



**Función Pública**

## Concepto 135891 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20216000135891\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000135891

Fecha: 20/04/2021 09:03:21 a.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Personero. Inhabilidad para aspirar al cargo por ser cuñado de concejal. Excepción de inconstitucionalidad. RAD. 20212060175102 del 6 de abril de 2021.

En la comunicación de la referencia, manifiesta que la ley [136](#) de 1994 en su Artículo [174](#) en su literal f), indica que estará inhabilitado para ser Personero Municipal quien 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. Por su parte, el Artículo [292](#) de la Constitución Política indica que los diputados y concejales y sus parientes dentro del grado que señale la ley no podrán formar parte de las juntas directivas de las entidades descentralizadas del respectivo departamento, distrito o municipio. Tampoco podrán ser designados funcionarios de la correspondiente entidad territorial los cónyuges o compañeros permanentes de los diputados y concejales, ni sus parientes en el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil. Finalmente, el párrafo 3° del Artículo [49](#) ley [617](#) del 2000 indica que las prohibiciones relativas a los cónyuges, compañeros permanentes y parientes de concejales de municipios de cuarta, quinta y sexta categoría se aplicarán únicamente para los cónyuges o compañeros permanentes y parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil. Agrega que el Artículo [4](#) de la Constitución Política dispone que en caso de *“incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”*.

Con base en los razonamientos precedentes, solicita se le indique si un cuñado de un concejal del municipio de Buenavista – Córdoba, municipio de sexta categoría, está inhabilitado para ser designado como personero encargado y posteriormente concursar al cargo.

Sobre la inquietud planteada, me permito manifestarle lo siguiente:

De acuerdo con lo establecido en el Decreto [430](#) de 2016, “Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública”, a este Departamento Administrativo le compete formular, implementar, hacer seguimiento y evaluar las políticas de desarrollo administrativo de la función pública, el empleo público, la gestión del talento humano, la gerencia pública, el desempeño de las funciones públicas por los particulares, la organización administrativa del Estado, la planeación y la gestión, el control interno, la participación ciudadana, la transparencia en la gestión pública y el servicio al ciudadano, propiciando la materialización de los principios orientadores de la función administrativa.

Por consiguiente, no se encuentra facultado para declarar derechos individuales ni dirimir controversias cuya decisión está atribuida a los jueces

como es el caso de la configuración de inhabilidades e incompatibilidades, ni tampoco es un órgano de control o vigilancia. Para tales efectos debe acudir al juez o autoridad competente, previo agotamiento del procedimiento legalmente establecido.

En este sentido y a manera de orientación general, se suministrará la información jurídica pertinente para que el consultante adopte las decisiones respectivas.

En relación a las inhabilidades para ser elegido Personero, la Ley 136 de 1994, *“Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios”*,

señala:

“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;

(...).” (Se subraya).

De acuerdo con la norma citada, no podrá ser personero quien sea pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil o tenga vínculos por matrimonio o unión permanente con algún concejal que interviene en su designación, del alcalde o del procurador departamental.

La interpretación de esta norma no ha sido pacífica. El Consejo de Estado<sup>1</sup>, al efectuar el análisis de la aplicación de las causales de inhabilidad para los alcaldes a quien aspira a ser personero, remitida por el literal a) del Artículo 174 ya citado, indicó lo siguiente:

“La norma según la cual resulta aplicable la inhabilidad de marras, prevista para alcaldes, corresponde al literal a) del Artículo 174 de la Ley 136 de 1994, que literalmente expresa: “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”<sup>2</sup>; sin embargo, esa es apenas la regla general, puesto que con claridad innegable el legislador dispuso, con el aparte resaltado por la Sala, que no todas las inhabilidades consagradas para alcaldes pueden aplicarse a los personeros, que es a lo que equivale la expresión destacada<sup>3</sup>.

Es claro que la salvedad efectuada por el legislador en la anterior disposición obedece al reconocimiento, por parte del mismo, de que, por tratarse de servidores públicos diferentes, todas las inhabilidades previstas para el alcalde no pueden ser invocadas respecto del acto de elección de un personero. (...)

Además, al prever el legislador que a los personeros se aplicarán las inhabilidades de los alcaldes, *“en lo que sea aplicable”*, está reconociendo implícitamente que por virtud de los derechos fundamentales de igualdad de acceso a los cargos públicos y de participación en la conformación, ejercicio y control del poder político, y del principio de la capacidad electoral, toda interpretación que recaiga sobre las inhabilidades, debe surtirse con carácter restrictivo, entrando en juego, por consiguiente, el principio de la especialidad, por virtud del cual ha de preferirse la inhabilidad que regule un caso particular, sobre aquella que trate uno asociado pero distinto.

En el mismo sentido se pronunció la Corte Constitucional, para quien no obstante la constitucionalidad de la norma que se estudia, a través de

ella no se pueden aplicar a los personeros, sin límite, todas las inhabilidades consagradas para los alcaldes. En particular discurrió:

<<7- Ahora bien, en la medida en que la propia ley previó una inhabilidad específica para ser personero cuando la persona ocupó previamente un cargo en la administración, la cual está contenida en el literal b) del Artículo 174, no parece razonable extender a los personeros la inhabilidad sobre el mismo tema prevista para el alcalde. Debe entenderse entonces que la inhabilidad establecida por el numeral 4º del Artículo 95 no es aplicable a los personeros, no sólo debido a la interpretación estricta de las causales de inelegibilidad sino también en virtud del principio hermenéutico, según el cual la norma especial (la inhabilidad específica para personero) prima sobre la norma general (la remisión global a los personeros de todas las inhabilidades previstas para el alcalde)>><sup>4</sup> (Resalta la Sala)

Este principio de especialidad, que la Corte Constitucional recoge de la hermenéutica, conduce a la Sala a establecer que si dentro de las causales de inhabilidad previstas para los personeros, existe alguna que se ocupe de la misma materia que regula la invocada por los demandantes y que se toma del abanico de inhabilidades contempladas para alcaldes, debe estarse a ella. Así, con miras a desarrollar esa valoración, debe surtir un cotejo, no del tenor literal de las causales de inhabilidad, sino de su contenido material y de la teleología inmersa en ellas, las que por supuesto dirán si la remisión invocada está permitida.

(...)

Aunque por su conformación gramatical las normas estudiadas no resultan ser exactamente iguales, sí existen puntos de intersección que dan cuenta de elementos afines que llevan a predicar la existencia de una inhabilidad especial en el régimen de las previstas para los personeros, que conduce a la inaplicación de la consagrada para alcaldes. En efecto, una y otra tienen en común el elemento subjetivo representado en los servidores públicos que de una u otra manera pueden desequilibrar la balanza a favor del candidato que con ellos tenga algún parentesco o sea su compañero o compañera permanente, es más, la inhabilidad de los personeros tiene una cobertura superior, puesto que habla de parientes en cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, en tanto que la inhabilidad de los alcaldes apenas sí cobija a los parientes en segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, lo que demuestra ser una inhabilidad especial y más estricta.

No obstante lo anterior, la identidad más sobresaliente entre las inhabilidades en estudio, está dada por la intención del legislador de aislar la elección popular de alcaldes y la elección de personeros por parte de los concejos municipales, de la influencia indebida que a través del ejercicio de funciones públicas pueden desarrollar los parientes de los candidatos a alcaldes o personeros; ahora, esa identidad no se desnaturaliza porque en uno y otro caso el parentesco recaiga sobre funcionarios distintos, pues si se da una mirada atenta se podrá establecer que en el fondo esos servidores públicos tienen en común la potencialidad de emplear disimulada o abiertamente los factores de poder puestos a su servicio, para fines proselitistas en pro del candidato de sus afectos.

Lo anterior es suficiente para afirmar que por la diferencia de la base electoral para acceder a uno y otro cargo (alcalde y personero), ya que la elección para el primero es popular, en tanto que para el segundo la elección es corporativa, y por la identidad en la finalidad que cobijan las normas inhabilitantes, la protección al derecho a la igualdad entre candidatos, la causal de inhabilidad prevista en el literal f) del Artículo 174 de la Ley 136 de 1994, resulta ser especial frente a la causal de inhabilidad consagrada en el numeral 4º del Artículo 95 de la Ley 136 de 1994, modificada por la Ley 617 de 2000 Artículo 37, esto es, que el acto de elección de los personeros no se puede juzgar teniendo como parámetro normativo éste precepto, por no serle aplicable a esos representantes del Ministerio Público en el respectivo municipio." (Se subraya)

Si bien la temática no corresponde específicamente al caso en estudio, debe resaltarse que en la jurisprudencia citada la Corporación afirma que la inhabilidad para acceder al cargo de personero por ser pariente de concejal tiene una cobertura superior, puesto que habla de parientes en cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, en tanto que la inhabilidad de los alcaldes apenas cobija a los parientes en segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, lo que demuestra ser una inhabilidad especial y más estricta.

En el citado fallo, el Consejo de Estado afirma sin duda alguna que la inhabilidad prevista en el literal f) del Artículo 174 de la Ley 136 de 1994, incluye a los parientes de los aspirantes al cargo de personero que son parientes de los concejales que intervienen en su elección hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil, sin que el alto tribunal lo considere contrario a la Constitución.

Ahora bien, el Artículo 49 de la Ley 617 de 2000 citado en su consulta, está dirigido a los nominadores de la respectiva entidad territorial,

indicando de manera genérica la procedencia o no de efectuar nombramientos, dependiendo de los cargos, del vínculo y grado de parentesco con los servidores públicos enlistados y de la categoría del municipio respectivo. Por otro lado, la inhabilidad contenida en el literal f) del Artículo 174 de la Ley 136 de 1994, es especial, dirigida explícitamente a aquellos que aspiran a ser elegidos Personeros Municipales. En este sentido, la norma especial prima sobre la general, que sería la contenida en el Artículo 49 de la Ley 617 de 2000.

Sin embargo, tal como afirma el consultante, el Artículo 292 de la Carta contiene una prohibición que puede generar, respecto a los Personeros Municipales, diferentes interpretaciones. Señala la norma:

“ARTICULO 292. Los diputados y concejales y sus parientes dentro del grado que señale la ley no podrán formar parte de las juntas directivas de las entidades descentralizadas del respectivo departamento, distrito o municipio.

No podrán ser designados funcionarios de la correspondiente entidad territorial los cónyuges o compañeros permanentes de los diputados y concejales, ni sus parientes en el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil.” (Se subraya).

Indica el consultante que, con base en esta norma suprallegal, en el caso de las inhabilidades para ser Personero, es pertinente aplicar el Artículo 4 de la Constitución Política, que dispone que en caso de “incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”.

Este precepto da vida a la figura de “excepción de constitucionalidad”, sobre la cual, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, con ponencia del Consejero Rafael Francisco Suárez Vargas, dentro del expediente con radicado No. Rad. No.: 68001-23-31-000-2006-02724-01(0296-13), indicó lo siguiente:

“Para ello se dirá que la excepción de inconstitucionalidad o el control de constitucionalidad por vía de excepción tiene su fundamento en el Artículo 4° de la Constitución Política, según el cual «La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales (...)» y consiste en la posibilidad que tiene cualquier autoridad de inaplicar la ley u otra norma jurídica por ser contraria a la Constitución.

Así mismo, partiendo de la premisa de que cualquier autoridad debe dar aplicación prevalente a las normas constitucionales sobre cualesquiera otras que resulten contrarias a ellas, de igual manera puede y debe inaplicar disposiciones contenidas en actos administrativos de cualquier índole, cuando contradicen a aquellas otras que les son superiores jerárquicamente.

Respecto de quienes pueden ejercer el control de constitucionalidad por vía de excepción, y sus efectos, la Corte Constitucional mediante sentencia C- 122 de 2011, señaló:

De otra parte, hay que tener en cuenta que el control por vía de excepción lo puede realizar cualquier juez, autoridad administrativa e incluso particulares que tengan que aplicar una norma jurídica en un caso concreto<sup>1</sup>. Este tipo de control se realiza a solicitud de parte en un proceso judicial o *ex officio* por parte de la autoridad o el particular al momento de aplicar una norma jurídica que encuentre contraria a la Constitución. En este caso se debe subrayar que la norma legal o reglamentaria que haya sido exceptuada por inconstitucional no desaparece del sistema jurídico y continúa siendo válida ya que los efectos del control por vía de excepción son inter partes, solo se aplican para el caso concreto y no anulan en forma definitiva la norma que se considera contraria a la Constitución.

2.3 Por este hecho una norma que haya sido exceptuada por cualquier autoridad judicial, administrativa o por un particular cuando tenga que aplicar una norma, puede ser demandada ante la Corte Constitucional que ejercerá el control de constitucionalidad y decidirá en forma definitiva, de manera abstracta, general y con efectos *erga omnes* si la norma exceptuada es constitucional o no.

2.4 Teniendo en cuenta lo anterior, considera la Corte que las excepciones de inconstitucionalidad que profieren las autoridades judiciales,

administrativas o los particulares cuando tengan que aplicar una ley, no elimina la posibilidad que tiene la corporación de realizar el control de constitucionalidad de determinado precepto.

(...)

No cabe duda, como bien lo señaló el citado fallo C-122 de 2011, de la preeminencia de la jurisdicción constitucional sobre las decisiones particulares y concretas que se adoptan a través de la excepción de constitucionalidad, teniendo en cuenta que la decisión última sobre el control de constitucionalidad de las leyes en Colombia la tiene la Corte Constitucional; de manera que todas las excepciones de constitucionalidad que aplique la autoridad –judicial o administrativa- pueden ser acogidas o no por el máximo tribunal constitucional, porque «no configuran un precedente vinculante y tiene preeminencia sobre los fallos particulares que se hayan dado por vía de excepción». Lo anterior, teniendo en cuenta que el control de constitucionalidad tiene efectos *erga omnes*, se realiza de forma general y abstracta, hace tránsito a cosa juzgada, y determina en forma definitiva la continuidad o no de la norma dentro del sistema jurídico.

(...)”

Del fallo citado y respecto a la excepción de inconstitucionalidad, podemos extractar las siguientes premisas:

- La figura de la excepción de inconstitucionalidad la puede realizar cualquier juez, autoridad administrativa e incluso particulares.
- Se realiza a solicitud de parte en un proceso judicial o ex officio por parte de la autoridad o el particular al momento de aplicar una norma jurídica que encuentre contraria a la Constitución.
- La norma legal o reglamentaria sobre la cual recae la excepción por inconstitucional no desaparece del sistema jurídico y continúa siendo válida ya que los efectos del control por vía de excepción son inter partes.
- La norma sobre la cual se solicita la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad puede ser demandada ante la Corte Constitucional quien ejercerá el control de constitucionalidad y decidirá en forma definitiva, de manera abstracta, general y con efectos erga omnes si la norma exceptuada es constitucional o no.
- Todas las excepciones de constitucionalidad que aplique la autoridad –judicial o administrativa- pueden ser acogidas o no por el máximo tribunal constitucional, porque no configuran un precedente vinculante y tiene preeminencia sobre los fallos particulares que se hayan dado por vía de excepción.

Aplicando estas premisas al caso consultado y los argumentos expuestos con antelación, esta Dirección Jurídica concluye lo siguiente:

1. La inhabilidad para ser Personero Municipal contenida en el literal f) del Artículo 174 de la Ley 136 de 1994, no ha sido declarada inconstitucional por la Corte Constitucional y, en estricto sentido, continúa vigente.
2. En virtud de lo expuesto en el numeral anterior, esta Dirección considera que quien sea pariente dentro del segundo grado de afinidad, entre otros, con los concejales que intervienen en su elección, estará inhabilitado para ser personero Municipal, como indica el literal f) ibídem y no podrá entonces, el cuñado de un concejal, quien se encuentra en segundo grado de afinidad con éste, ser encargado en este empleo ni participar en el concurso que se adelante para su provisión.
3. Si una persona considera que existe una evidente contradicción con el Artículo 292 de la Carta, deberá solicitar a la autoridad que esté

haciendo uso de la norma que aplique la excepción de inconstitucionalidad.

4. Los posibles fallos emitidos por la autoridad judicial sobre la inaplicación del literal f) del Artículo 174 de la Ley 136 de 1994 por considerarlo contrario a la Constitución, tiene efectos inter partes y, por tanto, la decisión no puede hacerse extensiva a otras personas ajenas al proceso.

5. Sólo un fallo de constitucionalidad sobre la norma en estudio tiene efectos erga omnes y aun cuando existan pronunciamientos judiciales que ordenaron inaplicar la norma en conflicto, la Corte podrá o no acogerlos, pues aquellos no tienen efectos vinculantes.

En caso que requiera mayor información sobre las normas de administración de los empleados del sector público y demás temas competencia de este Departamento Administrativo puede ingresar a la página web de la entidad, en el link "Gestor Normativo": <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo>, donde podrá encontrar todos los conceptos relacionados emitidos por esta Dirección Jurídica.

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

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTÉS

Director Jurídico

Elaboró: Claudia Inés Silva

Revisó: José Fernando Ceballos

Aprobó Armando López Cortés

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejera Ponente Maria Nohemí Hernández Pinzón, en sentencia de mayo 13 de 2005 emitida dentro del radicado 76001-23-31-000-2004-00279-02(3595)

2. Esta norma fue declarada exequible por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-483 del 9 de septiembre de 1998, Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

3. Sobre el particular esta Sección ya tiene establecido que no todas las inhabilidades de los alcaldes se pueden aplicar a los personeros, y para ello basta consultar los siguientes pronunciamientos: Sentencia del 11 de marzo de 1999, radicación: 2203, actor: Aldemar López Araújo, demandado: Personero Municipal de Altamira, Magistrado Ponente: Dr. Jorge Antonio Saade Márquez; y Sentencia del 11 de marzo de 1999, radicación: 2201, actor: Rafael Eduardo Sánchez Castiblanco, demandado: Personero Municipal de Tibaná, Magistrado Ponente: Dr. Oscar Aníbal Giraldo Castaño.

4. Corte Constitucional. Sentencia C-767 del 10 de diciembre de 1998. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero.

---

*Fecha y hora de creación: 2024-12-04 14:00:35*