



**Departamento Administrativo de la Función Pública**

**Concepto 198711 de 2016**

Fecha: 16/09/2016 10:34:16 a.m.

Bogotá D.C.

**REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES.-** ¿Existe algún tipo de inhabilidad o incompatibilidad para que un ex personero municipal o concejal municipal se postulen para ser elegidos en el cargo de alcalde municipal? **RAD.: 20169000214412** de fecha 8 de Agosto de 2016.

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

**1.-** Respecto de la primera parte de su escrito, referente a establecer si en virtud de la Sentencia del Consejo de Estado que decretó la nulidad de la elección de la Gobernadora de la Guajira Dra. Oneida Pinto, existe inhabilidad o incompatibilidad para que un ex personero municipal se postule para ser elegido en el cargo de alcalde, me permito indicarle que la Ley 136 de 1994, *“Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios”*, señala:

**“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)*

**“ARTÍCULO 188. Autoridad Civil:** *Para efectos de lo previsto en esta ley, se entiende por autoridad civil la capacidad legal y reglamentaria que ostenta un empleado oficial para una cualquiera de las siguientes atribuciones:*

1). *Ejercer el poder público en función de mando para una finalidad prevista en esta ley, que obliga al acatamiento de los particulares y en caso de desobediencia, con facultad de la compulsión o de la coacción por medio de la fuerza pública.*

2). *Nombrar y remover libremente los empleados de su dependencia, por sí o por delegación.*

3). *Sancionar a los empleados con suspensiones, multas o destituciones.”*

Por su parte, la Ley 617 de 2000, “*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*”, expresa:

**“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:

“(…)”

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.*

-

*“(…)”*

*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.”*

**“ARTÍCULO 38. Incompatibilidades de los Alcaldes.** *Los alcaldes, así como los que los reemplacen en el ejercicio del cargo no podrán:*

-

*“(…)”*

*7. Inscribirse como candidato a cualquier cargo de elección popular durante el período para el cual fue elegido.” (Subrayado fuera de texto)*

**“ARTÍCULO 39.- Duración de las incompatibilidades del alcalde municipal distrital.** *Las incompatibilidades de los alcaldes municipales y distritales a que se refieren los numerales 1º y 4º, tendrán vigencia durante el período constitucional y hasta doce (12) meses después del vencimiento del mismo o de la aceptación de la renuncia. En el caso de la incompatibilidad a que se refiere el numeral 7º tal término será de veinticuatro (24) meses en la respectiva circunscripción.” (Subrayado fuera de texto)*

El Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia Radicación número: 15001-23-31-000-2000-2868-01(2818) de 7 de marzo de 2002.

Consejero Ponente: Mario Alario Méndez, respecto a la inhabilidad del Personero elegido Alcalde, preceptuó:

*“Sin embargo, lo que constituye incompatibilidad respecto de un cargo, bien podría, a un tiempo, constituir motivo de inhabilidad para ser nombrado o elegido en otro cargo o para ocuparlo.*

*El artículo 96 de la ley 136 de 1994 establece, según su título, las incompatibilidades a que se encuentran sometidos los alcaldes y quienes lo hubieran sido. Así, la prohibición de inscribirse como candidato a cualquier cargo de elección popular durante el período para el cual fue elegido y durante el año siguiente al mismo, impuesta en el numeral 7 de ese artículo a quien sea o haya sido alcalde, es incompatibilidad, que resulta de ocupar o haber ocupado ese cargo, pero su violación no hace nula la elección de alcalde.*

***Pero esa misma prohibición es, además, inhabilidad genérica para inscribirse como candidato a cualquier cargo de elección popular y, desde luego, para ocuparlo, de manera que la elección que contra esa prohibición se hiciera sería nula, en tanto violatoria de la ley.***

***Pues bien, el artículo 175 de la ley 136 de 1994 hace aplicables a los personeros las prohibiciones establecidas para los alcaldes en el artículo 96 de la misma ley, entre otras, aun cuando sin reproducir su texto. La expresión del texto íntegro de una norma puede substituirse, como en este caso, por la remisión a otra norma, pues nada se opone a ello; además, es frecuente.”*** (Negrilla fuera de texto)

En este orden de ideas, según lo establecido en la norma y lo señalado por el Consejo de Estado en cuanto a que las incompatibilidades establecidas para los alcaldes se hacen aplicables a los personeros, se considera que el personero de un municipio de conformidad

con lo dispuesto en el artículo 38, numeral 7, de la Ley 617 de 2000, no podrá inscribirse a ningún cargo de elección popular mientras permanezca en el cargo y durante el término posterior que establezca la ley.

Es importante tener en cuenta que la Ley 1475 de 2011, por la cual se adoptan reglas de organización y funcionamiento de los partidos y movimientos políticos, de los procesos electorales y se dictan otras disposiciones, señala:

***“ARTÍCULO 29. CANDIDATOS DE COALICIÓN.*** *Los partidos y movimientos políticos con personería jurídica coaligados entre sí y/o con grupos significativos de ciudadanos, podrán inscribir candidatos de coalición para cargos uninominales. El candidato de coalición será el candidato único de los partidos, movimientos y grupos significativos de ciudadanos que participen en ella. Igualmente será el candidato único de los partidos y movimientos con personería jurídica que aunque no participen en la coalición decidan adherir o apoyar al candidato de la coalición.*

(...)

*Ningún régimen de inhabilidades e incompatibilidades para los servidores públicos de elección popular será superior al establecido para los congresistas en la Constitución Política.* (Subraya fuera del texto)

El anterior inciso de la Ley 1475 de 2011, fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-490 de 2011. Magistrado Ponente, Luis Ernesto Vargas Silva la cual dispuso:

*“La Corte declarará la exequibilidad del artículo 29 del Proyecto de Ley Estatuaria objeto de revisión, en el entendido que el régimen de inhabilidades para los servidores públicos de elección popular referido en el inciso final del párrafo 3º, no será superior al establecido para los congresistas en el numeral 2 del artículo 179 de la Constitución Política*

*(...)*

*... el término de comparación que prescribe el inciso final del citado párrafo no puede aplicarse de manera plena, en razón a que no todas las causales de inhabilidad establecidas en la Constitución para los congresistas se pueden predicar en general de todos los servidores públicos de elección popular, pues en su mayoría no aplican en el nivel territorial y el mandato legal no puede desconocer la facultad conferida por el constituyente al legislador para establecer distintos regímenes de inhabilidades en el acceso a cargos de elección popular distintos a los de los senadores y representantes, para quienes el constituyente consagró un estatuto especial y unas prohibiciones específicas.”*

De acuerdo con la Corte Constitucional, debe entender o circunscribir sólo a la inhabilidad establecida en el numeral 2º del artículo 179 de la Constitución para los congresistas, es decir, la referida al ejercicio de autoridad o jurisdicción política, civil, administrativa o militar dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección.

Esta interpretación se hizo con el fin de no vaciar la competencia que tiene el legislador para establecer un régimen especial de inhabilidades e incompatibilidades para los cargos de elección popular en las entidades territoriales, al tiempo de impedir que, a futuro, este inciso se aduzca para que el órgano de representación popular pueda formular o estructurar inhabilidades o incompatibilidades diversas a las que se contemplaron para los congresistas.

De acuerdo con lo anterior, el efecto de la Ley 1475 de 2011 en relación con el régimen de inhabilidades de los demás servidores públicos -distintos de los congresistas- aplicaba a todas las causales inhabilitantes en relación con su elemento temporal, de forma tal que a partir de la entrada en vigencia de esa ley aquel aspecto se materializaba dentro de los 12 meses anteriores a la fecha de las elecciones.

En ese sentido se concluye que quien ejerció como personero municipal no podrá dentro de los doce (12) meses siguientes a su retiro postular su nombre a un cargo de elección popular como es el caso del empleo como alcalde.

2.- En atención a la segunda parte de su escrito, referente a establecer si existe inhabilidad alguna para que un ex concejal se postule para ser elegido en el cargo de alcalde, me permito indicar lo siguiente:

Respecto de las incompatibilidades concernientes a los concejales municipales, la Constitución Política señala:

**“ARTÍCULO 312. (...)**

*La ley determinará las calidades, inhabilidades e incompatibilidades de los Concejales y la época de sesiones ordinarias de los Concejos. Los Concejales no tendrán la calidad de empleados públicos.*

*Su aceptación de cualquier empleo público, constituye falta absoluta.”*

**ARTÍCULO 291.- Los miembros de las corporaciones públicas de las entidades territoriales no podrán aceptar cargo alguno en la administración pública, y si lo hicieren perderán su investidura.**

*Los contralores y personeros sólo asistirán a las juntas directivas y consejos de administración que operen en las respectivas entidades territoriales, cuando sean expresamente invitados con fines específicos.” (Subrayado fuera de texto)*

Por su parte, la Ley 136 de 1994, “*Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios*”, establece:

**“ARTÍCULO 45. INCOMPATIBILIDADES.** Los concejales no podrán:

1. (Artículo 3 de la Ley 177 de 1994 derogado por el artículo 96 de la Ley 617 de 2000).
2. *Ser apoderado ante las entidades públicas del respectivo municipio o ante las personas que administren tributos procedentes del mismo, o celebrar con ellas, por sí o por interpuesta persona, contrato alguno, con las excepciones que más adelante se establecen.*
3. *Ser miembros de juntas o consejos directivos de los sectores central o descentralizado del respectivo municipio, o de instituciones que administren tributos procedentes del mismo.*
4. *Celebrar contratos o realizar gestiones con personas naturales o jurídicas de derecho privado que administren, manejen o inviertan fondos públicos procedentes del respectivo municipio o sean contratistas del mismo o reciban donaciones de éste.*

5. *Ser representantes legales, miembros de juntas o consejos directivos, auditores o revisores fiscales, empleados o contratistas de empresas que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el respectivo municipio.*

**PARÁGRAFO 1º.** *Se exceptúa del régimen de incompatibilidades el ejercicio de la cátedra (universitaria.)*

**PARÁGRAFO 2º.** *El funcionario público municipal que nombre a un concejal para un empleo o cargo público o celebre con él un contrato o acepte que actúe como gestor en nombre propio o de terceros, en contravención a lo dispuesto en el presente artículo, incurrirá en causal de mala conducta.”*

De otro lado, la Ley 617 de 2000, “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”, respecto de la duración de las incompatibilidades de los concejales señala:

**“ARTICULO 43. DURACION DE LAS INCOMPATIBILIDADES.** *El artículo 47 de la Ley 136 de 1994 quedará así:*

**"ARTÍCULO 47. Duración de las incompatibilidades.** *Las incompatibilidades de los concejales municipales y distritales, tendrán vigencia hasta la terminación del período constitucional respectivo. En caso de renuncia se mantendrán durante los seis (6) meses siguientes a su aceptación, si el lapso que faltare para el vencimiento del período fuere superior.*

*Quien fuere llamado a ocupar el cargo de concejal, quedará sometido al mismo régimen de incompatibilidades a partir de su posesión."*

En este orden de ideas, se considera que las incompatibilidades concernientes a los concejales municipales tendrán lugar durante el período para el cual fueron elegidos; en ese sentido, en el caso que el concejal haya culminado su período, se considera que no existe prohibición alguna para que se postule para ser elegido en el cargo de alcalde y en caso que el concejal presente renuncia a su curul, la incompatibilidad mantendrán durante los siguientes seis (6) meses a su aceptación si el período para cual fue elegido es mayor.

En ese sentido, en caso que un concejal decida renunciar a su curul para postularse a ser elegido en otro cargo de elección popular, deberá tener en cuenta las restricciones que sobre el particular se han indicado en el presente concepto.

3.- En atención a su solicitud referente a establecer si para el caso del presente concepto es aplicable la Sentencia del Consejo de Estado que decretó la nulidad de la elección de la Gobernadora de la Guajira, me permito indicar:

Una vez analizada la Sentencia de Unificación emitida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejero Ponente: Alberto Yepes Barreiro, radicada con el número 11001-03-28-000-2015-00051-00 y radicado interno 2015-00051 del 7 de junio de 2016, a través de la cual se unifican los siguientes aspectos: (i) la definición del extremo temporal inicial de la incompatibilidad prevista, para alcaldes y gobernadores, en los artículos 31.7 y 32 y 38.7 y 39 de la Ley 617 de 2000, (ii) el alcance de la aplicación de los principios pro homine y pro electoratem en materia electoral y (iii) los efectos de la declaratoria de nulidades electorales por vicios subjetivos, y mediante la

cual se declaró la nulidad electoral de la señora Oneida Pinto como Gobernadora de la Guajira, es posible colegir lo siguiente:

De conformidad con lo dispuesto en el Consejo de Estado, a partir de la elección, surge para quien resulta electo en un cargo uninominal, un compromiso de cumplir el mandato otorgado, en dos extremos claros: (i) el programa de gobierno que presentó para ser elegido; (ii) el tiempo o plazo estipulado por la norma constitucional o legal para el efecto.

De acuerdo con la sentencia, la renuncia a un cargo en donde ha mediado el querer popular, para aspirar a otra cargo de elección popular, implica, en sí mismo, la defraudación de ese mandato y, por tanto, ha de entenderse que la misma debe tener consecuencias como aquella según la cual, la renuncia no puede enervar la prohibición que contemplan los artículos 31.7, 32, 38.7 y 39 de la Ley 617 de 2000.

Lo anterior, en virtud de los principios de transparencia, igualdad y la legitimidad democrática, en donde el mandato popular no puede ser utilizado para servir al interés personal de quien lo recibe, a efectos de lograr, mediante el favor popular, otras dignidades, seguramente de mayor jerarquía, en detrimento de la igualdad en la contienda electoral y su misma transparencia, en tanto se instrumentaliza el poder otorgado con la finalidad de lograr el acceso a otros cargos, en donde se afecta la legitimidad, puesto que se rompe el compromiso adquirido con el elector, con el objeto de lograr u obtener otros tipos de representación.

En este sentido es enfático el Consejo de Estado en señalar que el elegido puede renunciar en cualquier momento al mandato que le fue otorgado, no obstante, la renuncia no le da el derecho a acceder a otro cargo de elección popular hasta tanto no transcurra el período para el cual fue electo, pues el compromiso con los electores era la permanencia y la terminación efectiva del mismo.

Dispuso este alto tribunal, que el enfoque con el que se debe analizar la prohibición de inscribirse a otro cargo de elección popular durante el período para el cual fue elegido no puede fundamentarse exclusivamente de los derechos del elegido y su real protección, sino que implica tener en cuenta el mandato otorgado y las razones de éste, para entender que la voluntad popular ahí expresada, impone restricciones como la de renunciar.

Así las cosas, de acuerdo con lo señalado por el Consejo de Estado no resulta procedente que un Alcalde o un Gobernador aspire a ser inscrito como candidato a otro cargo de elección popular mientras termina su periodo institucional, aun cuando presente renuncia a su empleo en cualquier tiempo, toda vez que el interés general plasmado en la elección del electorado para desarrollar un plan de gobierno por un periodo de tiempo determinado hoy en día cuatro años, no puede superar el interés particular de una persona que busca otras dignidades de igual o mayor jerarquía, en menoscabo de la igualdad en la contienda electoral.

De lo señalado se puede colegir que la prohibición se encamina a que cargos uninominales de elección popular que han presentado un programa de gobierno en su aspiración política, específicamente el cargo de alcalde o gobernador, en el caso de renuncia no podrán inscribirse como candidatos a otros cargos de elección popular hasta tanto finalice las incompatibilidades de ley, y en el caso de renuncia al cargo hasta que finalice el período Constitucional para el cual fueron elegidos, sin que tales restricciones se puedan aplicar a otros cargos como es el caso del personero o concejal.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público; así como las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos, 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,

**JOSE FERNANDO CEBALLOS ARROYAVE**

**Asesor con Funciones de la Dirección Jurídica**

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