



Departamento Administrativo de la Función Pública

Concepto 127261

24/05/2018

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Inhabilidad del Personero Municipal para aspirar a la Alcaldía. **RAD. 20189000105252** del 12 de abril de 2018.

En atención a la comunicación de la referencia, me permito manifestarle lo siguiente:

ANTECEDENTES DE LA CONSULTA

En la comunicación se consulta si un personero municipal puede renunciar para postularse como candidato a la alcaldía del mismo municipio y, en consecuencia, cuál es la fecha o el término en el que debería separarse de su cargo para evitar la inhabilidad o destitución.

ANÁLISIS DEL CASO

Para proceder con la consulta se hace necesario analizar los siguientes aspectos:

Frente a las inhabilidades para presentarse a la alcaldía, la Ley 136 de 1994 “*por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios*” establece:

“ARTÍCULO 95. INHABILIDADES PARA SER ALCALDE. <Artículo modificado por el artículo 37 de la Ley 617 de 2000. El nuevo texto es el siguiente:> No podrá ser inscrito como candidato, ni elegido, ni designado alcalde municipal o distrital:

(...)

5. 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. (Subrayado fuera de texto).

De acuerdo a la normativa en cita, no podrá inscribirse como candidato a la alcaldía quien se hubiere desempeñado como personero del respectivo municipio en un periodo de 12 meses anteriores a la fecha de **elección**.

Ahora bien, cabe aclarar que conforme lo establece la Corte Constitucional en sentencia C-767 de 1998 con ponencia del magistrado Alejandro Martínez Caballero, las inhabilidades en incompatibilidades de los personeros únicamente se remiten a las determinadas para los alcaldes en lo que les sea aplicable, aludiendo en consecuencia a la inhabilidad específica cuando no sea razonable extenderlas a los personeros, tal y como se anuncia a continuación.

“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 4º 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).

Así igualmente lo determinó la Sección Quinta del Consejo de Estado en sentencia con radicado No. 11001-03-15-000-2015-00577-01(AC) del 03 de diciembre de 2015 y ponencia del Consejero Roció Araujo Oñate al decidir la impugnación interpuesta por el accionante contra la sentencia de 30 de julio de 2015 por medio de la cual la Sección Cuarta del Consejo de Estado negó el amparo de tutela inicialmente solicitado. En dicha oportunidad el órgano jurisdiccional expresó:

“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 5º 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:

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**". (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 deelección**.

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 7º 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.

Es así como, según se expuso en precedencia, si dos normas parecen regular una idéntica situación, ciertamente, el principio de especialidad aplicable -junto con los de superioridad y temporalidad- para la selección de reglas, imponía resolver el caso con la norma que mejor se ajustara a la situación fáctica puesta en conocimiento del juez.

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.

Sin embargo, se nota que la autoridad judicial demandada no obró en tal sentido, pues se esmeró en realizar una integración normativa sobre las incompatibilidades de los alcaldes y los personeros municipales, desconociendo por completo que la no configuración de la prohibición especial referida, que era claramente la aplicable para resolver el asunto, imponía descartar, de suyo, la aplicación de la norma genérica.

Adicional a lo anterior, no cabe duda que las normas jurídicas que aplicó el Tribunal para solucionar el caso concreto hace más gravosa la situación del elegido, privilegiando un método de hermenéutica en contravía con el dispuesto por el ordenamiento jurídico cuando se trata de garantizar derechos como los consagrados en el artículo 40 de la Constitución Política.

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 5º del artículo 37 de la Ley 617 de 2000.

Así, teniendo en cuenta todo lo referido, y en vista de que se encuentra probado en el expediente que al señor Édgar Humberto Silva González se le aceptó su renuncia como personero del municipio de Puerto Gaitán con efectos a partir del 1º de octubre de 2010 y resultó electo como alcalde del mismo municipio el 30 de octubre de 2011, es evidente que entre la primera fecha y la segunda, transcurrió un lapso mayor a 12 meses, y de esa manera no se encontraba incurso en la inhabilidad comentada”. (Subrayado fuera de texto).

Criterio posteriormente confirmado por la misma corporación en fallo de tutela No. 11001-03-15-000-2016-03542-00(AC) del 26 de enero de 2017, con ponencia del Dr. Rafael Francisco Suárez Varga, en donde se señaló:

“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.º 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:(...)” (Subrayado fuera de texto).

Así las cosas, conforme se establece en la jurisprudencia anunciada en precedencia, en criterio de esta Dirección Jurídica debe aplicarse la norma especial que establece que no podrán ser inscritos como candidatos, ni elegidos alcaldes municipales quienes hayan desempeñado el cargo de personero en el respectivo municipio dentro de los 12 meses anteriores a la fecha de la elección.

En consecuencia, a efectos de inscribirse como candidato a la alcaldía, el personero debe renunciar a su cargo dentro de los 12 meses anteriores a la fecha de elección.

Mediante el presente concepto se da alcance a los siguientes radicados emitidos por esta dirección jurídica: 20166000198711, 20186000124511, 20146000147381, 20186000112501, 20186000112501.

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,

MONICA LILIANA HERRERA MEDINA

Asesora con Funciones de la Dirección Jurídica

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