentido y a los objetivos de las inhabilidades, resguarda la confianza pública en la autonomía de los concejales al elegir y protege la igualdad de condiciones entre los distintos candidatos al cargo de Personero. "

De acuerdo con lo anterior, una de las inhabilidades para ser elegido por el concejo municipal o distrital como personero, es haber ocupado durante el año anterior, cargo o empleo público en la administración central o descentralizada del distrito o municipio en el cual será designado.

Con respecto a lo que debe entenderse por Administración Central o Descentralizada del Distrito o Municipio, se debe tener en cuenta lo siguiente:

- El sector central está conformado por la alcaldía, las secretarías y los departamentos administrativos.

- Por su parte, 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.

De otra parte, con respecto a la naturaleza de las personerías la Constitución Política de 1991, en sus artículos 113, 117 y 118, consagra:

"ARTÍCULO 113. Son Ramas del Poder Público, la legislativa, la ejecutiva, y la judicial.

Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines.

(...)

ARTÍCULO 117. El Ministerio Público y la Contraloría General de la República son órganos de control.

ARTÍCULO 118. El Ministerio Público será ejercido por el Procurador General de la Nación, por el Defensor del Pueblo, por los procuradores delegados y los agentes del ministerio público, ante las autoridades jurisdiccionales, por los personeros municipales y por los demás funcionarios que determine la ley. Al Ministerio Público corresponde la guarda y promoción de los derechos humanos, la protección del interés público y la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas. "

De acuerdo con la Constitución Política de 1991, el Ministerio Público es uno de los órganos de control del Estado. Es ejercido por el Procurador General de la Nación, por el Defensor del Pueblo, por los Procuradores Delegados y los agentes del Ministerio Público, ante las autoridades jurisdiccionales, por los personeros municipales y por los demás funcionarios que determine la ley.

Por otro lado, el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, en concepto número 1.864 Radicación 11001-03-06-000-2007-00093-00, del 6 de diciembre de 2007, con ponencia del magistrado Gustavo Aponte Santos, al emitir concepto sobre si se configura o no una causal de inhabilidad en cabeza de un funcionario que un año antes de la elección de Personero del Distrito Capital se haya desempeñado en el cargo de

Procurador Distrital de Bogotá, expresó:

"En el caso concreto, se solicita establecer si se encuentra o no inhabilitado para ser Personero del Distrito Capital, un funcionario que desempeñe el cargo de Procurador Distrital de Bogotá, durante el año inmediatamente anterior a la elección, no obstante ser su nombramiento de carácter nacional y tener entre sus atribuciones funciones de vigilancia y de carácter disciplinario frente a los concejales.

En este punto, lo primero que advierte la Sala es que la inhabilidad prevista en el artículo 2° de la ley 1031 de 2006, en razón de haber ocupado un cargo público con antelación a la elección está referida únicamente a aquel que pertenezca al nivel central o descentralizado del Distrito Capital y no a cargos públicos desempeñados en otro ente territorial u otro nivel u orden administrativo, pues lo que se trata de evitar es que el elegido pueda terminar controlando sus propias actuaciones.

En un caso análogo, esta Sala al analizar, en abstracto, si un funcionario que pertenece a la personería distrital de Bogotá, estaba obligado a renunciar a su cargo para postular su nombre ante el Concejo Distrital, en el concepto 1788 de 2006 concluyó que la pertenencia a un organismo de control no está configurada como causal de inhabilidad porque de acuerdo con lo previsto en el artículo 2° de la ley 1031 de 2006, el vínculo laboral con la entidad territorial, "solo es causal de inhabilidad para quien aspire a ser elegido personero de la misma, si corresponde a un cargo público de la administración central o descentralizada (...)".

Los presupuestos normativos de la inhabilidad especial prevista en el artículo en comento, llevan a la Sala a concluir que quien haya ejercido dentro del año anterior, el cargo de procurador del Distrito Capital, no está impedido para participar y ser elegido personero de la misma ciudad, en tanto, éste hace parte de la estructura orgánica del Ministerio Público que como ente de control goza de autonomía e independencia frente a la administración en cualquiera de sus órdenes o niveles (artículo 118 C.P. y artículo 2° del decreto 262 de 2000)."

En el caso de las Personerías Municipales o Distritales, se precisa que no integran la Rama Ejecutiva del poder público, sino que hacen parte de los órganos de control, por cuanto ejercen en el municipio, bajo la dirección suprema del Procurador General de la Nación, las funciones del Ministerio Público, incluyendo el poder disciplinario.

En consecuencia, la persona que haya ocupado el empleo de personero no se encuentra incurso en la inhabilidad que se viene haciendo referencia, en razón a que la personería no hace parte del sector central o descentralizado de la administración municipal.

Adicionalmente, se recuerda que en caso de que el concejo municipal tenga que designar temporalmente a una persona para ocupar el cargo de Personero Municipal, solo se deberá verificar que ésta acredite las calidades exigidas en la Ley para ocupar dicho empleo, en los términos señalados en el artículo 172 de la Ley 136 de 1994

Ahora bien, respecto de las incompatibilidades de los personeros, durante el ejercicio del cargo y su duración en el tiempo, el artículo 175 de la Ley 136 de 1994, consagra las incompatibilidades así:

"ARTÍCULO 175. INCOMPATIBILIDADES. Además de las incompatibilidades y prohibiciones previstas para los alcaldes en la presente Ley en lo que corresponda a su investidura, los personeros no podrán:

- a) Ejercer otro cargo público o privado diferente;
- b) Ejercer su profesión, con excepción de la cátedra universitaria.

PARÁGRAFO. Las incompatibilidades de que trata este artículo se entienden sin perjuicio de las actuaciones que deba cumplir el personero por razón del ejercicio de sus funciones. "

Respecto de la duración de las incompatibilidades de los personeros, la Ley 617 de 2000 establece:

"ARTÍCULO 51. Extensión de las incompatibilidades de los contralores y personeros. Las incompatibilidades de los contralores departamentales, distritales y municipales y de los personeros distritales y municipales tendrán vigencia durante el período para el cual fueron elegidos y hasta doce (12) meses posteriores al vencimiento del período respectivo o la aceptación de la renuncia."

Las incompatibilidades consagradas en las citadas normas, tiene como fin impedir que el personero ejerza otro cargo público o privado diferente durante el período para el cual fue elegidos e incompatibilidades que se extiende hasta doce (12) meses posteriores al vencimiento del período respectivo o de la aceptación de la renuncia, por lo tanto, el empleo de personero no sería "otro cargo público" sino el mismo que viene desempeñando.

La anterior interpretación encuentra sustento en la sentencia de la Corte Constitucional C-267 de 1995, en la cual declaró inexecutable la expresión "En ningún caso habrá reelección de los personeros" del inciso primero del artículo 172 de la Ley 136 de 1994, por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y funcionamiento de los municipios, en la cual señaló:

"1. La Constitución ha señalado expresamente los cargos públicos que excluyen toda posibilidad de reelección y para el cargo de personero, si bien está previsto en la Constitución (arts. 118, 291 y 313), no se contempla su no reelección.

2. La prohibición de la reelección se presenta como una técnica de control del poder que, excepcionalmente, la Constitución contempla respecto de ciertos cargos públicos ubicados en el vértice de algunos órganos que tienen especiales funciones y trascendencia política o jurídica asociada

a los mismos.

3. En relación con el personero, la ley puede establecer hechos y circunstancias que impidan su elegibilidad, siempre que se trate de restricciones necesarias y razonables.

4. Los derechos de participación política excepcionalmente pueden ser limitados y el Legislador puede introducir válidamente restricciones sin que ello devenga en una facultad irrestricta e incondicionada para elevar a inhabilidad electoral cualquier hecho o condición al que estime conveniente dar ese tratamiento. Su facultad deberá interpretarse de manera que se privilegie el ejercicio de los derechos de participación política.

5. La tarea legislativa de fijación de inhabilidades, cuando la Constitución la autoriza, no puede violar los derechos de igualdad y de participación política y, por ende, pierde todo asidero si se traduce en preceptos excesivos, innecesarios e irrazonables.

6. No existen motivos razonables que justifiquen la prohibición de la reelección del personero dada la diversa naturaleza del cargo y de las funciones que se le asignan.

7. La igualdad de oportunidades requiere ser promovida por el Legislador y, en ese sentido, la oportunidad de ser personero, siempre que el candidato que lo haya sido en el pasado participe en igualdad de condiciones con los demás, debe permanecer abierta a todas aquellas personas que se postulen para el efecto. " (...)

Teniendo en cuenta que el artículo 175 de la Ley 136 de 1994 establece como incompatibilidad de los personeros ejercer "otro cargo público o privado diferente" y que el artículo 51 de la Ley 617 de 2000 señala que las incompatibilidades de los personeros distritales y municipales tendrán vigencia durante el período para el cual fueron elegidos y hasta doce (12) meses posteriores al vencimiento del período respectivo o la aceptación de la renuncia, se considera que un personero que aspire a ser elegido nuevamente en un cargo de personero una vez finalice su periodo, al estar frente al mismo cargo público, y no ante "otro cargo público o privado diferente" no estaría incurso en la incompatibilidad señalada en el citado artículo para participar en igualdad de condiciones en el concurso de méritos que adelante el concejo municipal o distrital para la elección de personero.

Finalmente y frente al particular, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, Consejero Ponente Dr. Edgar González López, mediante pronunciamiento radicado con el número 11001-03-06-000-2016-00021-00(2282) del 22 de febrero de 2016, señaló enfáticamente en relación con la reelección del personero lo siguiente:

"De este modo la ley aclaraba cualquier duda sobre la posibilidad de reelección de los personeros, aunque con la restricción de que solo se permitirá por una vez. Sin embargo, el artículo 35 de la Ley 1551 de 2012 modifica nuevamente el artículo 170 de la Ley 136 de 1994, sin que en la nueva redacción de la norma aparezca alguna mención al tema de la reelección de los personeros. (...) En este orden, las referencias legales expresas a la reelección de los personeros desaparecen definitivamente de la ley. Además, como señala el organismo consultante, el Acto Legislativo 2 de 2015 sobre equilibrio de poderes y reajuste institucional, tampoco se refirió a la reelección de los personeros. El artículo 2o de dicho acto legislativo, reformatorio del artículo 126 de la Constitución Política, solo menciona algunos empleos del orden nacional para los cuales se prohíbe expresamente la reelección, sin que haya argumentos especiales que permitan extender su alcance a otro tipo de cargos como el que ahora se revisa.

(...) Por lo anterior, ante la ausencia de una mención legal expresa sobre el particular (permisiva o prohibitiva), se consulta a la Sala si actualmente es posible o no la reelección de los personeros (preguntas 2 y 3). Al respecto la Sala considera que la respuesta puede ser abordada desde una doble perspectiva: - Si lo que se pregunta es si los concejos municipales pueden "reelegir" directamente al personero en ejercicio sin adelantar previamente un concurso público de méritos, la respuesta es claramente negativa, pues la ley no hace esa excepción y exige en todos los casos que se cumpla con la regla de escogencia por mérito. En este sentido se justifica que la Ley 1551 de 2012 hubiera eliminado cualquier referencia a la reelección de los personeros, pues entendida en tales términos (escogencia sin concurso) dicha figura no es compatible con la nueva forma de selección de esos funcionarios. En efecto, la norma no distingue los diferentes casos que puedan presentarse para elegir personero, y, por ende, todos deben incluirse en el supuesto normativo, incluida la reelección, razón por la cual para todos ellos procede el previo concurso público de méritos. Siendo así, no le es dado al intérprete distinguir. - Ahora, si de lo que se trata es de establecer si los personeros municipales pueden participar como cualquier otro ciudadano en el concurso público de méritos que se adelante con el fin de elegir su reemplazo para el siguiente periodo legal, de manera tal que si ganan ese concurso puedan ser elegidos nuevamente en el cargo, la Sala considera que en tal evento no hay como tal una "reelección", pues como ya se dijo el concejo municipal no puede ratificar en forma directa a esos funcionarios en el carao. Dicho de otro modo, el personero saliente podría ser un interesado más dentro del concurso público de méritos, que competiría en igualdad de condiciones y bajo reglas objetivas con los demás aspirantes al carao, de modo que su nueva elección estaría supeditada al resultado de dicho procedimiento de selección.

(...) Así las cosas, la exigencia legal de un concurso público de méritos para la elección de personeros, en el que puede participar cualquier persona que reúna los requisitos legales y donde la regla final de escogencia es el mérito, diluye los nexos entre una elección y otra, comoquiera que la escogencia no corresponderá a la simple voluntad del órgano elector, sino al resultado de las reglas objetivas de evaluación establecidas previa y públicamente para ese efecto. En ese contexto comparte la Sala lo señalado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-267 de 1995 inicialmente citada, en el sentido de que, si el aspirante al cargo ya ha sido personero, esa circunstancia, aisladamente considerada, "no puede repercutir en detrimento de sus aptitudes ni es capaz de anularlas (...) por el contrario, la experiencia acumulada debería contar como factor positivo. "

En este orden, la escogencia de los personeros, al estar mediada por un concurso público de méritos, adquiere una nueva dimensión, frente a la

cual se vuelve irrelevante la discusión acerca de si el silencio del legislador en materia de reelección debe interpretarse o no como una autorización a su favor. Como se ha indicado, en este nuevo escenario no puede haber una elección de personero (así recaiga sobre el mismo funcionario que ya ejercía el cargo) sin un concurso público de méritos previo. (...) En consecuencia, frente a las preguntas 2 y 3 la Sala considera que el artículo 51 de la Ley 617 de 2000 no tiene el alcance de impedir la participación de los personeros salientes en el concurso público de méritos que adelanten los concejos municipales para escoger su reemplazo. Lo anterior, claro está, sin perjuicio del deber de los concejos municipales de garantizar transparencia, igualdad v sujeción a las reglas de mérito v del derecho de cualquier interesado a acudir a las autoridades competentes frente a cualquier irregularidad o favorecimiento indebido. "Negrillas y subrayado por fuera del texto original"

De acuerdo con el pronunciamiento del Consejo de Estado, no existe inhabilidad o impedimento alguno para que los personeros salientes participen en el concurso de méritos mediante el cual se elija al nuevo personero municipal, siendo deber de los concejos municipales, garantizar transparencia, igualdad y sujeción a las reglas de mérito y del derecho de cualquier interesado a acudir a las autoridades competentes frente a cualquier irregularidad o favorecimiento indebido.

Ahora bien, ha sido criterio de esta Dirección Jurídica, que mientras se surte el concurso público de méritos, con independencia del tipo de vacancia que se presente, el cargo de personero solo puede ser provisto de manera transitoria mediante encargo por designación que realice el concejo municipal o el alcalde, teniendo en cuenta el procedimiento antes referido para el efecto; con el empleado de la personería que siga en jerarquía y en el evento de no contar con dicho servidor o no existir dentro de la planta ningún servidor que cumpla con los requisitos para ocupar el cargo, le corresponderá al concejo hacer una designación transitoria de un personero por un periodo temporal o transitorio en una persona que igualmente deberá acreditar las calidades exigidas para desempeñar el cargo.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público y demás temas competencia de este Departamento Administrativo, me permito indicar que en el link <https://www.funcionpublica.gov.co/web/eva/gestor-normativo> podrá encontrar conceptos relacionados con el tema, que han sido 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: Melitza Donado.

Revisó: José Fernando Ceballos.

Aprobó: Armando López C.

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 "Por la cual se dictan normas para modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios".

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 08:15:55