



Concepto 018961 de 2024 Departamento Administrativo de la Función Pública

20246000018961

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20246000018961

Fecha: 15/01/2024 10:00:44 a.m.

Bogotá D.C.

Referencia: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES – Parientes de concejales. Radicado No.: 20232061059852. Fecha: 2023-11-29.

Respecto a su escrito en el cual consulta si puede ser elegido por el concejo Municipal como secretario de dicha corporación, teniendo en cuenta que es tío de un concejal en ejercicio en un municipio de sexta categoría y además, en cuanto a la solicitud de certificar la vigencia del párrafo tercero del artículo 1 de la ley 1148 de 2007, esta Dirección Jurídica se permite manifestarle lo siguiente:

Es importante precisar que, conforme a lo previsto en el Decreto 430 de 2016¹, el Departamento Administrativo de la Función Pública tiene como objeto el fortalecimiento de las capacidades de los servidores públicos y de las entidades y organismos del Estado, su organización y funcionamiento, el desarrollo de la democratización de la gestión pública, el empleo público, la gestión del talento humano en las entidades estatales, la gerencia pública, la organización administrativa del Estado, la planeación y la gestión, el control interno, la transparencia en la gestión pública y el servicio al ciudadano, mediante la formulación, implementación, seguimiento y evaluación de políticas públicas, la adopción de instrumentos técnicos y jurídicos, la asesoría y la capacitación.

En desarrollo de lo anterior, este Departamento Administrativo emite conceptos técnicos y jurídicos mediante los cuales brinda interpretación general de aquellas normas de administración de personal en el sector público que ofrezcan algún grado de dificultad en su comprensión o aplicación, pero no es competente para definir casos particulares propios de las diferentes entidades o emitir concepto sobre los actos administrativos o decisiones proferidas por las mismas. Por ende, la respuesta a su consulta hará referencia al fundamento legal descrito, sin que por este hecho se refiera al caso particular; por cuanto tal potestad se le atribuye a la respectiva entidad nominadora por ser quien conoce de manera cierta y detallada la situación de su personal a cargo.

Por otro lado, resulta menester analizar los parámetros legales y jurisprudenciales que han de tenerse en cuenta a la hora de estudiar y aplicar el régimen general de inhabilidades.

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en fallo con radicación 11001-03-28-000-2016-00025-00(IJ) del veintitrés (23) de mayo de dos mil diecisiete (2017), con ponencia de la Magistrada Dra. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, estableció que:

"las circunstancias de inelegibilidad son límites al derecho de acceso a cargos públicos y al derecho a elegir y ser elegido, inspiradas en razones de interés general y bien común. Son, a su vez, expresiones de un género, dentro del cual existen varias especies, que en querer del Constituyente o del Legislador definen, en buena parte, las condiciones de quien ha de acceder a la función pública. Ello, por medio de la exigencia, bien sea positiva o negativa, de pautas comportamentales y cualificaciones de los sujetos activos y pasivos del acto de elección."

(...) "estas configuran el patrón de conducta y/o el perfil esperado del eventual servidor público antes de ocupar un cargo, así como las particularidades que deben rodear su designación, a través de previsiones que se resumen, por ejemplo, en "hacer", "no hacer", "haber hecho" o "no haber hecho", así como en "ser", "no ser", "haber sido" o "no haber sido".

Esa connotación excluyente impone que cualquier pretensión hermenéutica que sobre ellas recaiga debe necesariamente orientarse por el principio de interpretación restrictiva, que demanda que ante la dualidad o multiplicidad de intelecciones frente al precepto que las consagra, se prefiera la más benigna; y, al mismo tiempo, conlleva la proscripción de razonamientos basados en la extensión y la analogía."

Aunado a lo anterior, la corporación que por excelencia ostenta la salvaguarda de nuestra Constitución Política, en reiterados pronunciamientos² ha sido consistente al manifestar que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, como las demás calidades, exigencias o requisitos que debe reunir quien aspire a ingresar o a permanecer al servicio del Estado, deben estar consagradas en forma expresa y clara en la Constitución y en Ley.

Por su parte, la Sala Plena del Consejo de Estado³ en sentencia proferida el 8 de febrero de 2011, refiriéndose al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, consideró lo siguiente:

"Las inhabilidades e incompatibilidades, en tanto limitan la libertad y los derechos de las personas, son de origen constitucional y legal. La tipificación de sus causas, vigencia, naturaleza y efectos es rígida y taxativa; su aplicación es restrictiva, de manera que excluye la analogía legis o iuris, excepto en lo favorable; están definidas en el tiempo, salvo aquellas de carácter constitucional (verbi gratia arts. 179 No.1, 197 y 267 C.P.); y, además, hacen parte de un conjunto de disposiciones que integran un régimen jurídico imperativo y de orden público, razón por la cual no son disponibles ni pueden ser derogadas por acuerdo o convenio". (Las negrillas y subrayas son de la Sala).

El contenido de la normatividad y jurisprudencia citadas nos permite concluir que, las inhabilidades ostentan un carácter prohibitivo, están expresamente fijadas por la Constitución y la Ley y su interpretación es restrictiva, habida cuenta de que son reglas fijadas por el constituyente o el legislador para limitar el derecho de acceso al ejercicio de cargos o funciones públicas, motivos por los cuales no es procedente hacer respecto de ellas algún tipo de analogías, como tampoco resulta ajustado a derecho, que el intérprete les desdibuje para hacerlas extensivas a circunstancias no comprendidas de manera expresa por el Legislador.

Para efectos de dar respuesta a su consulta, es menester llevar a cabo el siguiente análisis jurídico y jurisprudencial.

la Ley 136 de 1994, "Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios", preceptúa:

"ARTÍCULO 37. SECRETARIO. El Concejo Municipal elegirá un secretario para un período de un año, reelegible a criterio de la corporación y su primera elección se realizará en el primer período legal respectivo.

(...)"

De conformidad con el artículo 37 de la ley 136 de 1994, el secretario del Concejo Municipal es elegido por dicha corporación, es decir, los miembros del concejo ejercen en este caso una función nominadora.

La Constitución Política de Colombia de 1991, consagra:

"ARTICULO 123. Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento. (subraya fuera de texto)

(...)"

Del contenido del artículo citado se puede extraer con claridad que, los concejales como miembros de una corporación pública, fungen como servidores públicos y teniendo en cuenta que en el caso en particular analizamos su función nominadora, resulta menester estudiar las prohibiciones que recaen sobre ellos cuando ejercen dichas funciones, motivo por el cual comenzaremos por citar el artículo 126, que reza en los siguientes términos:

"Los servidores públicos no podrán en ejercicio de sus funciones, nombrar, postular, ni contratar con personas con las cuales tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil, o con quien estén ligados por matrimonio o unión permanente.

Tampoco podrán nombrar ni postular como servidores públicos, ni celebrar contratos estatales, con quienes hubieren intervenido en su postulación o designación, ni con personas que tengan con estas los mismos vínculos señalados en el inciso anterior."

Tal como lo establecen el artículo 126 de la Constitución Política, los servidores públicos no podrán en ejercicio de sus funciones nombrar, postular, ni contratar con personas con las cuales tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad (hijos, hermanos, padres, abuelos, tíos, sobrinos y primos).

Revisemos ahora el contenido del artículo 292 de la Constitución Política:

"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."

A su vez, el Artículo 49 de la Ley 617 del 6 de octubre de 2000⁴, modificado por el artículo 1 de la ley 1148 de 2007⁵ señala:

"ARTICULO 49. PROHIBICIONES RELATIVAS A CÓNYUGES, COMPAÑEROS PERMANENTES Y PARIENTES DE LOS GOBERNADORES, DIPUTADOS, ALCALDES MUNICIPALES Y DISTRITALES; CONCEJALES MUNICIPALES Y DISTRITALES.

(...)

Los cónyuges o compañeros permanentes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales y concejales municipales y distritales, y sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, no podrán ser designados funcionarios del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas.

(...)

PARÁGRAFO 3o. Prohibiciones relativas a los cónyuges, compañeros permanentes y parientes de concejales de municipios de cuarta, quinta y sexta categoría. Tratándose de concejales de municipios de cuarta, quinta y sexta categoría, las prohibiciones establecidas en el presente artículo se aplicarán únicamente para los cónyuges o compañeros permanentes y parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil."

En este preciso punto, es decir, con relación al precepto específico contenido en el artículo 49 de la Ley 617 de 2000, la corte constitucional, mediante sentencia C-903/08 de 17 de septiembre de 2008, Magistrado Ponente Dr. Jaime Araújo Rentería, determinó lo siguiente:

Por estas razones, la Corte considera que los grados de parentesco que determinan la inhabilidad contemplada en el Art. 292 de la Constitución son taxativos o cerrados, de suerte que el legislador no puede establecer dicha inhabilidad con base en otros grados. En cambio, la inhabilidad allí prevista respecto de los diputados y de los concejales puede ser establecida por el legislador, hasta los grados indicados, también en relación con otros servidores públicos del orden territorial, como son, por ejemplo, los gobernadores y los alcaldes distritales o municipales.

Con base en estas consideraciones, se puede concluir que el inciso 2º del Art. 1º de la Ley 1148 de 2007, demandado en esta oportunidad, al disponer que no podrán ser designados funcionarios del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas, los parientes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales y concejales municipales y distritales, dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, desbordó el límite de los grados de parentesco establecido en el Art. 292, inciso 2º, de la Constitución. En consecuencia, la Corte declarará inexequible la expresión "dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil" contenida en dicho inciso.

Tal como lo establecen el artículo 292 de la Constitución Política y el inciso segundo del artículo 49 de la Ley 617 del 6 de octubre de 2000, modificado por el artículo 1 de la Ley 1148 de 2007 y la jurisprudencia reseñada, los cónyuges o compañeros permanentes de, entre otros, los concejales y sus parientes en el segundo grado de consanguinidad (padres, hijos, abuelos, nietos, hermanos), primero de afinidad (suegros, yernos, nueras) y único civil no podrán ser designados servidores públicos del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas; en otras palabras, esta normatividad no regula lo concerniente a los nombramientos que en ejercicio de sus funciones lleva a cabo un funcionario público en específico.

En conclusión y dando respuesta a la primera consulta elevada, el tío de un concejal no podrá ser nombrado como secretario del Concejo Municipal, habida cuenta de que están vinculados por un parentesco en el tercer grado de consanguinidad, situación prohibida de manera expresa por la el artículo 126 Constitucional, norma que regula de manera específica y concreta lo concerniente a las prohibiciones de los servidores públicos cuando ejercen función nominadora.

Ahora bien, dando respuesta a la segunda consulta, en concepto de esta Dirección Jurídica el párrafo tercero del artículo **primero** de la Ley 1148 de 2007, efectivamente se encuentra vigente, habida cuenta de que no se ha expedido norma alguna que le subrogue o derogue, ni sentencia que le declare inexequible, no obstante ello, es pertinente aclarar que, tanto el artículo 292 de la Constitución Política, como el artículo **primero** de la Ley 1148 de 2007 no son aplicables al caso consultado, por cuanto dichas normas regulan las inhabilidades de los familiares de los concejales cuando son nombrados como funcionario en el mismo municipio en que ejerce el concejal con quien ostentan algún tipo de parentesco pero, en el caso concreto, lo correcto es analizar la potestad nominadora del concejal específicamente es decir, la de un servidor público, aspecto expresamente regulado por el artículo 126 de la constitución Política y que no puede confundirse con los preceptos contenidos en el artículo 292 de la Constitución

Política y el artículo 1 de la Ley 1148 de 2007 y cada uno de sus párrafos.

Este concepto lo emitimos en los términos y con los alcances dados por el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo Ley 1437 de 2011.

Para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web www.funcionpublica.gov.co/eva, en el botón web Gestor Normativo puede consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTÉS

Director Jurídico

Proyectó: Oscar Eduardo Merchán Álvarez.

Revisó y Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1“Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública”

2Corte Constitucional en Sentencia No. C-546 de 1993, Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz

3Sentencia proferida dentro del Expediente N°: 11001-03-15-000-2010-00990-00(PI) Demandante: Cesar Julio Gordillo Núñez.

4"Por la cual se reforma parcialmente la Ley 136 de 1994, el Decreto Extraordinario 1222 de 1986, se adiciona la ley orgánica de presupuesto, el Decreto 1421 de 1993, se dictan otras normas tendientes a fortalecer la descentralización, y se dictan normas para la racionalización del gasto público nacional"

5"Por medio de la cual se modifican las Leyes 136 de 1994 y 617 de 2000 y se dictan otras disposiciones."

Fecha y hora de creación: 2026-01-29 22:27:48