



Función Pública

Concepto 382481 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000382481

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000382481

Fecha: 14/10/2022 04:45:02 p.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Alcalde. Inhabilidad por ser Personero. RAD. 20222060478482 del 15 de septiembre de 2022.

El Consejo Nacional Electoral, mediante su oficio No. CNE-AJ-2022-1840 del 13 de septiembre de 2022, remitió a este Departamento su solicitud, mediante la cual consulta cuándo deben renunciar los Personeros municipales que se encuentren en el período 2020-2024 y quieran aspirar a la alcaldía del municipio donde ejercen sus funciones como delegados del ministerio público, es decir cuál es el tiempo límite mínimo para hacerlo, teniendo en cuenta que, las inscripciones para la candidatura son en el mes de agosto de 2023.

Sobre la inquietud planteadas, me permito manifestarle lo siguiente:

Las inhabilidades para ser Alcalde Municipal, están contenidas en la Ley 136 de 994, "Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios", que señala:

"ARTÍCULO 95.- Inhabilidades para ser alcalde. No podrá ser inscrito como candidato, ni elegido, ni designado alcalde municipal o distrital:

(...)

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".

En el mismo ordenamiento, respecto a las incompatibilidades de los Personero Municipales, se indica lo siguiente:

"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." (Subrayado fuera de texto)

A su vez, la Ley 617 de 2000, sobre las incompatibilidades de los personeros, indica:

"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". (Subrayado fuera de texto)

Inicialmente, debe señalarse que este Departamento, sobre el tema consultado, emitió su concepto No. 20226000379061 del 12 de octubre de 2022, mediante el cual se modificó el criterio que se venía exponiendo sobre el caso, en virtud de pronunciamientos del Consejo de Estado sobre la inhabilidad de los Personeros que aspiran a ser elegidos Alcaldes, que indican lo siguiente:

Consejo De Estado; Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección Quinta.- Consejera ponente: Dra. Rocío Araujo Oñate; 3 de diciembre de 2015; Rad. No.:11001-03-15-000-2015-00577-01(AC)

"3.4. Principio de especialidad en aplicación de las normas sobre inhabilidades

La Sala destaca que la interpretación de las normas sobre una inhabilidades es estricta y restrictiva, en la medida en que son excepciones al derecho de las personas a acceder a las funciones públicas, previsto en el artículo 40 de la Constitución Política, tal como lo ha destacado la Corte Constitucional, entre otras, en la Sentencia **C-767** de 1998, en la que consideró:

"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 igualitariamente a los cargos públicos".

Según este principio hermenéutico, la norma especial prima sobre la general, advirtiendo que la primera es aquella que regula de manera particular y específica una situación, supuesto o una materia concreta que, de no estar allí contenida, tendría que ser resuelta por las disposiciones más generales.

(...)

También el Consejo de Estado, en materia de inhabilidades, ha reconocido el criterio de especialidad, así:

"Además, al prever el legislador que a los personeros se aplicarán las inhabilidades de los alcaldes, "en lo que sea aplicable", está reconociendo implícitamente que por virtud de los derechos fundamentales de igualdad de acceso a los cargos públicos y de participación en la conformación, ejercicio y control del poder político, y del principio de la capacidad electoral, toda interpretación que recaiga sobre las inhabilidades, debe surtirse con carácter restrictivo, entrando en juego, por consiguiente, el principio de la especialidad, por virtud del cual ha de preferirse la inhabilidad que regule un caso particular, sobre aquella que trate uno asociado pero distinto". (Negrilla fuera del texto)

(...)

Frente a estos argumentos, la Sala considera en primer lugar que la superposición normativa entre los numerales 5 del artículo 37 y el 7 del 38 de la Ley 617 de 2000, resulta ser sólo aparente, por cuanto la norma aplicable al supuesto fáctico objeto de la *Litis* es aquella que consagra la inhabilidad para aspirar a ser elegido alcalde, cuando se ostenta la calidad de personero del respectivo municipio.

En consecuencia, no hay lugar a realizar ningún tipo de interpretación adicional haciendo extensivas a los personeros las incompatibilidades establecidas para los alcaldes que, por demás, se aplican en ejercicio de este cargo, reiterando lo manifestado en las consideraciones previas respecto a las diferencias conceptuales entre las inhabilidades e incompatibilidades y las consecuencias o efectos que ello genera. Se insiste, en el caso particular se trata de un personero que aspira ser alcalde, no de un alcalde en ejercicio que aspira a otro cargo de elección popular.

En segundo lugar, la Sala advierte que la aplicación de las normas en cuestión que realizó el Tribunal resultó ser más gravosa para quien aspiraba a ser elegido alcalde, vulnerando tal derecho fundamental, en tanto al dar aplicación a la normatividad que consagra las incompatibilidades contabilizó el término desde la dejación del cargo de personero hasta la fecha de la inscripción y no hasta la de la elección, lo cual es contrario a lo establecido en el párrafo inciso 3 del 3 del artículo 29 de la Ley 1475 de 2011 en virtud del cual *"Ningún régimen de inhabilidades e incompatibilidades para los servidores públicos de elección popular será superior al establecido para los congresistas en la Constitución Política"*.

En tercer lugar, esta Sección advierte que la autoridad judicial demandada no se percató de la existencia de una norma específica y especial que era claramente aplicable al *sub lite* y que es incompatible, en este caso, con las disposiciones utilizadas por el Tribunal; tal disposición normativa es la contenida en el numeral 5 del artículo 37 de la Ley 617 de 2000 que establece lo siguiente:

"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:

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". (Negrilla fuera de texto)

La norma citada consagra una inhabilidad para ser alcalde consistente en haber desempeñado el cargo de personero dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de elección.

Tal supuesto de hecho consagrado en la disposición citada es perfectamente subsumible para el caso del actor y se torna en norma especial en relación con la contenida en el numeral 7 del artículo 38 de la Ley 617 de 2000, que fue aplicada erróneamente por la autoridad judicial demandada, ya que aquella contiene incompatibilidades que son aplicables a quienes ostenten la calidad de alcaldes y en este caso nos encontramos ante un ciudadano que se desempeñó como personero municipal y renunció a dicho cargo con miras a resultar electo como alcalde de Puerto Gaitán.

(...)

Por lo anterior, el operador jurídico al resolver una materia como la que ocupa el conocimiento de la Sala, ha debido privilegiar las normas especiales que regulaban la situación particular del alcalde Edgar Humberto Silva González.

(...)

Siendo clara entonces la prevalencia que tiene la norma especial que consagra una inhabilidad específica, no puede concluirse otra cosa sino que el fallo de 30 de mayo de 2012 proferido por el Tribunal Administrativo del Meta, incurrió en un defecto sustantivo por indebida aplicación de las normas referentes al caso y por inaplicación de la que era el eje central para la solución de la controversia suscitada en el proceso electoral, esto es, el numeral 5 del artículo 37 de la Ley 617 de 2000."

Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección Segunda â Subsección "A"; Consejero Ponente: Rafael Francisco Suárez Vargas; 26 de enero de 2017; Radicado: 11001-03-15-000-2016-03542-00.

"2.5. Análisis de la Sala

El motivo de inconformidad del accionante con la decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, radica en que se desconoció el precedente jurisprudencial sentado por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación del 7 de junio de 2016, con número de radicado 2015-00051-00, respecto a que es la inscripción y no la elección, el extremo temporal final para causar la inhabilidad de que trata el artículo 95, numeral 5 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 37 de la Ley 617 de 2000.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca fundamentó su decisión en que el numeral 5 del artículo 95 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 37 de la Ley 617 de 2000, norma especial que establece que no podrán ser inscritos como candidatos, ni elegidos alcalde municipal o distrital quienes hayan desempeñado el cargo de contralor o personero del respectivo municipio dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección.

Así, consideró que no se puede conferir a las normas constitucionales y legales en materia de inhabilidades, alcances que no fueron previstos por el constituyente y el legislador, porque ello derivaría en la posibilidad de hacer más gravosa la situación de quien aspira a ser elegido alcalde. En ese sentido, la norma especial aplicable al caso concreto determinó que sería inhábil para serlo, quien haya sido personero del respectivo municipio doce 12 meses antes de la fecha de elección, pues es ésta y no la fecha de la inscripción de la candidatura, el extremo temporal a tener en cuenta para configurar la inhabilidad.

Lo anterior, con fundamento en la norma arriba mencionada y en la sentencia del 3 de diciembre de 2015 proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado, con número de radicado 2015-00577-01, M.P. Dra. Rocío Araujo Oñate.

El Tribunal también aclaró que la sentencia de unificación jurisprudencial proferida el día 7 de junio de 2016 por el Consejo de Estado (núm. _____

radicado 2015-00051-00), constituye unificación para la aplicación de los principios *pro homine* y *pro electoratem* y para la definición del extremo temporal inicial de la incompatibilidad prevista para alcaldes y gobernadores cuando aspiren a otros cargos de elección popular, a saber, los artículos 31.7, 32, 38.7 y 39 de la Ley 617 de 2000.

Lo anterior lleva a concluir que en el *sub lite* no es aplicable el precedente jurisprudencial traído a colación por el accionante, como quiera que para el caso del señor Héctor Fabián Garavito Peñuela existe una norma especial que regula su situación jurídica particular, esto es, el numeral 5. del artículo del artículo 95 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 37 de la Ley 617 de 2000, en los siguientes términos:

ARTICULO 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:

(...)

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

Así las cosas, la norma es clara al señalar que para el caso concreto el extremo temporal final es la fecha de la elección, norma que aplicó el Tribunal demandado en concordancia con sendas referencias jurisprudenciales, razón por la cual no se advierte un desconocimiento del precedente jurisprudencial adoptado por la máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo, teniendo en cuenta que si bien en ambos casos se trata de un proceso de nulidad electoral, los supuestos fácticos distan uno del otro.

Finalmente, la Sala advierte que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca explicó fundadamente las razones por las que la sentencia exigida como precedente no era aplicable para el caso concreto, lo que permite desestimar las pretensiones de la acción de tutela de la referencia."

De los fallos citados, se pueden extractar las siguientes premisas:

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.

La norma especial prima sobre la general, advirtiendo que la primera es aquella que regula de manera particular y específica una situación, supuesto o una materia concreta que, de no estar allí contenida, tendría que ser resuelta por las disposiciones más generales. Así, en virtud del principio de la especialidad, ha de preferirse la inhabilidad que regule un caso particular, sobre aquella que trate uno asociado pero distinto. En consecuencia, la superposición normativa entre los numerales 5 del artículo 37 y el 7 del 38 de la Ley 617 de 2000, resulta ser sólo aparente, por cuanto la norma aplicable al supuesto fáctico objeto de la Litis es aquella que consagra la inhabilidad para aspirar a ser elegido alcalde, cuando se ostenta la calidad de personero del respectivo municipio.

No hay lugar a realizar ningún tipo de interpretación adicional haciendo extensivas a los personeros las incompatibilidades establecidas para los alcaldes que, por demás, se aplican en ejercicio de este cargo, pues indica la Corte que se trata de un personero que aspira ser alcalde, no de un alcalde en ejercicio que aspira a otro cargo de elección popular.

Considerar la fecha de inscripción y no la de la elección, resulta ser más gravosa para quien aspiraba a ser elegido alcalde, en tanto al dar aplicación a la normatividad que consagra las incompatibilidades contabilizó el término desde la dejación del cargo de personero hasta la fecha de la inscripción y no hasta la de la elección, lo cual es contrario a lo establecido en el parágrafo inciso 3 del 3 del artículo 29 de la Ley 1475 de 2011 en virtud del cual "*Ningún régimen de inhabilidades e incompatibilidades para los servidores públicos de elección popular será superior al establecido para los congresistas en la Constitución Política*".

De otra parte, la Corte Constitucional, en su Sentencia T-233 del 20 de abril de 2017, con ponencia de la Magistrada María Victoria Calle Correa, sobre el carácter vinculantes de las sentencias de Tutela, indicó lo siguiente:

"Posteriormente, en la sentencia T-292 de 2006 la Sala Tercera de Revisión reiteró el carácter vinculante de la parte motiva (*ratio decidendi*) de las sentencias de la Corte, no solo en atención al respeto por la cosa juzgada, a la misión institucional de este Tribunal, sino por las máximas de igualdad, seguridad jurídica, debido proceso y confianza legítima:

"La razón del valor vinculante de la *ratio decidendi* en materia de tutela, es como se dijo, asegurar la unidad en la interpretación constitucional en el ordenamiento y un tratamiento en condiciones de igualdad frente a la ley, por parte de las autoridades judiciales, que asegure la seguridad jurídica. Precisamente, sobre el tema ya se había pronunciado también la sentencia C-104 de 1993 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), en la que

se comentó que con respecto al acceso a la justicia, el artículo 229 de la Carta debía ser concordado con el artículo 13 de la Constitución, en el entendido de que “acceder” igualmente ante los jueces implica, “no sólo la idéntica oportunidad de ingresar a los estrados judiciales sino también el idéntico tratamiento que tiene derecho a recibirse, por parte de los jueces y tribunales ante decisiones similares”.

Por las razones anteriores, puede concluirse que en materia de tutela, cuyos efectos inter partes eventualmente pueden llegar a hacerse extensivos en virtud del alcance de la revisión constitucional, la *ratio decidendi* sí constituye un precedente vinculante para las autoridades. La razón principal de esta afirmación se deriva del reconocimiento de la función que cumple la Corte Constitucional en los casos concretos, que no es otra que la de “homogeneizar la interpretación constitucional de los derechos fundamentales” a través del mecanismo constitucional de revisión de las sentencias de tutela (artículo 241 de la C.P). En este sentido, la vinculación de los jueces a los precedentes constitucionales resulta especialmente relevante para la unidad y armonía del ordenamiento como conjunto, precisamente porque al ser las normas de la Carta de textura abierta, acoger la interpretación autorizada del Tribunal constituye una exigencia inevitable. De no aceptarse este principio, la consecuencia final sería la de restarle fuerza normativa a la Constitución, en la medida en que cada juez podría interpretar libremente la Carta, desarticulando el sistema jurídico en desmedro de la seguridad jurídica y comprometiendo finalmente la norma superior, la confianza legítima en la estabilidad de las reglas jurisprudenciales y el derecho a la igualdad de las personas”.

7.3. En síntesis, las sentencias de control abstracto de constitucionalidad tienen efectos *erga omnes* y, por lo tanto, son de obligatorio cumplimiento, mientras que la parte resolutive de las sentencias de revisión de tutela, en principio, producen efectos *inter partes* y la *ratio decidendi* debe ser observada por todos en tanto se constituye en precedente constitucional y su desconocimiento viola la Carta Política.

Ahora, si bien esta Corporación ha sido enfática en explicar que la fuerza vinculante de la parte motiva y resolutive de sus fallos de constitucionalidad y la fuerza vinculante de la *ratio decidendi* de sus sentencias de tutela, difiere según la clase de providencia, también ha sido clara en sostener que estas dos sentencias tienen en común que deben ser acatadas por varias razones: (i) para garantizar el carácter normativo de la Constitución como norma de normas; (ii) para unificar la interpretación de los preceptos constitucionales por razones de igualdad y del derecho de acceso a la administración de justicia; (iii) para garantizar la seguridad jurídica y el rigor judicial, en la medida en que es necesario un mínimo de coherencia en el sistema jurídico, y (iv) en atención a los principios de buena fe y de confianza legítima.”

En el mismo año, la Corte, en su Sentencia de Unificación SU354 del 25 de mayo, con ponencia del Magistrado Ponente Iván Humberto Escruera Mayolo, indicó:

“Más adelante, la Corte señaló que las autoridades públicas, tanto administrativas como judiciales, están obligadas a acatar los precedentes que fije la Corte Constitucional. De igual forma, preciso que si bien es cierto que la tutela no tiene efectos más allá del caso objeto de controversia, la *ratio decidendi* constituye un precedente de obligatorio cumplimiento para las autoridades públicas, “ya que además de ser el fundamento normativo de la decisión judicial, define, frente a una situación fáctica determinada, la correcta interpretación y, por ende, la correcta aplicación de una norma”.” (Se subraya).

Como se aprecia, la parte resolutive de las sentencias de tutela, producen efectos inter partes y la *ratio decidendi* debe ser observada por todas las entidades, tanto administrativas como judiciales y constituyen un precedente obligatorio para las autoridades pública.

En cuanto a la fuerza vinculante de los conceptos Jurídicos proferidos por entidades públicas, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, con respecto al alcance de los conceptos jurídicos proferidos por las entidades públicas, establece en su artículo 28 establece:

“ARTÍCULO 28: Salvo disposición legal en contrario, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución”.

Conforme lo anterior, se evidencia que los conceptos jurídicos proferidos por las entidades públicas como respuesta a las consultas formuladas en ejercicio del derecho de petición, en principio, no tienen fuerza vinculante.

Al respecto, la Corte Constitucional puntualizó: “Los conceptos emitidos por las entidades públicas en respuesta a un derecho de petición de consultas de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo, insistimos, son orientaciones, puntos de vista, consejos y cumplen tanto una función didáctica como una función de comunicación fluida y transparente. De llegar a establecerse una responsabilidad patrimonial por el contenido de tales conceptos, entonces, esto podría traer como consecuencia no solo que se rompa el canal fluido de comunicación entre el pueblo y la administración que existe y se ha consolidado en virtud del ejercicio del derecho de petición de consultas, sino que podría significar, al mismo tiempo, la ruptura del principio de legalidad y con ello una vulneración del principio de estado de derecho por cuanto se le otorgaría a cada autoridad pública el derecho de hacer una interpretación auténtica de la ley.”

Con base en los argumentos expuestos, esta Dirección Jurídica concluye que, dando aplicación de la norma específica para ser alcalde municipal

habiendo sido personero, contenida en el numeral 5 del artículo 95 de la Ley 136 de 1994, entendiendo que para aspirar a la alcaldía no puede haber desempeñado el cargo de personero dentro de los 12 meses anteriores a la elección. En tal virtud, el personero deberá haber renunciado a su cargo y su renuncia ser aceptada previamente a los 12 meses anteriores a la elección.

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”:
<https://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: Maía Valeria Borja Guerrero

Aprobó Armando López Cortés

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

“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”

En esta sentencia la Corte Constitucional estudió el tema relacionado con las inhabilidades de los personeros y concluyó afirmado que “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”.

CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. CP: María Nohemí Hernández Pinzón, Bogotá D.C., 13 de mayo de 2005, Exp No: 76001-23-31-000-2004-00279-02(3595). Actor: José Álvaro Rojas Giraldo y otros. Demandado: Personero del Municipio de San Pedro.

Sentencias en del Consejo de Estado en el mismo sentido: Sentencia del 22 de octubre de 2009, número de radicado 73001-23-31-000-2008-00052-03; sentencia del 13 de mayo de 2005, número de radicado 76001-23-31-000-2004-00279-02; sentencia del 2 de agosto de 2002, número de radicado 20001-23-31-000-2001-00268-01.

Sentencia C-542 de 24 de mayo de 2005. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 14:19:30