



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero Ponente: Álvaro Namén Vargas

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de julio de dos mil dieciocho (2018)

Radicación Interna: 11001-03-06-000-2018-00045-00

Número Único: 2373

Referencia: Competencia de los concejos municipales para declarar inhabilidades e incompatibilidades de los candidatos a ocupar el cargo de personero y contralor municipal.

El Ministro del Interior consulta a la Sala sobre la competencia de los concejos municipales para evaluar las presuntas inhabilidades e incompatibilidades en las convocatorias o concursos de méritos para la elección de personero y contralor, y el procedimiento para declarar que un aspirante a estos cargos se encuentra incurso en una de tales causales.

I. ANTECEDENTES

De acuerdo con la entidad consultante y los documentos remitidos, el asunto tiene los siguientes antecedentes:

1. El 8 de noviembre de 2017¹ el Presidente del Concejo Municipal de Ibagué formuló la misma consulta al Ministerio del Interior.
2. El 23 de noviembre de 2017² el Jefe de la Oficina Jurídica de la cartera en mención, requirió al peticionario a fin de que aclarara y completara la petición para dar respuesta a la consulta, sin perjuicio de acudir a esta Corporación.
3. Mediante Oficio No. 1001001- 002 del 12 de enero de 2018, el Presidente del Concejo Municipal de Ibagué dio respuesta al requerimiento formulado, aclaró la consulta y remitió al Ministerio en mención los documentos solicitados³.

¹ Oficio EXTMI-17-50606.

² Oficio OFI17-46178-OAJ-1400.

³ Oficio EXTMI-18-1545.

4. En comunicación del 15 de febrero de 2018, el Jefe de la Oficina Jurídica del Ministerio de Interior acusó recibo de los documentos enviados y, a su vez, reiteró la solicitud de otros que no se allegaron para dar respuesta a la consulta o acudir ante la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

5. El anterior requerimiento fue atendido el 16 de febrero de 2018 por el Presidente del Consejo Municipal de Ibagué, advirtiendo que uno de los documentos solicitados no lo podía enviar porque no estaba en su poder.

6. Luego de explicar el trámite surtido, el consultante señaló que debido a la importancia y variedad de criterios existentes sobre los temas objeto de consulta, así como la prohibición legal consagrada para los servidores públicos de nombrar o elegir para el desempeño de cargos públicos personas que no reúnan los requisitos legales exigidos o posesionarlos conociendo dicha situación (art. 35-18 de la Ley 734 de 2002 – Código Disciplinario Único⁴) *“lo que generaría consecuencias que exigen que cualquier concepto sea emitido previo análisis sesudo de la situación, consideramos pertinente formular este requerimiento a la Honorable Sala”*.

Con fundamento en lo anterior, el consultante formula a la Sala las siguientes **PREGUNTAS**:

1. *¿Le compete a los concejos municipales hacer la revisión de presuntas inhabilidades e incompatibilidades en las convocatorias y/o concursos de mérito para elección de personero y contralor, y así mismo decretar que un aspirante al cargo está incurso en una causal?*

2. *¿Cuál es el procedimiento que deben hacer los concejos municipales para revisar las presuntas inhabilidades e incompatibilidades?*

3. *¿Qué entidad pública debe hacer el acompañamiento a los concejos municipales para poder revisar las presuntas inhabilidades e incompatibilidades de los participantes a convocatorias o concursos de méritos?*

4. a. *¿En caso de no evidenciarse una inhabilidad, y someter al aspirante a prestar juramento de no encontrarse dentro de las causales de inhabilidades o incompatibilidad para el cargo, es válido (sic) la presunción de buena fe?;*

b. *¿De acuerdo con lo establecido en el art. 174 de la Ley 136 de 1994, el cual señala que no podrá ser elegido Personero quien esté en curso (sic) en las causales*

⁴ Dispone la norma en mención: “Artículo 35. Prohibiciones. A todo servidor público le está prohibido: (...).18. Nombrar o elegir, para el desempeño de cargos públicos, personas que no reúnan los requisitos constitucionales, legales o reglamentarios, o darles posesión a sabiendas de tal situación. (...)”.

de inhabilidad establecidas para los alcaldes municipales y conforme a lo señalado en el art. 95 de la Ley 136 de 1994, modificado por el art. 37 de la Ley 617 de 2000, en su numeral 3 determina como inhabilidad el que haya ejercido jurisdicción o autoridad civil, política o militar a cargos de dirección administrativa en el respectivo municipio dentro de seis meses anteriores a la elección; nos permitimos consultar si para el caso concreto del señor Efraín Hincapié González, quien ocupó el primer puesto de elegibilidad dentro del concurso de méritos de elección de Personero Municipal de Ibagué Tolima, si se encuentra de dicha causal de inhabilidad? El señor Efraín Hincapié González para la época (Año 2015) en que se realizó la inscripción al presente concurso, ostentaba la calidad de Contralor del Departamento de Tolima, y quien posiblemente ejerció (sic) jurisdicción conforme a unas actuaciones desplegadas en ejercicio de sus funciones como Contralor Departamental dentro de un proceso de responsabilidad fiscal que se adelantaba en contra de una entidad descentralizada por servicios del Municipio de Ibagué (IBAL);

c) Establecer si existió una incompatibilidad o conflicto de interés del señor Efraín Hincapié González, dentro del concurso de méritos de elección de personero municipal, en razón a la suscripción de un contrato de prestación de servicios profesionales con la Escuela Superior de Administración Pública ESAP, durante el desarrollo de las pruebas de conocimiento, competencias y análisis de antecedentes.

II. CONSIDERACIONES

Aclaración

Antes de dar respuesta a la consulta, es necesario aclarar que mediante auto del 09 de abril de 2018, la Sala por conducto del Magistrado Ponente, solicitó la aclaración de la pregunta formulada en el numeral 4 del oficio, así como el envío de la siguiente información: i) Copia de la Resolución No. 292 de 2015 del Concejo Municipal de Ibagué por la cual se convocó a concurso público y abierto de méritos para la elección del Personero Municipal; ii) Copia del Convenio Interadministrativo de 2015 suscrito entre el Concejo Municipal de Ibagué y la Escuela Superior de Administración Pública -ESAP- para la celebración del concurso público y abierto de méritos para la elección de Personero Municipal; iii) Copia del Convenio Interadministrativo No. 478 de 2017 suscrito entre el Concejo Municipal de Ibagué y la Escuela Superior de Administración Pública -ESAP- para rehacer el concurso público y abierto de méritos para la elección de Personero Municipal; iv) Informar si a la fecha existen procesos judiciales en los que se haya demandado el nombramiento y/o elección del actual Personero Municipal de Ibagué; v) Copia de las respuestas suministradas al Concejo Municipal de Ibagué por parte de otras entidades o autoridades sobre los aspectos objeto de consulta; y vi) Copia de la

certificación expedida por la ESAP a que se alude en el literal c de la pregunta cuarta formulada en la consulta.

Mediante comunicación del día 30 de abril de 2018, el Ministerio del Interior envió copia del oficio del 18 de abril de 2018, a través de la cual el Presidente del Concejo Municipal de la ciudad de Ibagué reformuló la pregunta 4 de la consulta inicial y remitió la reglamentación municipal requerida excepto la certificación a que se aludía en el último punto de la pregunta inicialmente planteada y la información sobre la existencia de procesos judiciales en curso relacionados con la elección del actual personero de Ibagué.

Posteriormente, mediante oficio del 27 de junio de 2018, el Ministerio del Interior, previo requerimiento de la Sala, envió el oficio del 22 de junio de 2018 suscrito por el Presidente del Concejo Municipal de Ibagué mediante el cual remitió el texto completo del Convenio Interadministrativo celebrado entre el Concejo Municipal y la ESAP y copia del auto del 5 de junio del año en curso proferido por el Tribunal Administrativo del Tolima⁵ mediante el cual se admitió la demanda de nulidad electoral del acto de elección del actual personero de la ciudad de Ibagué.

Advertencia preliminar

La función consultiva asignada a esta Corporación en el numeral 3 del artículo 237 de la C.P., constituye una herramienta constitucional de colaboración interinstitucional, orientada a que el Gobierno Nacional pueda contar con un criterio jurídico objetivo e independiente para el mejor cumplimiento de las tareas administrativas a su cargo. En tal sentido, la Sala de Consulta y Servicio Civil, con base en el ordenamiento vigente, conceptúa jurídicamente sobre asuntos o materias administrativas que el Gobierno debe resolver dentro de su autonomía para la buena marcha de la Administración.

Según lo informado en la consulta y los documentos remitidos a esta Corporación, se advierte que en la actualidad cursa en el Tribunal Administrativo del Tolima una acción de nulidad electoral admitida mediante auto del 5 de junio de 2018⁶ cuyo demandante es el señor Efraín Hincapié González candidato al cargo de personero municipal de la ciudad de Ibagué, y demandados: el Municipio de Ibagué, el Concejo Municipal y el señor Camilo Ossa Bocanegra, actual personero municipal.

Lo anterior impide a la Sala referirse en forma particular y concreta a las inquietudes relacionadas con el demandante y la situación que rodeó la elección del actual

⁵ Tribunal Administrativo del Tolima, Acción de Nulidad Electoral. Rad. 73001-23-33-002-2018-00204-00. M.P. Belisario Beltrán Bastidas.

⁶ *Ibidem*.

personero quien ocupó el segundo lugar en la lista de elegibles en el concurso de méritos realizado para tal efecto, toda vez que de tiempo atrás ha considerado que no es procedente pronunciarse cuando la consulta tenga como objeto asuntos que versen sobre la misma materia o una sustancialmente conexas a los que se estén debatiendo en un proceso judicial.

En efecto, cuando el objeto o aspectos de la consulta están siendo debatidos desde los órdenes fiscal, disciplinario o judicial, como estaría sucediendo con algunos aspectos de la misma y el proceso no ha finalizado sino todo lo contrario se encuentra apenas en su fase inicial, tal como sucede en el presente caso, la Sala debe abstenerse de pronunciarse para no interferir en la función judicial que le compete privativamente a otros órganos, de acuerdo con la Constitución y la Ley. En esa medida, la Sala se referirá de manera general a los temas objeto de consulta sin aludir de forma particular a los aspectos que son objeto del proceso judicial, los cuales, por las razones anotadas, no son asuntos susceptibles de absolver por vía de la función consultiva, pues no es de su competencia determinar si en un caso concreto y particular se presentó un conflicto de interés, una inhabilidad o incompatibilidad del candidato que ocupó en primer lugar la lista de elegibles dentro del concurso de méritos adelantado para la elección del cargo de personero municipal de la ciudad de Ibagué y el cual no fue elegido por dicha circunstancia.

Con el propósito de responder a los interrogantes formulados, la Sala se referirá a los siguientes temas: i) Competencia de los Concejos Municipales para elegir personeros y contralores municipales; ii) Procedimiento para la elección de los contralores y personeros municipales; iii) Régimen de inhabilidades e Incompatibilidades para desempeñarse como personero municipal; y iv) Régimen de los conflictos de interés.

1. Competencia de los Concejos Municipales para elegir personeros y contralores municipales y distritales

Conforme a lo dispuesto por la Constitución Política corresponde a los Concejos Municipales la elección de los personeros y contralores municipales. Dicha atribución está consagrada en los artículos 272 inc. 4⁷ y 313 num. 8 en los siguientes términos:

“Artículo 272: (...) Los Contralores departamentales, distritales y municipales serán elegidos por las Asambleas Departamentales, Concejos Municipales y Distritales, mediante convocatoria pública conforme a la ley, siguiendo los principios de

⁷ Inciso modificado por el artículo 23 del Acto Legislativo No. 2 de 2015 “Por medio del cual se adopta una reforma de equilibrio de poderes y reajuste institucional y se dictan otras disposiciones”.

transparencia, publicidad, objetividad, participación ciudadana y equidad de género, para periodo igual al del Gobernador o Alcalde, según el caso”.

“Artículo 313 Corresponde a los concejos: (...).

8. Elegir Personero para el período que fije la ley y los demás funcionarios que ésta determine”.

Según el anterior mandato corresponde a los concejos municipales llevar a cabo la elección de los funcionarios en mención. Por disposición constitucional en el caso de los contralores debe adelantarse una convocatoria pública en los términos que establezca la ley y atendiendo los principios señalados en la norma transcrita. A su turno, en el caso de los personeros, a pesar de que la disposición constitucional no dijo nada, fue el legislador quien se ocupó de regular el procedimiento como se explica a continuación.

2. Procedimiento para la elección de los personeros y contralores municipales

a. Personeros municipales

El artículo 170 de la Ley 136 de 1994⁸, modificado por el artículo 35⁹ de la Ley 1551 de 2012¹⁰ establece:

“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,~~¹¹ 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.

Para ser elegido personero municipal se requiere: En los municipios de categorías especial, primera y segunda títulos de abogado y de postgrado. En los municipios de tercera, cuarta y quinta categorías, título de abogado. En las demás categorías podrán

⁸ “Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios”.

⁹ Esta norma fue inicialmente modificada por la Ley 1031 de 2006 para aumentar el periodo de los personeros a cuatro (4) años y en lo demás mantuvo las fechas para su elección y posesión.

¹⁰ “Por la cual se dictan normas para modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios”.

¹¹ El aparte tachado fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-105 del 6 de marzo de 2013, junto con los incisos 2, 4 y 5 con los cuales se integró la unidad normativa a fin de garantizar los efectos jurídicos del fallo.

participar en el concurso egresados de facultades de derecho, sin embargo, en la calificación del concurso se dará prelación al título de abogado.(...)"

De acuerdo con la normativa vigente se observa que se atribuyó a los Concejos Municipales la elección de los personeros municipales (art. 313-8 C.P.), para periodos de cuatro (4) años en los diez (10) primeros días del mes de enero del respectivo año en que inicie el periodo constitucional (art. 170 Ley 136 de 1994 modificado por el art. 35 Ley 1551 de 2012). Para tal efecto, la norma transcrita impuso la realización de un concurso público de méritos¹² a cargo de la Procuraduría General de la Nación. Sin embargo, la Corte Constitucional mediante C-105 de 2013 declaró inexecutable el aparte que atribuía a la Procuraduría General de la Nación la obligación de adelantar el mencionado concurso, con fundamento en que *“la realización del concurso por parte de la Procuraduría vacía de contenido las atribuciones constitucionales de los concejos, al transferir el acto decisivo y medular de la elección a un tercer órgano, en contravía con el sistema constitucional de distribución de competencias, que implica, además, una lesión de la autonomía de las entidades territoriales”*.

En la misma providencia la Corte Constitucional indica que el concurso público de méritos para la elección de personeros regulado en la Ley 1551 de 2012 debe sujetarse a los estándares generales que la jurisprudencia constitucional ha identificado en esta materia, a saber: *“(i) ser abierto a cualquier persona que cumpla los requisitos para ocupar el cargo; (ii) las pruebas de selección deben orientarse a buscar el mejor perfil para el cargo; (iii) la valoración de la experiencia y preparación académica y profesional debe tener relación con las funciones que se van a desempeñar; (iv) la fase de oposición debe responder a criterios objetivos; (v) el mérito debe tener un mayor peso en el concurso que los criterios subjetivos de selección; (vi) debe garantizarse su publicidad; y (vii) para la realización de los*

¹² La Corte Constitucional declaró la exequibilidad del aparte contenido en la norma en relación con el concurso previo y público de méritos al señalar: “[E]l concurso para la provisión de cargos de servidores públicos que no son de carrera se encuentra avalado en virtud del reconocimiento constitucional explícito y en razón de los fines estatales y los derechos fundamentales por cuya realización propende. (...). [L]a importancia de estas funciones (se refiere al personero), y el control que deben ejercer sobre los órganos del orden territorial justifican una elección reglada y no necesariamente una decisión discrecional que pueda comprometer la independencia y la imparcialidad de la persona que resulte favorecida. De este modo, el rol y las funciones del personero, antes que excluir la aplicación del precedente anterior, refuerzan la necesidad de apelar a este tipo de procedimientos (...). Adicionalmente, la independencia que debe caracterizar al personero con respecto a los concejos, cuya actividad controla y supervisa, aconsejan un procedimiento formalizado y reglado, en el que las decisiones se adoptan a partir de criterios y pautas objetivas.// En definitiva, la regla jurisprudencial que avala el concurso público de méritos como instancia previa a la elección de los funcionarios que no son de carrera, es perfectamente aplicable al caso que se examina en esta oportunidad”. *Ibidem*.

concursos pueden suscribirse convenios con entidades públicas especializadas que asesoren a los concejos municipales.”¹³

En desarrollo de lo dispuesto en las normas citadas y el pronunciamiento de la Corte Constitucional, el Gobierno Nacional para dar cumplimiento a los principios de transparencia, objetividad e igualdad¹⁴ expidió el Decreto 2485 de 2014¹⁵ mediante el cual señaló los estándares mínimos para llevar a cabo el concurso público y abierto de méritos para elección de personeros municipales, el cual *“responde a fines constitucionales particularmente protegidos como la transparencia, la objetividad, la publicidad, la participación ciudadana y la regla de mérito para el acceso a los cargos públicos”*¹⁶.

El precepto en mención consagra las siguientes reglas:

- a) El personero será elegido de la lista que resulte del proceso de selección público y abierto que se adelante para el efecto¹⁷;
- b) El concurso podrá llevarse a cabo a través de universidades, instituciones de educación pública o entidades especializadas en procesos de selección de personal; y

¹³ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto No. 2261 del 3 de agosto de 2015.

¹⁴ “El concurso público de méritos responde a fines constitucionales particularmente protegidos como la transparencia, la objetividad, la publicidad, la participación ciudadana y la regla de mérito para el acceso a los cargos públicos”. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto No. 2283 del 16 de febrero de 2016.

¹⁵ Incorporado en los artículos 2.2.27.1 a 2.2.27.6 del Decreto 1083 de 2015 “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública”.

¹⁶ Respecto de la vigencia del decreto con ocasión de la expedición del Acto Legislativo No. 02 de 2015 se pronunció esta Sala para señalar: “El concurso público de méritos para la elección de personeros regulado en el artículo 35 de la Ley 1551 de 2012 se encuentra dentro de la excepción prevista en el artículo 2 del Acto Legislativo 2 de 2015. Por tanto, la exigencia de realizar un concurso público de méritos para la elección de estos funcionarios no ha perdido su vigencia ni ha sido derogado”. Concepto No. 2261 del 3 de agosto de 2015.

¹⁷ En Sentencia del 26 de julio de 2002, por medio de la cual se resolvió la impugnación contra una sentencia de tutela referente a la provisión de un cargo de carrera administrativa en el que se desconoció el primer candidato de la lista de elegibles, esta Corporación manifestó: “El acceso de los mejores a los cargos y funciones públicas, sirve para renovar los principios de eficiencia, eficacia, imparcialidad, moralidad y publicidad, de que trata el artículo 209 de la Carta. En consecuencia, para la designación de una persona en un determinado cargo administrativo basta con que dicha persona reúna las calidades exigidas por la ley y ocupe el primer puesto del listado de elegibles, siempre que no concurra ninguna causal de inhabilidad ni incompatibilidad para el ejercicio del cargo”. (Se subraya). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Rad. 08001-23-31-000-2001-2215-01 (AC-3412).

c) El concurso debe atender los criterios de objetividad, transparencia, imparcialidad y publicidad, teniendo en cuenta la idoneidad de los aspirantes para el ejercicio de las funciones.

Respecto a las etapas, el decreto dispone que el concurso tendrá como mínimo las siguientes:

i) Etapa de convocatoria: Debe ser suscrita en los términos establecidos en el decreto. Es la norma reguladora de todo el concurso y obliga a la administración, a las entidades contratadas y a los participantes. Debe contener *“el reglamento del concurso, las etapas que deben surtir y el procedimiento administrativo orientado a garantizar los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad en el proceso de elección”*¹⁸; debe además contener los mínimos exigidos la norma en cita.

ii) Etapa de reclutamiento. Su finalidad es *“atraer e inscribir el mayor número de aspirantes que reúna los requisitos para el desempeño del empleo objeto del concurso”*¹⁹.

iii) Etapa de pruebas: Su objetivo consiste en *“apreciar la capacidad, idoneidad y adecuación de los aspirantes, así como establecer una clasificación de los candidatos respecto a las calidades requeridas para desempeñar con efectividad las funciones del empleo”*²⁰. En todo caso establece la norma que el concurso debe tener como mínimo una prueba de conocimientos académicos; una prueba de evaluación de competencias laborales; la valoración de los estudios y experiencia que superen los requisitos exigidos para el empleo; y una entrevista.

Así se advierte que el concurso tiene dos componentes: uno objetivo (con mayor peso) y uno subjetivo (menor peso), como lo explicó esta Sala²¹:

“Como ocurre con la generalidad de los concursos públicos de méritos, el procedimiento para la elección de personeros aquí descrito tiene (i) un componente objetivo (de mayor peso dentro del concurso) que incluye la convocatoria y el reclutamiento de la mayor cantidad de personas habilitadas para ejercer el cargo, la evaluación de su preparación académica y experiencia, y la realización de las pruebas de conocimiento y aptitudes; y (ii) un componente subjetivo (de menor peso relativo dentro del concurso) que envuelve mecanismos como la entrevista y permite un grado de valoración personal e intangible de los candidatos”.

¹⁸ Artículo 2.2.27.2 del Decreto 1083 de 2015.

¹⁹ Ibídem.

²⁰ Ibídem.

²¹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto No. 2261 del 3 de agosto de 2015.

Entonces, el procedimiento regulado en el decreto para la elección de los personeros si bien establece unos estándares mínimos obligatorios que debe atender el órgano elector, también lo es que éste conserva un margen de discrecionalidad, pues tal como lo analizó la Sección Quinta de esta Corporación: ***“en medio de todo, sigue habiendo un cierto margen de discrecionalidad por parte del nominador, que se ve reflejado al momento de elaborar cada uno de los instrumentos del concurso y configurar sus fases y pruebas, así como los criterios para calificar las competencias y la experiencia del aspirante, pero especialmente para la realización de la entrevista, que denota un porcentaje que puede alcanzar hasta el 10%, en el cual predomina el factor subjetivo, según se desprende de la naturaleza misma de ese instrumento de evaluación”***²² (se destaca). No obstante, la Sala advierte que el hecho de que exista un cierto margen de discrecionalidad no significa que el órgano elector pueda tomar la decisión en forma arbitraria.

De otro lado y atendiendo el principio de publicidad inherente a esta clase de procesos, el decreto exige que las convocatorias sean publicitadas a través de distintos medios que garanticen una plena difusión, conocimiento y la libre concurrencia, según lo que establezca el respectivo reglamento del concejo y la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA). En cuanto a la lista de elegibles, el decreto establece que se conformará con los resultados de las pruebas, en estricto orden de mérito y ***“con la cual se cubrirá la vacante del empleo de personero con la persona que ocupe el primer puesto de la lista”***²³.

Conforme a lo expuesto se tiene que para la elección de los personeros, los concejos municipales deben adelantar en forma previa un concurso público y abierto de méritos, atendiendo los parámetros mínimos previstos en la ley, para lo cual pueden celebrar convenios con universidades o instituciones de educación superior (públicas o privadas) o con entidades especializadas en procesos de selección de personal. Igualmente, cuando tales corporaciones pertenezcan a una categoría igual dentro del mismo departamento pueden celebrar convenios interadministrativos conjuntos con organismos especializados técnicos e independientes dentro de la administración realizar en forma parcial los concursos y diseñar las pruebas, las cuales se aplicarán en los concursos de los municipios que suscriban el convenio. Sin embargo, a voces del decreto los concursos seguirán ***“bajo su inmediata dirección, conducción y supervisión”***²⁴. En tal sentido y como lo

²² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia del 1 de diciembre de 2016 (Rad. 73001-23-33-000-2016-00079-03).

²³ Artículo 2.2.27.4 del Decreto 1083 de 2015.

²⁴ Artículo 2.2.27.6 ibídem.

ha sostenido esta Sala²⁵ *“los concejos municipales pueden de manera conjunta apoyarse en entidades públicas especializadas que les brinden asesoría y acompañamiento en el desarrollo de la función que les ha sido encomendada, de manera que los concursos se adelanten siguiendo principios de eficiencia, igualdad y economía”*.

Vale la pena señalar que las modificaciones introducidas al procedimiento para la elección del personero si bien eliminaron la facultad discrecional de dicho órgano al imponer la realización de un proceso público y previo de méritos con el fin promover el logro de los fines estatales, garantizar el acceso a la función pública y asegurar los principios de igualdad y transparencia en la actuación del Estado²⁶, también lo es que la responsabilidad derivada de dicha función electoral sigue radicada en cabeza de sus miembros, pues es claro que la realización del concurso se lleva a cabo bajo su dirección, supervisión y conducción y en últimas son ellos quienes eligen al candidato para ocupar el cargo.

Al respecto esta Corporación señaló:

“A partir de dicha preceptiva, la elección del personero dejó de estar al arbitrio del concejo municipal, quien en todo caso conservó sus facultades de nominación, pero ya no sujeto a los vaivenes del amplio margen de liberalidad que le confería el ordenamiento jurídico, sino por medio de la realización de un procedimiento objetivo y reglado, que tiene el mérito por criterio orientador, aunque, en todo caso, no despoja a dicha corporación pública de todo su poder de configuración eleccionaria”²⁷ (La Sala subraya).

Así, la elección del personero a través de un procedimiento objetivo denominado concurso público de méritos y regulado por la ley, si bien constituye un criterio orientador no elimina la facultad nominadora del Concejo Municipal. En tal virtud, el concurso público de méritos constituye un medio para el logro de los fines de la función pública pero no sule ni elimina el deber de las corporaciones públicas de dar cumplimiento a las normas constitucionales y legales vigentes como aquellas que regulan el régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades para el ejercicio del cargo²⁸.

²⁵ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto No. 2261 del 3 de agosto de 2015.

²⁶ Cfr. Corte Constitucional Sentencia C-105 de 2013.

²⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia del 1 de diciembre de 2016 (Rad. 73001-23-33-000-2016-00079-03).

²⁸ En este sentido la Sección Quinta de esta Corporación señaló que con la expedición de la Ley 1551 de 2012 si bien modificó el régimen de elección de los personeros, no por ello derogó el régimen de inhabilidades e incompatibilidades. *Ibídem*.

De otro lado, la facultad otorgada por la ley para que el concejo municipal celebre convenios interadministrativos conjuntos o para contratar instituciones de educación superior o entidades especializadas para que lleven a cabo el concurso de méritos o algunas de sus etapas, no exime al respectivo órgano elector de la responsabilidad que le asiste en el ejercicio de la función electoral. En este sentido ha señalado esta Corporación²⁹: *“[S]i bien es cierto, los Concejos Municipales pueden suscribir convenios con entidades especializadas para materializar la elección, -como en este caso que se suscribió un convenio de cooperación con la ESAP-, la responsabilidad de trazar los lineamientos de procedimiento, coordinar, dirigir y supervisar el concurso de méritos siguen siendo responsabilidad de la Corporación Pública, y las competencias de la ESAP se circunscriben únicamente a lo regulado en el acuerdo de voluntades suscrito entre las dos entidades”*. (Subraya extratextual- Negrilla textual).

En virtud de lo anterior, resulta jurídicamente viable que en el contrato que se vaya a celebrar para llevar a cabo el concurso se incluya la obligación de la verificación previa de tales requerimientos legales respecto de quienes se inscriban para el concurso con el fin de que en la lista de elegibles no se incluyan aquellos candidatos que se encuentren incurso en alguna inhabilidad, incompatibilidad o conflicto de interés. No obstante puede suceder que la lista de elegibles resultante del concurso quede conformada en el primer puesto por un candidato incurso en alguna inhabilidad, incompatibilidad o conflicto de intereses, evento en el cual a pesar que pudiera pensarse que el particular tuviera derecho a la elección³⁰, el concejo municipal debe abstenerse de elegirlo so pena de incurrir en la violación de la ley con las consecuencias disciplinarias que puede conllevar tal proceder.

En consecuencia, es responsabilidad de los concejos municipales, en calidad de entidades nominadoras o electoras, verificar en forma previa a la elección del personero el cumplimiento de los requisitos legales exigidos para el ejercicio del cargo, sin que la ley haya establecido un procedimiento específico para cumplir dicha obligación, como tampoco le haya asignado a una entidad pública determinada el deber de realizar un acompañamiento a los concejos municipales para el ejercicio de esa función electoral. Sin embargo, de acuerdo con la ley ello no obsta para que los concejos municipales pueden apoyarse en entidades especializadas como pueden ser las instituciones de educación superior en la realización del concurso, evento en el cual la dirección, coordinación y supervisión del mismo continúa a su cargo sin que resulte jurídicamente viable delegar o

²⁹ *Ibíd.*

³⁰ Artículo 2.2.27.4 del Decreto 1083 de 2015.

transferir la responsabilidad derivada de la elección del empleo de personero a la entidad contratada para llevar a cabo el concurso previo y publico de méritos.

En otros términos, el hecho de que se lleve a cabo el concurso de méritos con el apoyo de una entidad contratada para el efecto³¹; no exime al respectivo órgano elector de la obligación que le asiste en el ejercicio de la función electoral de examinar las calidades exigidas por la ley, así como la aptitud de los aspirantes para acceder al cargo.

En virtud de lo expuesto, la responsabilidad de verificar el cumplimiento de los requerimientos legales por parte del candidato que vaya a ser elegido, incluidos aquellos relacionados con el régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de interés, continúa radicada en los electores, puesto que son ellos quienes por mandato constitucional deben ejercer dicha función y en últimas los que deciden con su voto quien va a ocupar el cargo. Entonces, aunque resulte aconsejable incluir en el contrato que se celebre que la entidad contratista realizará la asesoría y acompañamiento en la verificación previa de tales requerimientos legales de las personas que se inscriban para que en la lista de elegibles no se incluyan aquellos candidatos que se encuentren incursos en alguna inhabilidad, incompatibilidad o conflicto de interés, ello no exime a la corporación pública nominadora del deber de evaluar este aspecto, por lo tanto si bien ordena la norma que la elección recaerá en la persona que haya ocupado el primer puesto de la lista³², ello es así siempre y cuando no se encuentren en supuestos de inhabilidad e incompatibilidad previstos en la ley.

³¹ Respecto de la posibilidad de que se contrate a la ESAP para la realización de los concursos, esta Sala dijo: “Los concejos municipales pueden adelantar el concurso público de méritos para la elección de personeros a través de universidades o instituciones de educación superior públicas o privadas o con entidades especializadas en procesos de selección de personal (inciso 2º). En el caso de la Escuela Superior de Administración Pública ESAP se cumple esta exigencia en virtud de su condición de establecimiento público de carácter universitario (...). Además, la ESAP tiene dentro de sus funciones (i) la cooperación interinstitucional con las entidades territoriales, (ii) la formación y desarrollo de la gestión pública y, precisamente, (iii) la realización de concursos para el ingreso al servicio público (que es el caso consultado) (...). Como se observa, la ESAP tiene competencia para capacitar y brindar asesoría a los organismos de las ramas del poder público en la realización de concursos públicos de méritos para el acceso al servicio público (asunto consultado), cuya instrumentación puede hacerse mediante la suscripción de contratos o convenios (...) las anteriores competencias se refuerzan aún más con lo dispuesto en el artículo 5º de la Ley 1551 de 2012, por la cual se dictan normas para modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios, donde se le asigna expresamente a la ESAP una labor de apoyo a los municipios para la implementación de buenas prácticas administrativas”. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 2269 del 17 de septiembre de 2015.

³² Artículo 2.2.27.4 del Decreto 1083 de 2015.

No obstante, como puede suceder que dicha situación ocurra, esto es, que la persona que ocupe el primer puesto de la lista de elegibles esté incurso en alguna inhabilidad, incompatibilidad o conflicto de intereses, el concejo municipal en tal evento debe abstenerse de elegirlo, so pena de incurrir en la violación de la ley con las consecuencias que tal irregularidad en el proceso puede acarrear en relación con las calidades del mismo y las que de tipo personal se deriven por ese mismo hecho para los servidores públicos que tienen a su cargo la función electoral, tales como las disciplinarias que puede conllevar tal proceder.

b. Contralores municipales

El Acto Legislativo 2 de 2015 modificó, entre otros, el artículo 272 de la Constitución Política para señalar que la elección de los contralores municipales por parte de los concejos municipales se debe sujetar a una convocatoria pública, en los términos que establezca la ley y atendiendo los principios de *“transparencia, objetividad, publicidad, participación ciudadana y equidad de género”*. En igual sentido, el citado acto legislativo modificó el artículo 126 de la Constitución Política, señalando de manera general que con excepción de 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”*.

Respecto a la modificación introducida por el acto legislativo en la elección de los citados funcionarios, esta Sala se pronunció así³³:

“Como se puede observar, la reforma constitucional mantiene la competencia de las asambleas y concejos para la elección de los contralores territoriales, pero modifica el procedimiento para la escogencia de los candidatos a dichos cargos, en el sentido de que esta será una función que también cumplirán los organismos electores, sin intervención de las autoridades judiciales, (i) mediante una convocatoria pública conforme a la ley y (ii) con base en los principios de transparencia, publicidad, objetividad, participación ciudadana y equidad de género”.

Sobre este mismo tema esta Sala también indicó que la convocatoria para la elección de contralores territoriales se debe sujetar además a criterios de mérito, por virtud de lo dispuesto en el artículo 126 de la Constitución Política. Igualmente,

³³ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 2276 del 19 de noviembre de 2015.

previo análisis y diferenciación del alcance de los conceptos “concurso público de méritos” y “convocatoria pública” conceptuó³⁴:

“[C]omo quiera que según lo analizado anteriormente la convocatoria pública de los artículos 126 y 272 de la Constitución Política responde en esencia a los mismos principios y finalidades de los concursos públicos de méritos, la Sala encuentra perfectamente viable que mientras el Congreso de la República regula de manera específica la materia, las asambleas departamentales y los concejos municipales y distritales cumplan la función constitucional de elegir contralores territoriales mediante la aplicación analógica de las normas que regulan los concursos, con la salvedad, como se dijo, de que no habría orden de prelación en la lista de elegibles. (...)”

Para la elección de contralores territoriales por parte de las asambleas departamentales y los concejos municipales y distritales se puede aplicar por analogía, mientras se expide una ley que regule las convocatorias públicas, la Ley 1551 de 2012 y su Decreto Reglamentario No. 2485 de 2014 sobre concurso público de méritos para la elección de personeros municipales y distritales, teniendo en cuenta en todo caso que en la escogencia final no aplica un orden específico de elegibilidad entre los seleccionados. El acto de apertura de la convocatoria pública será vinculante para las entidades y en el deberán identificarse con claridad las etapas del procedimiento y la forma de aplicar los criterios de selección”. (Se subraya).

Con base en lo anterior, el Ministerio del Interior, el Departamento Administrativo de la Función Pública y la ESAP expidieron la Circular Conjunta No. 100-005 del 24 de noviembre de 2015 mediante la cual se instruyó a las asambleas y concejos municipales y distritales para adelantar la elección de los contralores territoriales aplicando el procedimiento establecido en la Ley 1551 de 2012 y el Decreto 2485 de 2014 (actualmente incorporado en el Decreto 1083 de 2015) para la elección de personeros, conforme se explicó en precedencia, excepto en lo referente a la aplicación de un orden específico de elegibilidad.

3. Régimen de inhabilidades e incompatibilidades para desempeñarse como personero municipal

Los artículos 174 y 175 de la Ley 136 de 1994 señalan el régimen de inhabilidades e incompatibilidades para los personeros, adicionando en el último caso aquellas incompatibilidades y prohibiciones establecidas para los alcaldes, en lo que resulte aplicable a su investidura³⁵.

³⁴ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 2274 del 10 de noviembre de 2015.

³⁵ Artículos 96 y 97 de la Ley 136 de 1994 y 38 de la Ley 617 de 2000.

En relación con el tema planteado en la consulta, el literal b) del artículo 174 *ejusdem* dispone que no podrá ser elegido personero quien “*Haya ocupado durante el año anterior, cargo o empleo público en la administración central o descentralizada del distrito o municipio (...)*”. Así, la ley prohibió en forma expresa elegir como personero a aquellas personas que durante el año anterior hayan desempeñado cargo o empleo público en la administración central o descentralizada del distrito o municipio.

Ahora bien, conforme al artículo 272 de la C.P., las contralorías como órganos de control que son en el nivel departamental, distrital y municipal están dotadas de autonomía administrativa y presupuestal³⁶.

“[L]a Sala observa que el asunto consultado no solo debe ser analizado desde la perspectiva de las inhabilidades del cargo a ocupar (...) sino también desde el punto de vista de las incompatibilidades y prohibiciones que acompañan el cargo que se deja, en este caso el de Contralor Distrital.

En efecto, cuando quien aspira a un determinado cargo público es un particular es posible que sea suficiente revisar las inhabilidades del respectivo empleo para determinar si la persona puede ocuparlo o no. Pero si el aspirante es una persona que a su vez viene de otro cargo público es necesario examinar también si ese empleo del que hace dejación trae consigo alguna restricción o incompatibilidad que se extienda en el tiempo. Se trata pues, como se ha dicho, de un análisis de doble vía”. (La Sala subraya)

En efecto, el inciso final del artículo 272 de la C.P. establece una prohibición temporal para quienes se hayan desempeñado como contralores departamentales, distritales o municipales, en los siguientes términos:

“Quien haya ocupado en propiedad el cargo de contralor departamental, distrital o municipal, no podrá desempeñar empleo oficial alguno en el respectivo departamento, distrito o municipio, ni ser inscrito como candidato a cargos de elección popular sino un año después de haber cesado en sus funciones”. (La Sala subraya).

De acuerdo con el texto normativo, la Carta Política prohíbe de manera expresa y clara a quienes se hayan desempeñado como contralores departamentales, distritales y municipales **desempeñar, en el año siguiente a su desvinculación,**

³⁶ La Corte Constitucional ha señalado que las contralorías son organismos de control “que gozan de autonomía orgánica y financiera y tienen una garantía institucional sobre su independencia, a fin de que puedan cumplir adecuadamente sus funciones” Corte Constitucional. Sentencia C-405 de 1998.

empleo oficial en el departamento, distrito o municipio respectivo. En esta medida *“...la prohibición constitucional tiene un límite territorial (no se aplicaría para otro municipio, distrito o departamento) y uno temporal (dentro del año siguiente), pero no excluye funcionalmente ningún tipo de empleo, así como tampoco a ninguna entidad u organismo del territorio donde se ha sido contralor”*³⁷. Adicionalmente, la norma también prohíbe a quien haya ocupado alguno de esos cargos inscribirse como candidato a cargos de elección popular dentro del año siguiente a que haya cesado en sus funciones.

Precisado lo anterior y como antes se indicó, no existe un procedimiento establecido en la ley para que los concejos municipales revisen las inhabilidades e incompatibilidades de quienes se postulan para ser nombrados como personeros municipales, así como tampoco la ley ha asignado a una entidad u organismo determinado la obligación de asesorar o acompañar a los órganos electorales en el cumplimiento de ese deber, pues como ya se explicó, las disposiciones constitucionales atribuyen la función electoral a los concejos municipales, atendiendo el procedimiento legal establecido, para lo cual deben verificar, en forma previa a la elección que el candidato cumpla con todos los requisitos legales para el ejercicio del cargo, dentro de los cuales se encuentra el examen del régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades.

Ahora bien, de acuerdo con lo establecido en el artículo 29 de la C.P., las actuaciones de las autoridades, en cualquier escenario, deben tener como fundamento el debido proceso, en su condición de principio y de derecho fundamental. A su turno, la Ley 1437 de 2011 (CPACA) rige a todas las entidades que conforman las ramas del poder público en cualquier nivel (artículo 2º) y establece la aplicación del debido proceso en todas las actuaciones administrativas (artículo 3 numeral 1). Esta Corporación ha precisado en relación con este derecho lo siguiente:

*“En cuanto al **debido proceso en materia administrativa**, como la garantía contemplada en el artículo 29 de la Constitución que **tiene por objeto limitar el poder para que ninguna de las actuaciones de la Administración dependa de su propio arbitrio**, sino que se encuentre sujeta a los procedimientos establecidos en la ley, la jurisprudencia constitucional y la doctrina especializada han entendido que este **debe estar presente en todas las actuaciones administrativas que adelanten los servidores públicos** o los particulares con funciones de esta naturaleza.*

La actividad unilateral de la Administración en las actuaciones administrativas no resulta contraria a la garantía del debido proceso siempre y cuando ésta se presente

³⁷ Ibídem.

hasta el momento en que la Administración deba relacionarse con un sujeto perfectamente identificado, pues a partir de ese momento se rompe la actividad unilateral de la Administración y ésta debe actuar protegiendo la totalidad de las garantías que se desprenden del debido proceso.

*Es decir, **se debe garantizar i) el derecho de audiencia**, lo que significa que el particular debe ser oído por el funcionario competente para tomar la respectiva decisión. **También ii) se debe proteger el derecho de defensa**, continuo y permanente, que comprende el derecho a ser oído, el derecho a presentar y solicitar pruebas, y el derecho a interponer los recursos correspondientes con el fin de que la Administración estudie nuevamente la decisión y solicitar que ésta sea revocada, modificada o aclarada. Así mismo, **los administrados tienen derecho iii) a que se les apliquen trámites y plazos razonables** y iv) **se les asegure la imparcialidad de las decisiones**. Finalmente, v) también **se debe garantizar el derecho de contradicción...**³⁸ (se destaca).*

De acuerdo con lo anterior, cuando el concejo municipal advierta que se configura una inhabilidad o incompatibilidad respecto del candidato que ocupa el primer lugar en la lista de elegibles, es necesario garantizar el debido proceso y, en particular, respetar los derechos de defensa y contradicción de la persona que puede resultar eventualmente afectada con la decisión del órgano electoral. En efecto, la existencia de una causal de inhabilidad o incompatibilidad afecta el derecho legal del candidato a ocupar el cargo de personero y trae consecuencias negativas dado que le impide la elección, posesión y ejercicio de las funciones del cargo, por lo cual resulta imperioso que, como parte del debido proceso que debe cumplir la corporación pública, se le otorgue al afectado la oportunidad para ejercer sus derechos de defensa y contradicción antes de decidir acerca de la causal correspondiente.

En consecuencia en el reglamento que adopte el concejo municipal para el ejercicio de sus funciones electorales se debe consagrar el procedimiento para verificar las inhabilidades e incompatibilidades de los candidatos inscritos y, en el evento en que se advierta la configuración de alguna causal, garantizar el debido proceso administrativo, y sus corolarios de defensa y contradicción al candidato respectivo (artículo 29 C.P.), con el fin de que se le comunique la situación advertida, se le dé traslado y dentro del término que se establezca pueda ejercer el derecho de contradicción, presentando los comentarios, las observaciones, pruebas etc. que a bien tenga. Surtido lo anterior y luego de evaluar las consideraciones y pruebas aportadas, si los miembros del concejo municipal consideran que la causal existe respecto de quien ocupa el primer lugar de la lista de elegibles, deben motivar su decisión, dejando constancia en el acto respectivo junto con las razones, hechos y

³⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 21 de marzo de 2012.

pruebas que la sustentan. Por consiguiente, la inhabilidad o incompatibilidad respecto de dicho candidato quien por mandato legal tiene el derecho a ser elegido como personero, previa verificación de esta situación, impide su elección por lo cual el concejo municipal debe proceder a elegir a quien ocupa el segundo lugar en la lista de elegibles, siempre que cumpla con los requerimientos legales para el ejercicio del cargo.

4. Régimen de los conflictos de interés

De conformidad con el artículo 123 de la Constitución Política *“los servidores públicos están al servicio del Estado y la comunidad”*. Sus funciones deben desarrollarse atendiendo el interés general y cumpliendo los lineamientos constitucionales y legales establecidos para el ejercicio del cargo. En esa medida el desempeño de las funciones asignadas a los servidores del Estado, está guiado por precisos principios establecidos en el artículo 209 ibídem, según el cual la función administrativa *“está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los **principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones**”* (Se resalta).

Así pues, los principios que rigen la función administrativa imponen a los servidores públicos el deber de actuar con moralidad e imparcialidad, para garantizar la prevalencia del interés general sobre el particular. Una de las manifestaciones a través de las cuales se busca cumplir tales principios es el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto a nivel constitucional y legal para el ejercicio de determinados cargos, como es el caso de aquellas establecidas para el empleo de personero municipal a que se aludió en precedencia.

Otra de las instituciones complementarias previstas para garantizar los principios de igualdad, moralidad e imparcialidad, entre otros, es el instituto de los conflictos de intereses, regulado en los artículos 22 y 40 de la Ley 734 de 2002, Código Único Disciplinario, que al respecto consagran lo siguiente:

“Artículo 22. Garantía de la función pública. El sujeto disciplinable, para salvaguardar la moralidad pública, transparencia, objetividad, legalidad, honradez, lealtad, igualdad, imparcialidad, celeridad, publicidad, economía, neutralidad, eficacia y eficiencia que debe observar en el desempeño de su empleo, cargo o función, ejercerá los derechos, cumplirá los deberes, respetará las prohibiciones y **estará sometido al régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflictos de intereses, establecidos en la Constitución Política y en las leyes.**” (Resalta la Sala).

“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 algunos 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”.*

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

De acuerdo con lo anterior, se advierte que el Código Único Disciplinario impone al servidor público el deber de abstenerse de incurrir en conflictos de intereses con el fin de evitar que el interés privado prevalezca sobre el interés general y garantizar la imparcialidad, igualdad, moralidad y transparencia en el ejercicio de sus funciones como garantía en el ejercicio de la función pública; así mismo, califica como falta gravísima la transgresión de dicho deber.

En este mismo sentido, la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, establece en los artículos 11 y 12, lo relativo a los conflictos de interés de los servidores públicos, las causales de impedimento y recusación y su trámite en las actuaciones administrativas.

La primera norma ordena que ***“[c]uando el interés general propio de la función pública entre en conflicto con el interés particular y directo del servidor público, este deberá declararse impedido”.*** Impone este artículo 11 de la ley en cita una obligación general para el servidor público de separarse del asunto cuando deba adelantar o sustanciar actuaciones administrativas, realizar investigaciones, practicar pruebas o pronunciar decisiones definitivas, y se configure respecto de él un conflicto de interés definido en la disposición normativa, caso en el cual debe manifestar por esa razón su impedimento y, en caso de que guarde silencio, incluso puede ser recusado por cualquier persona para obtener dicha separación, en los términos del inciso tercero del artículo 12 ibídem. Asimismo, el legislador tipifica una serie de supuestos impeditivos en los cuales se considera que el servidor público pierde la objetividad e imparcialidad necesarias al momento de tomar una decisión, comprometiendo el interés general; por tanto, las causales de impedimento son prohibiciones para actuar que se imponen al servidor público.

Desde este punto de vista, se está frente a un conflicto de intereses cuando el interés público que debe privilegiar y presidir la conducta del servidor público, y hacer valer este en todas sus actuaciones, choca o colisiona con el interés particular suyo o de un tercero. El conflicto surge cuando el servidor público tenga un interés

o provecho directo o indirecto en la toma de una decisión porque le afecta a él, o a alguno de sus parientes o familiares cercanos, de acuerdo con el análisis que se haga en cada caso particular. Así, **el conflicto de interés se traduce en una incompatibilidad general**, que obliga de manera imperativa y perentoria a todo servidor público a declararse impedido para actuar en un asunto, con miras a salvaguardar la transparencia, imparcialidad y objetividad en su proceder y, en últimas, preservar el interés general.

Por consiguiente, como lo ha explicado la Sala, **esta institución de transparencia tiene la finalidad de impedir que prevalezca el interés privado del servidor público sobre los intereses públicos o generales de la ley**, pues, prevalido este de sus funciones o influencia o conocimientos en determinado asunto, podría obtener provechos indebidos para sí o para terceros; es decir, es un mecanismo que busca evitar favorecer intereses que no sean los relativos al bien común o precaver que la imparcialidad de las decisiones se comprometa y distorsione por motivos personales o particulares, en detrimento del interés público .

En virtud de lo expuesto, en materia de conflictos de intereses se advierte que es responsabilidad del funcionario público manifestar que existe conflicto frente a determinada actuación, pues es el quien conoce exactamente la situación y el grado de afectación de independencia u objetividad en la decisión o función en particular.

Finalmente cabe señalar que la presunción de buena fe establecida en la Constitución Política³⁹ no exonera al órgano elector del deber de evaluar las inhabilidades e incompatibilidades del candidato para el ejercicio del cargo.

Con fundamento en las anteriores consideraciones,

La Sala RESPONDE:

1. ¿Le compete a los concejos municipales hacer la revisión de presuntas inhabilidades e incompatibilidades en las convocatorias y/o concursos de mérito para elección de personero y contralor, y así mismo decretar que un aspirante al cargo está incurso en una causal?

Sí. Los concejos municipales tienen la función de elegir el personero y contralor municipal, atendiendo el procedimiento establecido en la normatividad vigente. En desarrollo de tal atribución es responsabilidad de tales corporaciones públicas, en calidad de entidades nominadoras o electoras, verificar en forma previa a la elección

³⁹ Dispone el artículo 83 C.P. “Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas”.

del personero o contralor municipal el cumplimiento de los requisitos legales exigidos para el ejercicio del cargo dentro de los cuales se encuentra la verificación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto en la ley para el ejercicio del cargo so pena de nulidad de la elección.

En el evento en que el concejo municipal advierta que el candidato que ha ocupado el primer puesto en la lista de elegibles está incurso en una causal de inhabilidad o incompatibilidad para el ejercicio del cargo debe abstenerse de elegirlo fundamentando la decisión y adelantando el procedimiento que garantice el debido proceso junto con sus corolarios de defensa y contradicción del candidato incurso en la causal.

2. ¿Cuál es el procedimiento que deben hacer los concejos municipales para revisar las presuntas inhabilidades e incompatibilidades?

3. ¿Qué entidad pública debe hacer el acompañamiento a los concejos municipales para poder revisar las presuntas inhabilidades e incompatibilidades de los participantes a convocatorias o concursos de méritos?

4. a. ¿En caso de no evidenciarse una inhabilidad, y someter al aspirante a prestar juramento de no encontrarse dentro de las causales de inhabilidades o incompatibilidad para el cargo, es válido la presunción de buena fe?

Por su unidad temática se da respuesta a los anteriores interrogantes.

La ley no ha establecido un procedimiento para que los concejos municipales lleven a cabo la revisión de las inhabilidades e incompatibilidades de quienes se inscriban como candidatos a ocupar el cargo de personero o contralor municipal, así como tampoco ha asignado a una entidad pública la obligación de asesorar o el deber de realizar un acompañamiento a tales corporaciones para el cumplimiento de esa obligación.

Adicionalmente, de acuerdo con la ley, los concejos municipales pueden apoyarse en entidades especializadas como pueden ser las instituciones de educación superior en la realización del concurso, evento en el cual, se insiste, la dirección, coordinación y supervisión del mismo continúa a su cargo sin que resulte jurídicamente viable delegar o transferir la responsabilidad derivada de la elección del empleo a la entidad contratada para llevar a cabo el concurso previo y público de méritos.

De otra parte cabe indicar que la presunción de buena fe consagrada en el artículo 83 de la Constitución Política no exime al órgano elector del deber de evaluar las inhabilidades e incompatibilidades del candidato para el ejercicio del cargo.

4. b. *¿De acuerdo con lo establecido en el art. 174 de la Ley 136 de 1994, el cual señala que no podrá ser elegido Personero quien esté en curso (sic) en las causales de inhabilidad establecidas para los alcaldes municipales y conforme a lo señalado en el art. 95 de la Ley 136 de 1994, modificado por el art. 37 de la Ley 617 de 2000, en su numeral 3 determina como inhabilidad el que haya ejercido jurisdicción o autoridad civil, política o militar a cargos de dirección administrativa en el respectivo municipio dentro de seis meses anteriores a la elección; nos permitimos consultar si para el caso concreto del señor Efraín Hincapié González, quien ocupó el primer puesto de elegibilidad dentro del concurso de méritos de elección de Personero Municipal de Ibagué Tolima, si se encuentra de dicha causal de inhabilidad?. El señor Efraín Hincapié González para la época (Año 2015) en que se realizó la inscripción al presente concurso, ostentaba la calidad de Contralor del Departamento de Tolima, y quien posiblemente ejerció (sic) jurisdicción conforme a unas actuaciones desplegadas en ejercicio de sus funciones como Contralor Departamental dentro de un proceso de responsabilidad fiscal que se adelantaba en contra de una entidad descentralizada por servicios del Municipio de Ibagué (IBAL);*

c) Establecer si existió una incompatibilidad o conflicto de interés del señor Efraín Hincapié González, dentro del concurso de méritos de elección de personero municipal, en razón a la suscripción de un contrato de prestación de servicios profesionales con la Escuela Superior de Administración Pública ESAP, durante el desarrollo de las pruebas de conocimiento, competencias y análisis de antecedentes?

Por las razones indicadas en la advertencia preliminar de este concepto, la Sala se declara inhibida para pronunciarse respecto de la situación particular y concreta planteada en esta pregunta.

Remítase al Ministerio del Interior y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

OSCAR DARÍO AMAYA NAVAS
Presidente de la Sala

EDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ
Consejero de Estado

ÁLVARO NÁMEN VARGAS
Consejero de Estado

GERMÁN ALBERTO BULA ESCOBAR
Consejero de Estado

LUCÍA MAZUERA ROMERO
Secretaria de la Sala