



# Concepto 175621 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20236000175621\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000175621

Fecha: 04/05/2023 05:10:19 p.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Personero. Inhabilidad para ser elegido o designado personero municipal por haber sido contratista. RAD.: 20239000197122 del 30 de marzo de 2023.

En atención a su comunicación de la referencia, en la cual consulta si un contratista de un municipio puede ocupar el cargo de personero, mismo que se encuentra vacante por renuncia del titular y si existe inhabilidad para ocupar el mencionado cargo teniendo en cuenta que el padre del contratista es gerente de una empresa de aseo que recibe recursos del mismo ente territorial, me permito dar respuesta en los siguientes términos:

Inicialmente, este Departamento Administrativo observa que en su consulta no se precisa si el contratista que aspira a ocupar el cargo de personero se postulará dentro del concurso que debe adelantarse para elegir a quien será titular de ese empleo o si lo hará como designado mientras se surte el proceso de elección. Tal distinción resulta relevante considerando que operan condiciones distintas para el acceso a ese cargo dependiendo del tipo de vinculación. Por lo tanto, se analizarán los dos supuestos mencionados para efectos de resolver sus inquietudes.

En primer lugar, respecto de las inhabilidades para el ejercicio del cargo de personero municipal, la Ley 136 de 1994<sup>1</sup>, establece lo siguiente: "ARTÍCULO 174. Inhabilidades. No podrá ser elegido personero quien:

(...)

*g) Durante el año anterior a su elección, haya intervenido en la celebración de contratos con entidades públicas en interés propio o en el de terceros o haya celebrado por sí o por interpuesta persona contrato de cualquier naturaleza con entidades u organismos del sector central o descentralizado de cualquier nivel administrativo que deba ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio". (...)* (Subrayado nuestro)

Conforme con lo anterior, se encontrará inhabilitado para ser elegido personero quien durante el año anterior a su elección hubiere intervenido en la celebración de contratos con entidades públicas en interés propio o en el de terceros, o hubiere celebrado por sí o por interpuesta persona contrato de cualquier naturaleza con entidades u organismos del sector central o descentralizado de cualquier nivel administrativo, que deba ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio.

En tal sentido, la expresión *de cualquier nivel administrativo* contenida en el literal g del artículo 174 de la Ley 136 de 1994, hace referencia todas las entidades del sector central o descentralizado del nivel nacional o local, pero para que se configure la inhabilidad, el contrato suscrito debe ejecutarse o cumplirse en el ente territorial donde el aspirante se presenta dentro del concurso para ser personero.

Ahora bien, frente a la diferencia entre la celebración y ejecución de contratos, el Consejo de Estado en Sentencia del 31 de agosto de 2006, radicado 4033, con ponencia del magistrado Reinaldo Chavarro Buriticá, preceptuó:

*"En la sentencia de 3 de febrero de 2006, expediente 3867, esta Sección efectuó las siguientes precisiones acerca del sentido y alcance de la causal de inhabilidad que ocupa la atención de la Sala:*

*"...esta Sala ha entendido por intervención en la celebración de contratos aquellas gestiones o actuaciones que indiquen una participación personal y activa en los actos conducentes a la celebración del mismo y permitan develar un claro interés sobre el particular. De esta manera, la intervención en la celebración de contratos comprende un concepto amplio que no solamente involucra a terceros que participan personal y activamente en las actividades precontractuales, sino también a las partes del contrato, en donde la participación personal se entiende directa.*

...De otra parte, ha establecido que lo que constituye causal de inhabilidad es la intervención en la celebración de contratos y no su ejecución<sup>2</sup>. Igual consideración expresó respecto de la intervención en la gestión de negocios”.

En la sentencia C- 618 de 27 de noviembre de 1997 la Corte Constitucional señaló que dicha inhabilidad perseguía las siguientes finalidades constitucionales:

*"evitar una confusión entre intereses públicos y privados. En efecto, quien ha intervenido en nombre propio o de terceros en la celebración de un contrato con la administración, en principio defiende los intereses particulares frente a los intereses del Estado, mientras que el alcalde tiene exactamente la función contraria, pues su función es la preservación de los intereses del municipio, por lo cual le corresponde incluso ejercer un control sobre los propios contratistas. Por ello, y como bien lo señalan los intervinientes, resulta razonable evitar que llegue a ser jefe de la administración local quien, como particular, ha participado en una contratación que interesa al municipio, sin que medie un plazo prudente que garantice la no incidencia del funcionario en las medidas, recursos y evaluaciones que se encuentran en cabeza de la administración.*

*De otro lado, la inhabilidad también puede cumplir otra finalidad constitucionalmente relevante, pues obstaculiza el aprovechamiento de recursos públicos para desfigurar los procesos electorales. En efecto, un contratista, por el hecho de adelantar obras de "utilidad para la comunidad, puede llegar a ejercer una cierta influencia local, que podría aprovechar en los procesos electorales municipales, con lo cual se viola la igualdad en este campo y se altera la propia dinámica de la participación política.*

*La Sección, por su parte, sostuvo en varias ocasiones que la inhabilidad solo podía predicarse frente a quienes intervienen en la celebración de contratos en interés particular (propio o de un tercero) y no frente a quienes celebraran contratos en su calidad de funcionarios públicos y en nombre de entidades públicas, pues en tal caso actúan como representantes del interés general y en cumplimiento de un deber legal.<sup>3</sup>."* (Subrayado nuestro)

Este pronunciamiento fue confirmado por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, con ponencia de la magistrada Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, dentro del proceso con Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00051, en sentencia del 3 de agosto de 2015, que manifestó lo siguiente:

*"Sobre la causal descrita, ha señalado la jurisprudencia:*

(...)

*Así mismo, cuando se trata de celebración de contratos estatales, las etapas subsiguientes tales como su ejecución y liquidación no se tornan ni configuran inhabilidad por intervención en gestión de negocios, precisamente porque el fin de la negociación que era el contrato ya se obtuvo, y ante la materialidad misma del contrato estatal la inhabilidad únicamente podría tipificarse por la celebración de contratos en interés propio o de terceros"*

De acuerdo con lo anterior, lo que constituye causal de inhabilidad es la intervención en la celebración de contratos y no su ejecución. En consecuencia, puede inferirse que la fecha a tener en cuenta para que se configure la causal de inhabilidad relacionada con la celebración de contratos es el momento de su suscripción y no su ejecución.

Por otra parte, en cuanto a la fecha de elección del personero, la Ley 1551 de 2012<sup>4</sup>, estableció:

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

*ARTÍCULO 170. Elección. 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. (...)"*

En este orden de ideas, de acuerdo con lo manifestado en su escrito de consulta, se advierte que, si quien pretende postularse para el cargo de personero municipal, celebró un contrato de prestación de servicios, que debía ejecutarse en el municipio donde presentó su aspiración, dentro del año anterior a la elección, estará inhabilitado en los términos del literal g) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994.

En este sentido, considerando que la elección puede darse dentro de los diez primeros días de enero, se advierte entonces que, si el contrato fue celebrado durante el mes de enero del año anterior a la celebración de la elección, se configurarán los presupuestos de la inhabilidad establecida en el literal g) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994, por lo que en criterio de esta Dirección Jurídica, el aspirante estaría inhabilitado para participar en el concurso ser elegido personero municipal, por las razones expuestas.

En segundo lugar, en relación con la forma de suplir las faltas absolutas de los personeros la Ley 136 de 1994, establece:

*"ARTÍCULO 172. FALTA ABSOLUTA DEL PERSONERO. 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)*

Conforme lo establece la norma transcrita, las faltas absolutas del personero se proveen por el concejo mediante una nueva elección para lo que resta del periodo legal, previo concurso público de méritos.

Las faltas temporales, generadas por ausencia transitoria o pasajera del personero titular serán suplidas por el funcionario de la personería que le siga en jerarquía al personero, siempre y cuando reúna los requisitos para ocupar el empleo, mismo que deberá ser designado por el concejo o por el alcalde, si la Corporación no estuviese reunida. En todo caso, este deberá acreditar las calidades exigidas en la Ley.

Las faltas definitivas conforme lo establece el Consejo de Estado en concepto No. 2283 del 22 de febrero de 2016, rendido por la Sala de Consulta y Servicio Civil frente a la consulta formulada por el Departamento Administrativo de la Función Pública y el Ministerio del Interior, con relación al procedimiento para la provisión de los empleos de los personeros cuando el concurso público para su elección ha sido declarado desierto, se presenta *"cuando se tiene certeza de que el personero que había sido elegido para un determinado periodo no volverá a ocupar el cargo, caso en el cual se ordena hacer una nueva elección para lo que resta del periodo legal. En estos casos la norma parte del supuesto de que ha habido elección de personero en propiedad pero que la persona elegida no podrá terminar su periodo, lo que justifica una nueva elección por el tiempo restante"*.

Es decir, que cuando se ha vencido el plazo del periodo del personero y no se ha elegido o cuando se ha declarado desierto el concurso de méritos adelantado por el concejo municipal para su elección, cuando el personero renuncia o cuando concluidas las etapas del concurso público los aspirantes no han aceptado la designación y se ha agotado la lista de elegibles, estas circunstancias convergen en la no designación del personero y, por consiguiente, se debe realizar un nuevo concurso de méritos para la elección del mismo y el concejo municipal debe realizar el nombramiento transitorio mientras se surte el referido concurso.

Lo anterior, es reiterado en el concepto No. 2283 del 22 de febrero de 2016, rendido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en los siguientes términos:

*"Frente a este problema la Sala observa que con independencia de la calificación de la vacancia, la competencia para la provisión provisional del cargo de personero solo puede corresponder al concejo municipal, pues además de ser la autoridad nominadora de ese cargo, tiene la función general de resolver sobre sus faltas absolutas o temporales".*

*"Además los concejos municipales son los encargados de resolver las situaciones administrativas de los personeros (aceptación de renunciaciones, concesión de licencias, vacaciones y permisos, etc. -artículo 172 de la Ley 136 de 1994) y, en cualquier caso, tienen la función de organizar las personerías y las contralorías municipales y distritales y dictar las normas necesarias para su funcionamiento (artículos 32 numeral 8° de la Ley 136 de 1994 y 12 numeral 15 del Decreto 1421 de 1993), todo lo cual ratifica su competencia en esta materia .*

*"La Sala encuentra también, como ya se dijo, que sería constitucionalmente inadmisibles permitir o generar discontinuidad, interrupción o retraso en el ejercicio de la función pública de las personerías, más aun cuando esa interrupción se estaría generando por el incumplimiento del deber que tienen los concejos municipales de elegir oportunamente a dichos funcionarios, situación que en ningún caso puede traducirse en la ausencia de control en las entidades territoriales". (Subrayado nuestro)*

Como lo hemos referido, las faltas transitorias se suplen con el empleado de la personería que siga en jerarquía y en el evento de no contar con dicho servidor o no existe dentro de la planta ningún servidor que cumpla con los requisitos para ocupar el cargo, le corresponderá al concejo o al alcalde hacer una designación transitoria, de un personero por un periodo temporal o transitorio en una persona que igualmente debe acreditar las calidades exigidas para desempeñar el cargo.

Ahora bien, respecto de las inhabilidades aplicables a quien aspira a ser elegido personero, la Ley 136 de 1994, consagra:

*"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;*
- b) Haya ocupado durante el año anterior, cargo o empleo público en la administración central o descentralizada del distrito o municipio;*
- c) Haya sido condenado, en cualquier época, a pena privativa de la libertad excepto por delitos políticos o culposos;*
- d) Haya sido sancionado disciplinariamente por faltas a la ética profesional en cualquier tiempo;*
- e) Se halle en interdicción judicial;*
- 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;*
- g) Durante el año anterior a su elección, haya intervenido en la celebración de contratos con entidades públicas en interés propio o en el de terceros o haya celebrado por sí o por interpuesta persona contrato de cualquier naturaleza con entidades u organismos del sector central o descentralizado de cualquier nivel administrativo que deba ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio;*

h) Haya sido representante legal de entidades que administren tributos o contribuciones parafiscales en el municipio dentro de los tres meses anteriores a su elección.” (Destacado nuestro)

De acuerdo con la anterior norma, es claro que las inhabilidades contenidas en el artículo 174 de la Ley 136 de 1994 se encaminan a restringir a quien pretende ser elegido como personero, y no se mencionan inhabilidades para ser designado en dicho cargo; en ese sentido, como las inhabilidades e incompatibilidades son restricciones para el ejercicio de una función pública, deben estar contenidas en la Constitución o la ley, y adicionalmente, deben ser expresas y su interpretación es restrictiva, en criterio de esta Dirección Jurídica, se infiere que no le son aplicables las prohibiciones establecidas en la norma referida a quien es designado para ocupar el cargo de personero municipal mientras se surte la elección de quien ocupará el cargo en propiedad.

Dicho de otra manera, las prohibiciones contenidas en el artículo 174 de la Ley 136 de 1994 se circunscriben a quien pretenda ser elegido en el cargo, más no para ser designado temporalmente en el mismo, mientras se adelanta el proceso de elección del personero.

Por lo tanto, 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, de manera que, quien fungía como contratista de un municipio podrá ser designado personero de manera temporal, de conformidad con lo indicado en precedencia.

Por último, en lo que respecta a su segunda inquietud, me permito manifestarle que, de conformidad con lo expuesto por la Corte Constitucional en reiterados pronunciamientos<sup>5</sup>, 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 Estado<sup>6</sup> 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 dispónibles ni pueden ser derogadas por acuerdo o convenio”.* (Las negrillas y subrayas son de la Sala).

Conforme con 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.

Así las cosas, una vez revisado lo establecido en el artículo 174 de la Ley 136 de 1994, no se evidencia inhabilidad para que el pariente de quien es gerente de una empresa de aseo que recibe recursos de un municipio pueda ser designado o elegido personero.

Al margen de lo anterior, se precisa que en caso de presentarse un conflicto de interés, deberá acudir a lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley 1952 de 2019<sup>7</sup>, según el cual todo servidor público deberá declararse impedido para actuar en un asunto cuando tenga interés particular y directo en su regulación, gestión, control o decisión, o lo tuviere su cónyuge, compañero o compañera permanente, o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, o su socio o socios de hecho o de derecho; para cuyo trámite deberá adelantarse el procedimiento previsto en los artículos 11 y 12 de la Ley 1437 de 2011, para efectos de analizar el impedimento o la recusación.

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/eva/es/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 y aprobó: Armando López C.

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

- 1 Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios.
- 2 Sentencia de 6 de marzo de 2003 proferido por la Sección 58 de la Sala de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, entre otras.
- 3 Sentencias 2143 de 11 de febrero de 1999 y de 24 de agosto de 2001, radicación 2583, proferidas por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativa del Consejo de Estado.
- 4 Por la cual se dictan normas para modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios.
- 5 Corte Constitucional en Sentencia No. C-546 de 1993, Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz
- 6 Sentencia proferida dentro del Expediente No. 11001-03-15-000-2010-00990-00(PI). Demandante: Cesar Julio Gordillo Núñez.
- 7 Por medio de la cual se expide el código general disciplinario se derogan la Ley 734 de 2002 y algunas disposiciones de la ley 1474 de 2011, relacionadas con el derecho disciplinario.

---

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 08:09:53