



Concepto 045761 de 2024 Departamento Administrativo de la Función Pública

20246000045761

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20246000045761

Fecha: 26/01/2024 02:47:29 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Personero. Pariente RAD. 20232061134262 del 20 de diciembre de 2023.

Reciba un cordial saludo por parte de Función Pública, acuso recibo de la comunicación de la referencia, a través de la cual solicita:

"De la manera más respetuosa solicito se me ayude en la aclaración de un vacío sobre los siguientes hechos: Estoy participando en el concurso de mérito para ser elegido como personero municipal, postule mi hoja de vida y quede admitida para presentar el examen, presente el examen y me encuentro en la lista de elegible en el primer puesto debido a que obtuve la mayor calificación. En la Alcaldía del mismo municipio se encuentra en la actualidad desde hace casi 2 años vinculada una prima en el cargo de control interno de gestión. La pregunta es la siguiente: me encuentro inhabilitado para ser elegida como personero en el Municipio por el cargo que ostenta mi familiar? Si llegado el caso me eligieran como personero mi prima tendría que renunciar a su cargo por qué la inhabilitó?" al respecto es pertinente indicar:

Con relación a las inhabilidades para aspirar a ser elegido personero, la Ley 136 de 1994¹, 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;*
- b) Haya ocupado durante el año anterior, cargo o empleo público en la administración central o descentralizada del distrito o municipio.*
- 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."*

De acuerdo con el texto legal expuesto, no podrá ser elegido personero quien esté incurso en las causales de inhabilidad para el alcalde en lo que le sea aplicable, y quien sea pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad (padres, hijos, hermanos, abuelos, nietos, tíos, primos, sobrinos), segundo de afinidad (suegros, nueras, yernos, hijos del cónyuge), o primero civil (padres adoptantes e hijos adoptivos) o tenga vínculos por matrimonio o unión permanente con los concejales que intervienen en su elección, con el alcalde o con el procurador departamental.

Ahora bien, dentro de las causales contenidas en el artículo 95 de la Ley 136 de 1994, se encuentra la siguiente:

"ARTÍCULO 95. Inhabilidades para ser alcalde. No podrá ser inscrito como candidato, ni elegido, ni designado alcalde municipal o distrital:

(...)

Quien tenga vínculos por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, con funcionarios que dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección hayan ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo municipio; o con quienes dentro del mismo lapso hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social de salud en el régimen subsidiado en el respectivo municipio. (...)

Debe analizarse ahora si la causal contenida en el numeral 4 del artículo 95 de la Ley 136 de 1994, es aplicable por remisión a los personeros municipales, como lo indica el literal a) del artículo 174 de la misma norma.

Sobre el particular, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, con ponencia de la magistrada Maria Nohemí Hernández Pinzón, en sentencia de mayo 13 de 2005 emitida dentro del radicado 76001-23-31-000-2004-00279-02(3595), señaló:

“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”²; 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 destacada³.

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:

4(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 surtirse 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.

Pues bien, la causal de inhabilidad que se invoca en la demanda, corresponde a la consagrada en el numeral 4 del artículo 95 de la Ley 136 de 1994, modificado por la Ley 617 de 2000 artículo 37, según la cual no podrá ser inscrito como alcalde, ni elegido ni designado como tal:

(Resalta la Sala)

A su turno, dentro de las causales de inhabilidad prescritas en el artículo 174 de la Ley 136 de 1994, para los personeros municipales, se observa:

Así, la causal de inhabilidad para alcaldes se estructura sobre la base de la existencia de un parentesco o de una relación de pareja, estable, con servidores públicos investidos de autoridad civil, política o militar en el respectivo municipio, dentro de los doce meses anteriores a la elección, con un propósito muy claro, consistente en evitar que factores de poder en manos de esos funcionarios, sean empleados para motivar al electorado a favorecer a determinado candidato, colocando en situación de desventaja a los demás candidatos que concurren al certamen electoral desprovistos de esas influencias indebidas.

Ahora, la causal de inhabilidad arriba referida a los personeros, se cimenta sobre la existencia de un parentesco o relación de pareja, estable, con los concejales que intervienen en su elección, con el alcalde o con el procurador departamental. Aquí el factor temporal está dado por la simultaneidad que debe registrarse entre el acto de elección del personero y el ejercicio de esas dignidades por parte de quienes tienen injerencia en dicha elección, y la finalidad de esta inelegibilidad se orienta a impedir que como personero sean elegidos quienes tengan parentesco: a) Con los propios electores y concejales, b) Con la primera autoridad del municipio, quien podría ejercer una real influencia si no sobre todos los electores, sí sobre algunos de los concejales electores, y c) Con el representante del Ministerio Público a nivel departamental, quien eventualmente podría tener interés en influir en la elección de los representantes del Ministerio Público a nivel municipal; de tal manera

que todos ellos podrían llegar a vulnerar el principio de igualdad que debe rodear ese acto de elección.

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 4 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." (Subrayado nuestro)

En ese orden de ideas, y de acuerdo con el pronunciamiento del Consejo de Estado, la causal de inhabilidad contenida en el numeral 4 del artículo 95 de la Ley 136, dirigida a los alcaldes municipales, no es aplicable por remisión en el caso del personero por cuanto existe una norma explícita para el caso de los parientes contenida en el literal f) del artículo 174 ibídem, que debe ser la aplicada por su especificidad.

Ahora, para determinar el grado de parentesco, los artículos 35 y siguientes del Código Civil Colombiano, definen que, el parentesco por consanguinidad es la relación o conexión existente entre las personas que descienden de un mismo tronco o raíz, o que están unidas por los vínculos de la sangre; mientras que los grados de consanguinidad entre dos personas se cuentan por el número de generaciones; el parentesco por afinidad es el que existe entre una persona que está o ha estado casada y los consanguíneos legítimos de su marido o mujer.

En este entendido, al revisar el grado de parentesco de los primos, ellos, se encuentran en cuarto grado de consanguinidad.

Así las cosas, en criterio de esta Dirección Jurídica, no existe inhabilidad en el caso de la persona que aspira a ser elegida personera municipal por ser prima de quien se desempeña como jefe de control interno de una alcaldía, por cuanto la norma específica para el caso, contenida en el literal f) del artículo 174 no contempla este cargo dentro de la prohibición.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público, así como las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos, me permito indicar que en el link <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo> podrá encontrar conceptos relacionados con el tema, que han sido emitidos por esta Dirección Jurídica.

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

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTÉS

Director Jurídico

Proyectó: Valentina Alfaro.

Revisó: Harold Israel Herreno Suarez.

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 14:01:47