



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL**

Consejero Ponente: Gustavo Aponte Santos

Bogotá, D.C, seis (6) de diciembre de dos mil siete (2007)

Radicación: 11001-03-06-000-2007-00093-00

Número: 1.864

Referencia: Régimen de inhabilidades aplicable a los aspirantes al cargo de Personero del Distrito Capital.

El señor Ministro del Interior y de Justicia, doctor Carlos Holguín Sardi, solicitó concepto a la Sala sobre si se configura o no una causal de inhabilidad en cabeza de un funcionario que un año antes de la elección de Personero del Distrito Capital se haya desempeñado en el cargo de Procurador Distrital de Bogotá. A tal fin formuló las siguientes preguntas:

"1. ¿Estaría inhabilitado para ser Personero de Bogotá, un funcionario que se desempeñe en el cargo de Procurador Distrital de Bogotá, durante el año inmediatamente anterior a la elección no obstante ser su nombramiento de carácter nacional?"

2. ¿Podría presentarse un conflicto de intereses para ser Personero de Bogotá, en un funcionario que se desempeñe durante el año inmediatamente anterior a la elección como Procurador Distrital, cargo del orden nacional? ¿Teniendo en cuenta que por competencia funcional el Procurador Distrital, vigila la conducta oficial, y puede ejercer preferentemente la función disciplinaria en Bogotá, como investigar a los Concejales que lo eligen?"

Entre los antecedentes de la Consulta, el señor Ministro cito algunos pronunciamientos de esta Corporación en relación con el régimen de inhabilidades de los personeros municipales y distritales del artículo 174 de la ley 136 de 1994, en los que se analizó la aplicación de la causal de inhabilidad prevista en el numeral 2º del artículo 37 de la ley 617 de 2000 sobre el ejercicio de autoridad política, civil, administrativa o militar, a los personeros de ese nivel.¹

Para responder la Sala considera:

Antes de estudiar la viabilidad de aplicar la causal prevista en el numeral 2º del artículo 37 de la ley 617 de 2000, a quienes aspiren a ocupar el cargo de personero de Bogotá, considera esta Sala necesario revisar el tratamiento que la Constitución y la

¹ Corte Constitucional. Sentencia C-767 DE 1998. Consejo de Estado. Sección Quinta. Expediente 2203. Sentencia del 11 de marzo de 1999; Expediente 2231. Sentencia del 24 de junio de 1999; Expediente 3395. Sentencia del 3 de marzo de 2005. Consejo de Estado. Sala Plena. Sentencia del 8 de abril de 2003.. Expediente 3395. Sentencia 3 de marzo de 2005

ley le otorgan al Distrito Capital para establecer el alcance del artículo 2º de la ley 1031 de 2006 frente al régimen de inhabilidades previsto en el artículo 174 de la ley 136 de 1994.

1. CONSIDERACIÓN GENERAL SOBRE EL REGIMEN ESPECIAL DEL DISTRITO CAPITAL.

El artículo 322 de la Constitución Política² que hace parte del capítulo IV denominado “*Del Régimen Especial*”³, establece que Bogotá, en su calidad de Capital de la República y del departamento de Cundinamarca, se organiza como Distrito Capital y su régimen político, fiscal y administrativo será “*el que determinen la Constitución, las leyes especiales que para el mismo se dicten y las disposiciones vigentes para los municipios*”.

El Gobierno Nacional en desarrollo de las facultades conferidas en el artículo 41 transitorio de la Carta, expidió el decreto ley 1421 de 1993, por el cual se dictó el régimen especial para el Distrito Capital de Bogotá.

La Corte Constitucional en varias oportunidades ha señalado que la especialidad de las disposiciones de este decreto ley se deriva de las características que la Constitución le otorga al Distrito Capital que lo hace único frente a los demás entes territoriales. Característica ésta que no impide que **a falta de regla especial** se le apliquen las disposiciones vigentes para los municipios.⁴

En concordancia con lo anterior, el artículo 2º del decreto 1421 de 1993, dispone:

“Artículo 2º.- Régimen aplicable. *El Distrito Capital como entidad territorial está sujeto al régimen político, administrativo y fiscal que para él establece expresamente la Constitución, el presente estatuto y las leyes especiales que para su organización y funcionamiento se dicten. En ausencia de las normas anteriores, se somete a las disposiciones constitucionales y legales vigentes para los municipios*”. (Negrilla fuera del texto original).

En consecuencia, al Distrito Capital les son aplicables, en su orden, las normas constitucionales del Título XI, capítulo 4º, artículos 322 a 327, las contenidas en el régimen especial del decreto ley 1421 de 1993 con las modificaciones introducidas por la ley 617 de 2000 **y en ausencia de norma especial**, las previstas para los demás municipios.

Pasa, entonces, la Sala a revisar, si el régimen de inhabilidades general previsto en el artículo 174 de la ley 136 de 1994, es aplicable a quienes aspiren a ocupar el cargo de personero del Distrito Capital.

II. INHABILIDADES PARA SER ELEGIDO PERSONERO DEL DISTRITO CAPITAL.

El artículo 2º de la ley 1031 de 2006 que modificó el artículo 97 del decreto 1421 de 1994, dispone en materia de inhabilidades:

“Artículo 2o. *El artículo 97 del Decreto-ley 1421 de 1993 quedará así:*

² Modificado por el Acto legislativo 01 de 2000.

³ Título XI “De la organización territorial”.

⁴ Corte Constitucional. Sentencias C-198 de 1998. C-937 de 2001. C-905 C-778 de 2001.

“Artículo 97. Elección, inhabilidades. (...) “No podrá ser elegido personero quien sea o haya sido en el último año miembro del Concejo, ni quien haya ocupado durante el mismo lapso cargo público en la administración central o descentralizada del Distrito. Estarán igualmente inhabilitados quienes hayan sido condenados en cualquier época por sentencia judicial a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos, excluidos del ejercicio de una profesión o sancionados por faltas a la ética profesional.(...)” (Negrilla fuera del texto original).

Por su parte, el artículo 174 de la ley 136 de 1994 por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios, establece:

“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;**⁵
- b) Haya ocupado durante el año anterior, cargo o empleo público en la administración central o descentralizada del distrito o municipio;**⁶
- 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”. (Negrilla fuera del texto original).

A su vez, el artículo 95 de la ley 136 de 1994, modificado por la ley 617 de 2000, aplicable a los personeros municipales y distritales por remisión expresa del legislador “en lo que resulte pertinente”, prevé entre las causales de inhabilidad, la siguiente:

“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: (...)

“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”. (Negrilla fuera del texto original).

Las disposiciones transcritas, permiten a la Sala señalar que el régimen de inhabilidades del artículo 2º de la ley 1031 de 2006 que modificó el artículo 97 del decreto ley 1421 de 1994 y el previsto en el artículo 174 de la ley 136 de 1994, son distintos en cuanto a su naturaleza y ámbito de aplicación, pues mientras, el primero, es especial y posterior para quienes aspiren a ocupar el cargo de personero en el

⁵ Corte Constitucional. Sentencias C-767 de 1998, C-483 de 1998

⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-617 de 1997, C-721 de 2006

Distrito Capital, el segundo, es general y aplicable a quienes aspiren a ocupar esa misma posición en los demás municipios y distritos del país.

Al existir en las normas especiales del Distrito Capital una disposición que expresamente regula el régimen de inhabilidades aplicable al personero del Distrito Capital y los presupuestos normativos para que dichas inhabilidades se configuren, no es dable hacer extensivas las causales de inhabilidad previstas para los personeros municipales y distritales en el artículo 174 de la ley 136 de 1994.

En efecto, considera esta Sala que en el presente caso no se presenta vacío alguno o ausencia de norma especial que en los términos del artículo 322 de la Carta y del artículo 2º del decreto ley 1421 de 1993 faculte al interprete a aplicar las normas generales vigentes a los municipios.

En consecuencia, las causales de inhabilidad aplicables a los candidatos al cargo de personero del Distrito Capital son las que taxativamente prevé el artículo 2º de la ley 1031 de 1997, es decir, haber sido concejal o **haber desempeñado cargo público en la administración central o descentralizada del Distrito Capital**, durante el año anterior a la elección, o en cualquier época haber sido condenado por sentencia judicial a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos, excluidos del ejercicio de una profesión o sancionados por faltas a la ética profesional

En este sentido, la Sección Quinta de esta Corporación, en la sentencia del 17 de mayo de 2005, expediente N°3476, señaló:

*“(...) la validez del acto de elección del personero de Bogotá D.C., no puede juzgarse a la luz de las causales de inhabilidad previstas para los personeros en la ley 136 de 1994, puesto que el objeto de éste precepto jurídico no abarca al Distrito Capital, a ella se le encabezó “por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios”, de donde puede inferirse, por principio de especialidad, que el juzgamiento de ese acto, en cuanto a violación del régimen de inhabilidades se refiere, **solamente puede hacerse respecto de cualquiera de las causales de inhabilidad consagradas en el artículo 97 del decreto 1421 de 1993**, fijado por el legislador con ese expreso y preciso propósito. De otra parte, la incompatibilidad entre el régimen especial previsto para el Distrito Capital y el régimen general expedido para los municipios, se hace patente porque el legislador no previó ningún hilo conductor o norma de reenvío a las causales de inhabilidad de los personeros municipales, algunas de las causales previstas para el mismo régimen de los alcaldes. Es decir, el silencio por parte del legislador debe tomarse como una prohibición para que el operador jurídico haga, motu proprio, esta integración, por demás lesiva para las garantías fundamentales del accionado, a quien se le haría, sin duda, más gravosa su situación al resultar de esa sumatoria un régimen de inhabilidades mucho más denso, contrario al realmente prescrito”.*

Así las cosas, la discusión jurisprudencial sobre la aplicación del numeral 2º del artículo 37 de la ley 617 de 2000, relativa al desempeño de cargos que impliquen el ejercicio de autoridad política, civil, administrativa o militar en el respectivo municipio, por sustracción de materia carece de relevancia jurídica, en la medida en que el régimen especial del artículo 2º de la ley 1031 de 2006, circunscribe exclusivamente la causal de inhabilidad en razón del cargo, a quienes dentro del año anterior a la elección hayan pertenecido a la administración **central o descentralizada del Distrito Capital**, sin distinguir el grado de autoridad que el funcionario de ese nivel ejerza.

IV. EL CASO CONCRETO.

En el caso concreto, se solicita establecer si se encuentra o no inhabilitado para ser Personero del Distrito Capital, un funcionario que desempeñe el cargo de Procurador Distrital de Bogotá, durante el año inmediatamente anterior a la elección, no obstante ser su nombramiento de carácter nacional y tener entre sus atribuciones funciones de vigilancia y de carácter disciplinario frente a los concejales.

En este punto, lo primero que advierte la Sala es que la inhabilidad prevista en el artículo 2º de la ley 1031 de 2006, en razón de haber ocupado un cargo público con antelación a la elección está referida únicamente a aquel que pertenezca al nivel central o descentralizado del Distrito Capital y no a cargos públicos desempeñados en otro ente territorial u otro nivel u orden administrativo, pues lo que se trata de evitar es que el elegido pueda terminar controlando sus propias actuaciones.

En un caso análogo, esta Sala al analizar, en abstracto, si un funcionario que pertenece a la personería distrital de Bogotá, estaba obligado a renunciar a su cargo para postular su nombre ante el Concejo Distrital, en el concepto 1788 de 2006 concluyó que la pertenencia a un organismo de control no está configurada como causal de inhabilidad porque de acuerdo con lo previsto en el artículo 2º de la ley 1031 de 2006, el vínculo laboral con la entidad territorial, *“solo es causal de inhabilidad para quien aspire a ser elegido personero de la misma, si corresponde a un cargo público de la administración central o descentralizada (...)”*.

Los presupuestos normativos de la inhabilidad especial prevista en el artículo en comento, llevan a la Sala a concluir que quien haya ejercido dentro del año anterior, el cargo de procurador del Distrito Capital, no está impedido para participar y ser elegido personero de la misma ciudad, en tanto, éste hace parte de la estructura orgánica del Ministerio Público que como ente de control goza de autonomía e independencia frente a la administración en cualquiera de sus ordenes o niveles (artículo 118 C.P. y artículo 2º del decreto 262 de 2000).

Lo anterior debe entenderse, sin perjuicio del conflicto de intereses que podría presentarse en cabeza de los concejales de Bogotá que tienen a su cargo la elección del personero del Distrito Capital (artículo 313-8 C.P.), cuando estén siendo investigados disciplinariamente por un procurador del Distrito Capital que decida postularse como personero de este ente territorial, como a continuación se explica.

V. CONFLICTO DE INTERESES PARA PARTICIPAR EN LA ELECCION AL CARGO DE PERSONERO DEL DISTRITO CAPITAL

El Código Único Disciplinario, define el conflicto de intereses, en los siguientes términos:

*“Artículo 40.- Conflicto de intereses.- 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 alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, o su socio o socios de hecho o de derecho.*

Consulta No. 11001-03-06-000-2007-00093-00-1864

“Cuando el interés general, propio de la función pública entre en conflicto con un interés particular y directo del servidor público deberá declararse impedido”.

Con el propósito de determinar si eventualmente podría presentarse un conflicto de interés en cabeza de los concejales de Bogotá que tienen a su cargo la elección del personero del Distrito Capital, es pertinente traer a colación, el artículo 76 del decreto 262 de 2000 que entre las funciones de las procuradurías distritales, dispone:

“Artículo 76. Funciones. Las procuradurías distritales y provinciales, dentro de su circunscripción territorial, tienen las siguientes funciones, cuando lo determine el Procurador General en virtud de las facultades contenidas en el artículo 7 de este decreto:

1. Conocer en primera instancia, salvo que la competencia esté asignada a otra dependencia de la Procuraduría, los procesos disciplinarios que se adelanten contra:

a) Los alcaldes de municipios que no sean capital de departamento, **los concejales de éstos**, los personeros, personeros delegados, ediles de juntas administradoras locales, rectores, directores o gerentes de las entidades y organismos descentralizados del orden distrital o municipal, los miembros de sus juntas o consejos directivos, y contra servidores públicos del orden distrital o municipal, según el caso.

(...)

“Parágrafo segundo. Las Procuradurías Distritales de Santa Fe de Bogotá, D.C., conocen en primera instancia los procesos disciplinarios que se adelanten contra los concejales y el Contralor Distrital de Santa Fe de Bogotá, D.C.” (Resalta la Sala).

Con fundamento en la potestad disciplinaria que el artículo parcialmente transcrito, le otorga a los procuradores distritales de Bogotá para conocer de los procesos que se adelanten contra los concejales de ese ente territorial, esta Sala considera que es viable que se pueda presentar un conflicto de intereses cuando en cabeza de un concejal confluya la calidad de nominador e investigado.

En ese caso hipotético, el interés directo del concejal investigado estaría representado en las resultas del proceso en curso, que dependería de la gestión administrativa que realice el procurador que se encuentre optando al cargo de personero de Bogotá y, el interés general, en que el nombramiento de la persona que sea más idónea para desempeñar las funciones esté rodeado de todas las garantías que la Constitución y la ley exigen para el ejercicio de la función pública.

El interés directo como causal para que un servidor público tenga que declararse impedido debe ser cierto, real y analizarse en cada caso concreto, por tanto, para que un miembro del Concejo del Distrito Capital, tenga que declararse impedido para participar en la elección del personero de Bogotá, se requerirá no solamente que curse una investigación en su contra, sino que dicha investigación esté a cargo del procurador distrital con facultad disciplinaria que aspire a ser nombrado personero del distrito.

La Sala responde:

1. De acuerdo con lo previsto en el artículo 2º de la ley 1031 de 2006, un funcionario que se desempeñe en el cargo de Procurador Distrital de Bogotá, durante el año

Consulta No. 11001-03-06-000-2007-00093-00-1864

inmediatamente anterior a la elección **no está inhabilitado para postularse y ser elegido como personero del Distrito Capital.**

2. En el proceso de elección del personero del Distrito Capital, eventualmente, podría presentarse un conflicto de intereses que impida a un concejal participar en la elección del personero del Distrito, cuando al mismo se presente el procurador distrital de Bogotá que se encuentra adelantando una investigación en su contra.

ENRIQUE J. ARBOLEDA PERDOMO
Presidente de la Sala

GUSTAVO APONTE SANTOS

LUIS FERNANDO ALVAREZ JARAMILLO

TATIANA ORJUELA VEGA
Secretaria de la Sala