



Función Pública

Concepto 87011 de 2019 Departamento Administrativo de la Función Pública

20196000087011

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20196000087011

Fecha: 18-03-2019 05:11 pm

Bogotá D.C.

REF.: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES.- Inhabilidades para nombrar a parientes de un alcalde municipal como servidor público en una Empresa Industrial y Comercial del estado del respectivo municipio. RAD.: 2017-206-004202-2 de fecha 5 de febrero de 2019.

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual consulta si existe algún tipo de inhabilidad o incompatibilidad para nombrar a parientes de un alcalde municipal como servidor público en una Empresa Industrial y Comercial del estado del respectivo municipio, me permito dar respuesta a la misma en los siguientes términos:

Inicialmente, es preciso indicar que de conformidad con lo expuesto por la Corte Constitucional en reiterados pronunciamientos¹, 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 Estado² en sentencia dictada el 8 de febrero de 2011, respecto del 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).

Conforme lo anterior, las inhabilidades son restricciones fijadas por el constituyente o el legislador para limitar el derecho de acceso al ejercicio de cargos o funciones públicas, ello quiere decir, que tienen un carácter prohibitivo, y por consiguiente, estas son taxativas, es decir, están expresamente consagradas en la Constitución o en la Ley y su interpretación es restrictiva, razón por la cual no procede la aplicación analógica ni extensiva de las mismas.

Ahora bien, respecto de las inhabilidades para nombrar como empleados públicos a los cónyuges, compañeros permanentes o los parientes de los alcaldes municipales, la Ley 617 del 6 de octubre de 2000, "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", señala:

"ARTICULO 49. PROHIBICIONES RELATIVAS A CÓNYUGES, COMPAÑEROS PERMANENTES Y PARIENTES DE LOS GOBERNADORES, DIPUTADOS, ALCALDES MUNICIPALES Y DISTRITALES; CONCEJALES MUNICIPALES Y DISTRITALES. <Apartes subrayados CONDICIONALMENTE exequibles> <Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 1148 de 2007. El nuevo texto es el siguiente:> Los cónyuges o compañeros permanentes, y parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales y concejales municipales y distritales, no podrán ser miembros de juntas o consejos directivos de entidades del sector central o descentralizados del correspondiente departamento, distrito o municipio, ni miembros de juntas directivas, representantes legales, revisores fiscales, auditores o administradores de las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el respectivo departamento o municipio.

<Inciso 2o. declarado EXEQUIBLE, salvo el aparte tachado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-903-08 de 17 de septiembre de 2008, Magistrado Ponente Dr. Jaime Araújo Rentería, 'en el entendido de que esta prohibición se predica de los parientes en el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad y único civil, como lo establece el artículo 292 de la Constitución Política.' > 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."

Tal como lo establece el artículo 49 de la Ley 617 del 6 de octubre de 2000, modificado por el artículo 1 de la Ley 1148 de 2007, los cónyuges o compañeros permanentes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales y concejales municipales y distritales, y sus parientes en el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad y único civil no podrán ser designados funcionarios del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas.

La Corte Constitucional en Sentencia C-903 de 2008, respecto a las inhabilidades consagradas en la Ley 1148 de 2007, estableció:

"Otra de las mencionadas excepciones al derecho de acceso a los cargos públicos está contemplada en el Art. 292, inciso 2°, superior, en virtud del cual no podrán ser designados funcionarios del correspondiente departamento, distrito o municipio los cónyuges o compañeros permanentes de los diputados o concejales, ni sus parientes en el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil.

Esta disposición sólo es aplicable en el orden territorial y tiene como fundamento un hecho natural, esto es, el nacimiento dentro de una determinada familia y el consiguiente parentesco, o la condición de cónyuge o compañero o compañera permanente, de los diputados o concejales.

"(...)"

De otro lado, la legislación electoral impone una carga a los parientes de los aspirantes a los cargos de diputados y concejales, en cuanto los obliga a retirarse de determinados cargos que estén desempeñando en el respectivo departamento, distrito o municipio, con el fin de que no se configure una inhabilidad de aquellos para ser inscritos como candidatos ni para ser elegidos"

Por ello, aunque la inhabilidad prevista en el Art. 292 de la Constitución persigue garantizar la moralidad y la imparcialidad de los servidores públicos allí señalados en el ejercicio de sus funciones, los cuales son fines constitucionalmente valiosos, no es legítimo dar a dicha disposición una interpretación que sacrifique el acceso de los ciudadanos al ejercicio de los cargos públicos sin una justificación objetiva y razonable, o sea, en forma desproporcionada.

En este sentido, no es constitucionalmente admisible otorgar a la inhabilidad consagrada en la citada disposición una vis expansiva de índole

indefinida que a la postre convertiría la excepción en la regla general, en contradicción con el texto de la norma, y originaría la muerte en el campo político de muchos ciudadanos que no podrían acceder a los cargos públicos, más allá de un límite razonable.

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 2° del Art. 1° 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 2°, de la Constitución. En consecuencia, la Corte declarará inexecutable la expresión “dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil” contenida en dicho inciso.

Por otra parte, en lo que concierne al resto del inciso demandado, cuyo texto es “los cónyuges o compañeros permanentes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales y concejales municipales y distritales, y sus parientes no podrán ser designados funcionarios del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas”, es evidente que contraría el Art. 292, inciso 2°, de la Constitución, ya que la prohibición allí contenida no tendría un límite por razón de los grados de parentesco. Por tanto, la Corte lo declarará exequible en forma condicionada, en el entendido de que la prohibición se predica de los parientes en el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad y único civil, como lo establece dicha norma superior.”

De acuerdo con el anterior pronunciamiento, la Corte declaró condicionalmente exequible el inciso segundo del artículo 1 de la Ley 1148 de 2007, en el entendido que la prohibición para ser designados funcionarios del respectivo territorio a los parientes de los alcaldes, gobernadores, concejales y diputados, será hasta el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad y único civil.

Ahora bien, para determinar el grado de parentesco entre las personas, es importante acudir a lo establecido en los artículos 35 y siguientes del Código Civil Colombiano, que determina lo siguiente:

“ARTICULO 35. <PARENTESCO DE CONSANGUINIDAD>. Parentesco de consanguinidad es la relación o conexión que existe entre las personas que descienden de un mismo tronco o raíz, o que están unidas por los vínculos de la sangre.”

“(…)”

“ARTICULO 37. <GRADOS DE CONSANGUINIDAD>. Los grados de consanguinidad entre dos personas se cuentan por el número de generaciones. Así, el nieto está en segundo grado de consanguinidad con el abuelo, y dos primos hermanos en cuarto grado de consanguinidad entre sí.”

“(…)”

“ARTICULO 41. <LINEAS Y GRADOS DEL PARENTESCO>. En el parentesco de consanguinidad hay líneas y grados. Por línea se entiende la serie y orden de las personas que descienden de una raíz o tronco común.”

“(…)”

“ARTICULO 44. <LINEA COLATERAL>. La línea colateral, transversal u oblicua, es la que forman las personas que aunque no procedan las unas

de las otras, si descienden de un tronco común, por ejemplo: hermano y hermana, hijos del mismo padre y madre; sobrino y tío que proceden del mismo tronco, el abuelo.

"(...)"

"ARTICULO 46. <LINEA TRANSVERSAL>. En la línea transversal se cuentan los grados por el número de generaciones desde el uno de los parientes hasta la raíz común, y desde éste hasta el otro pariente. Así, dos hermanos están en segundo grado; el tío y el sobrino en tercero, etc."

Es necesario aclarar que el parentesco por afinidad se encuentra definido en el artículo 47 de Código Civil Colombiano, así:

"Afinidad legítima es la que existe entre una persona que está o ha estado casada y los consanguíneos legítimos de su marido o mujer. La línea o grado de afinidad legítima de una persona con un consanguíneo de su marido o mujer, se califica por la línea o grado de consanguinidad legítima de dicho marido o mujer con el dicho consanguíneo. Así un varón está en primer grado de afinidad legítima, en la línea recta con los hijos habidos por su mujer en anterior matrimonio; y en segundo grado de afinidad legítima, en la línea transversal, con los hermanos legítimos de su mujer". (Subrayado fuera de texto)

De acuerdo con lo establecido en los artículos 35 y siguientes del Código Civil, el parentesco de consanguinidad es la relación o conexión que existe 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; por su parte, 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 ese sentido, se colige que los hermanos se encuentran en segundo grado de consanguinidad.

CONCLUSIONES

De acuerdo con lo expuesto, es viable concluir lo siguiente:

- 1.- Las inhabilidades, como las incompatibilidades, así como las demás calidades, exigencias o requisitos que deben reunir los candidatos para efectos de su incorporación al servicio del Estado, o para el ejercicio de una función pública deben estar consagradas en forma expresa y clara en el Estatuto General que rige la función pública y son taxativas y de interpretación restrictiva.
- 2.- De acuerdo con el artículo 49 de la Ley 617 de 2000, los cónyuges o compañeros permanentes de los alcaldes y sus parientes dentro del segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad y único civil, no podrán ser designados funcionarios en el respectivo municipio, ni de sus entidades descentralizadas (como es el caso de las EICE).
- 3.- De conformidad con lo dispuesto en los artículos 35 y siguientes del Código Civil, se colige que los hermanos se encuentran en segundo grado de consanguinidad.
- 4.- Así las cosas, en criterio de esta Dirección Jurídica, el pariente en segundo grado de consanguinidad (hermano) de un alcalde se vincule como servidor público en una entidad pública del municipio, en razón a que se encuentra dentro de los grados de parentesco que prohíbe la norma.

En el evento de requerir mayor información respecto de las normas de administración de personal del sector público, podrá encontrar información en el siguiente link <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo>, allí además encontrará conceptos relacionados con el tema objeto de su consulta, los cuales 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,

JOSE FERNANDO CEBALLOS ARROYAVE

Asesor con Funciones de la Dirección Jurídica

Harold Herreño/JFCA/ GCJ-601

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PAGINA

1. Corte Constitucional en Sentencia No. C-546 de 1993, Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz
2. Sentencia proferida dentro del Expediente N°: 11001-03-15-000-2010-00990-00(PI) Demandante: Cesar Julio Gordillo Núñez.

Fecha y hora de creación: 2026-01-29 22:20:52