



CONCEPTO 5601 DE 2016 DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA
FUNCIÓN PÚBLICA

Radicado No.: 20166000005601

Fecha: 12/01/2016 04:22:31 p.m.

Bogotá D. C.,

REF. INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Inhabilidad que pudiera presentarse al pariente del concejal saliente y al pariente del concejal designado para el nuevo periodo para ser elegido personero. Radicado: 20152060229052 del 11 de diciembre de 2015.

En atención a la comunicación de la referencia, remitida por la Comisión Nacional del Servicio Civil, me permito dar respuesta a la misma en los siguientes términos:

PLANTEAMIENTO JURÍDICO

¿Existe inhabilidad para que los parientes del concejal saliente y los parientes del concejal elegido para el periodo 2016-2019 aspiren a ser nombrado en el cargo de personero del municipio?

FUENTES FORMALES:

. Constitución Política.

. Acto legislativo No. 2 de 2015.

. Ley 1551 de 2012

. Ley 136 de 1994

. Decreto 1083 de 2015

. Jurisprudencia Corte Constitucional.

ANÁLISIS:

1. Competencia para la elección de personeros.

La Constitución Política en su artículo 313 asigna a los Concejos Municipales la atribución para la elección del Personero para el período que fije la ley y los demás funcionarios que ésta determine.

Es así como la Ley 1551 de 2012, por la cual se dictan normas para modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios, 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. 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 (expresión tachada declarada inexecutable por la Corte Constitucional en Sentencia C-

105/2013), 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. (...)”

De acuerdo con las normas que se han dejado indicadas, el Concejo Municipal es el quien tiene la competencia para elegir, mediante concurso de méritos, al Personero del respectivo municipio; por ello, en criterio de esta Dirección Jurídica, el Concejo Municipal es el llamado para adelantar el concurso y de acuerdo con la sentencia C-105 de 2013, podrá contar con el apoyo técnico y organizacional de entidades e instituciones especializadas en la estructura, organización y realización de concursos de méritos

2. Etapas del concurso para la elección de personeros

Las etapas del concurso público de méritos para la elección de personeros se encuentran contenidas en el artículo 2.2.27.2 del Decreto 1083 de 2015 en donde se indica que tendrá como mínimo tres etapas: 1) Convocatoria; 2) Reclutamiento; y 3) Aplicación de pruebas.

Por otra parte, resulta importante señalar que el Consejo de Estado en concepto No.2261 de 3 de Agosto de 2015 de la Sala de Consulta y Servicio Civil, señaló:

“Visto lo anterior, la Sala considera que los actuales concejos municipales podrían llevar a cabo las fases de convocatoria y de reclutamiento, así como las pruebas de conocimientos, competencias laborales y de valoración de estudios y de experiencia que son objetivas y no se ven afectadas porque las realice la corporación saliente o entrante; por su parte, los concejos municipales que inician período el 1 de enero del próximo año deberán tener reservados para ellos el componente subjetivo (entrevista) y la elección como tal, de manera que se respete la competencia que les asigna la ley”. (Subrayado fuera de texto)

De conformidad con el anterior concepto del Consejo de Estado, el concurso público de méritos lo debe convocar y adelantar el concejo municipal que sesionó y terminó su período el 31 de diciembre de 2015, de manera que la corporación que se posesionó el 1° de enero de 2016 deberá hacer las entrevistas y elección de personeros dentro del plazo que establece la ley.

3. Inhabilidades para ser elegido personero.

El artículo 2 del Acto legislativo No 2 de 2015, que modificó el artículo 126 de la Constitución Nacional, establece:

“ARTÍCULO 2º El artículo 126 de la Constitución Política quedará así: Los servidores públicos no podrán en ejercicio de sus funciones, nombrar, postular, ni contratar con personas con las cuales tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil, o con quien estén ligados por matrimonio o unión permanente. Tampoco podrán nombrar ni postular como servidores públicos, ni celebrar contratos estatales, con quienes hubieren intervenido en su postulación o designación, ni con personas que tengan con estas los mismos vínculos señalados en el inciso anterior. Se exceptúan de lo previsto en este artículo los nombramientos que se hagan en aplicación de las normas vigentes sobre ingreso o ascenso por méritos en cargos de carrera. Salvo los concursos regulados por la ley, la elección de servidores públicos atribuida a corporaciones públicas deberá estar precedida de una convocatoria pública reglada por la ley, en la que se fijen requisitos y procedimientos que garanticen los principios de publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y criterios de mérito para su selección. (Subrayado y negrilla nuestro)

Quien haya ejercido en propiedad alguno de los cargos en la siguiente lista, no podrá ser reelegido para el mismo. Tampoco podrá ser nominado para otro de estos cargos, ni ser elegido a un cargo de elección popular, sino un año después de haber cesado en el ejercicio de sus funciones:

Magistrado de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado, de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, Miembro de la Comisión de Aforados, Miembro del Consejo Nacional Electoral, Fiscal General de la Nación, Procurador General de la Nación, Defensor del Pueblo, Contralor General de la República y Registrador Nacional del Estado Civil.

Así las cosas y atendiendo que el acto legislativo incluyó los términos, “ejercicio de sus funciones”, y adicionó los verbos, postular y contratar y postular y designar, dentro del texto del artículo 2, que reemplazó el artículo 126 debemos dirigirnos a las definiciones que de estas palabras trae el diccionario de la Real Academia Española, así:

“Elección”

“1. f. Acción y efecto de elegir;

2. f. Designación, que regularmente se hace por votos, para algún cargo, comisión, etc.

3. f. Libertad para obrar.

4. f. pl. Emisión de votos para designar cargos políticos o de otra naturaleza.”

De otra parte, los significados de “designar”, son los siguientes:

“Del lat. designare.

1. tr. Formar designio o propósito.

2. tr. Señalar o destinar a alguien o algo para determinado fin.

3. tr. Denominar, indicar.”

La postulación, se define como:

Del lat. postulare.

1. tr. Pedir, pretender.

2. tr. Pedir por la calle en una colecta.

3. tr. Pedir para prelado de una iglesia a alguien que, según derecho, no puede ser elegido.

4. Proponer un candidato para un cargo electivo.

Igualmente se hace necesario analizar el contenido de los términos relacionados con el ejercicio de funciones por parte de los servidores públicos. Es así como el artículo 6 de la Constitución Política de 1991, dispone:

“Los particulares son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y la Leyes, Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones” (resaltado nuestro)

La sentencia No. 899 de 2011, de la Corte Constitucional, al tratar el tema del ejercicio de funciones públicas, establece:

“Este derecho ha sido entendido como una vertiente, modalidad o especie del derecho administrativo sancionador⁴, tiene su fundamento en la relación especial de sujeción que existe entre el servidor público y el Estado o del particular que ejerce materialmente función administrativa⁵, relación que permite la imposición de deberes, prohibiciones, inhabilidades, incompatibilidad que buscan hacer que el Estado cumpla en forma adecuada las funciones asignadas por la Constitución y la ley. Es por ello que la jurisprudencia constitucional reiteradamente ha sostenido que este derecho se constituye en un elemento básico de la organización estatal y la realización efectiva de los fines esenciales del Estado Social de Derecho⁶.

La dogmática del derecho disciplinario muestra que se sanciona la infracción al deber funcional, entendida ésta como el conjunto de funciones, prohibiciones, inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones⁷ que se imponen al servidor o al particular que ejerce función pública en razón de la relación de sujeción que adquieren con el Estado.

Esta disciplina busca: i) que la función pública se cumpla en los términos exigidos por la Constitución y la ley y ii) corregir y encauzar la conducta de quienes ejercen esa actividad⁸ para que el Estado cumpla de manera eficiente y eficaz los fines enumerados en el artículo 2 de la Constitución. En consecuencia, la infracción del deber funcional debe generar o poner en peligro la función pública, es por ello que el artículo 5 del actual Código Disciplinario, Ley 734 de 2002, exige entre sus principios la ilicitud sustancial de la falta que, en términos de la jurisprudencia constitucional, no es más que atentar contra el buen funcionamiento del Estado y el desconocimiento de sus fines⁹ hecho que se materializa cuando se incumplen u omiten las funciones asignadas en la Constitución, la ley, los reglamentos y los manuales de funcionamiento.

(Subrayado fuera de texto)

Por lo tanto, debe entenderse que las infracciones al deber funcional de los empleados públicos, incluye aspectos relacionados con la funciones del cargo, las prohibiciones, inhabilidades, e incompatibilidades.

Con relación a las inhabilidades para ser elegido personero, la Ley 136 de 1994, expone:

“ARTÍCULO 174. INHABILIDADES. No podrá ser elegido personero quien:

(...)

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;“(...)”.
(Subrayado fuera de texto)

De conformidad con lo anterior, no podrá ser elegido personero quien sea pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil de los concejales que intervienen en su elección.

Por su parte, la Ley 136 de 1994 en su artículo 48, dispone:

“ARTÍCULO 48. PROHIBICIONES RELATIVAS A CÓNYUGES, COMPAÑEROS PERMANENTES Y PARIENTES DE LOS CONCEJALES. Los concejos no podrán nombrar, elegir o designar como servidores públicos a personas con las cuales los concejales tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil o con quien estén ligados por matrimonio o unión permanente. Tampoco podrán designar a personas vinculadas por los mismos lazos con servidores públicos competentes para intervenir en su designación.

Los cónyuges o compañeros permanentes de los concejales y sus parientes dentro del segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o primero civil, no podrán ser designados funcionarios del respectivo municipio.

Los cónyuges o compañeros permanentes de los concejales y sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, no podrán ser miembros de juntas o consejos directivos de entidades de los sectores central o descentralizado del correspondiente municipio.

PARÁGRAFO 1o. Es nulo todo nombramiento o designación que se haga en contravención a lo dispuesto en el presente artículo.

PARÁGRAFO 2o. Se exceptúan de lo previsto en este artículo, los nombramientos que se hagan en aplicación de las normas vigentes sobre carrera administrativa”. (Subrayado fuera de texto)

De acuerdo con la norma citada, que es de carácter especial, es clara la prohibición para que los concejos nombren, elijan o designen como servidores públicos a personas con las cuales los concejales tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil o con quien estén ligados por matrimonio o unión permanente. Tampoco podrán designar a personas vinculadas por los mismos lazos con servidores públicos competentes para intervenir en su designación

Con respecto al proceso de elección del Personero, la Ley 136 de 1994 señala:

“ARTÍCULO 170. Elección. Modificado por el art. 1, Ley 1031 de 2006, Modificado por el art. 35, Ley 1551 de 2012. A partir de 1995, los personeros serán elegidos por el Concejo Municipal o Distrital, en los primeros diez (10) días del mes de enero del año respectivo, para períodos de tres años, que se iniciarán el primero de marzo y concluirán el último día de febrero.

PARÁGRAFO. Los personeros municipales o distritales elegidos a la vigencia de la presente ley, concluirán su período el 28 de febrero de 1995.

Por su parte el artículo 2.2.27.1 del Decreto 1083 de 2015, refiere:

ARTÍCULO 2.2.27.1 Concurso público de méritos para la elección personeros. El personero municipal o distrital será elegido de la lista que resulte del proceso de selección público y abierto adelantado por el concejo municipal o distrital.

Los concejos municipales o distritales efectuarán los trámites pertinentes para el concurso, que podrá efectuarse a través de universidades o instituciones de educación superior públicas o privadas o con entidades especializadas en procesos de selección de personal.

Conforme a lo anotado, la competencia para la elección del personero municipal es del Concejo Municipal y será elegido de la lista que resulte del proceso de selección público; en ese sentido, conforme se indica en el concepto No.2261 de 3 de Agosto de 2015 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, la Corporación que se posesionó el 1º de enero de 2016 deberá hacer las entrevistas y por consiguiente es a quien le corresponde la elección de personeros

CONCLUSIONES:

En este orden de ideas, se considera que el pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil o con quien estén ligados por matrimonio o unión permanente con uno de los Concejales posesionados en enero de 2016 que realiza la elección en ejercicio de sus funciones, se encuentra inhabilitado para ser elegido Personero Municipal del respectivo municipio.

A los parientes del Concejal que terminó su periodo constitucional el pasado 31 de diciembre de 2015, no les aplica la prohibición señalada en el literal f) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994, en razón a que no intervienen en la etapa de elección de personeros dentro del plazo que establece la ley.

El anterior concepto se imparte en los términos del Artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

CLAUDIA PATRICIA HERNÁNDEZ LEÓN

Directora Jurídica

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. Por la cual se dictan normas para modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios.
2. Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios
3. Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública.
4. Cfr. Corte Constitucional, sentencias C-195 de 1993; C-280, C-306 y 597 de 1996, entre otras.
5. Cfr. Sentencia C-244 de 1996.M.P. Carlos Gaviria Díaz y C-708 de 1991.M.P. Álvaro Tafur Galvis, entre otras.
6. Cfr. Sentencia C-769 de 1998. M.P. Antonio Barrera Carbonell.
7. Cfr. Sentencia C-341 de 1996. M.P. Antonio Barrera Carbonell.
8. GOMEZ PAVEJEAU, Carlos Arturo. “Dogmática del Derecho Disciplinario” Universidad Externado de Colombia. Segunda Edición, pág. 221 y siguientes.
9. Cfr. Sentencia C-948 de 2002. M.P. Álvaro Tafur Galvis

Jaime Jiménez/JFCA

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