



Función Pública

Concepto 273871 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública

20206000273871

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20206000273871

Fecha: 24/06/2020 06:31:54 p.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Pariente de alcalde. RAD. 20209000199172 del 22 de mayo de 2020.

Acuso recibo de la comunicación de la referencia, mediante la cual consulta:

“Yo que soy tío (familiar en tercer grado de consanguinidad) del Alcalde de un Municipio de sexta categoría, existe alguna inhabilidad o incompatibilidad para ser nombrado en el cargo de Jefe de Control Interno de la E.S.E. Hospital Local de dicho Municipio.”

En atención a la misma me permito informarle lo siguiente:

1. La Constitución Política establece:

“ARTICULO 126. (Artículo modificado por el artículo 2 del Acto Legislativo 2 de 2015) 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.

Se exceptúan de lo previsto en este artículo los nombramientos que se hagan en aplicación de las normas vigentes sobre ingreso o ascenso por méritos en cargos de carrera.”

La Corte Constitucional en Sentencia C - 380 de 1997, Magistrado Ponente Doctor Hernando Herrera Vergara, respecto a las prohibiciones contenidas en el artículo 126 de la Constitución, preceptúa:

“En efecto, en el artículo 126 de la Constitución Política las prohibiciones previstas se radican en cabeza de todos los servidores públicos

estatales, incluidos los diputados y concejales, y consisten en la imposibilidad de ejercer la facultad nominadora respecto de las personas en los grados allí mencionados. A su turno, el artículo 292 constitucional, en su inciso 2o., que según el actor se desconoce en la norma acusada, localiza la prohibición de ciertos ciudadanos para acceder al desempeño de funciones y cargos públicos de la respectiva entidad territorial en la cual ejercen su actividad los diputados o concejales, con quienes tengan un vínculo matrimonial o de unión permanente de hecho o un parentesco en el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil."

"En ese orden de ideas, la excepción que trae el inciso 2o. del mismo artículo 126 superior, mediante la cual se excluye de la prohibición general de los servidores estatales la de realizar ciertos nombramientos de personas cercanas afectiva y familiarmente en virtud de los resultados obtenidos por el empleo de las normas vigentes sobre ingreso o ascenso por méritos y que recoge el parágrafo 2o. demandado, resulta plenamente aplicable en el ámbito territorial; esto significa que si tiene cabida en el orden municipal el mandato general que prohíbe a los servidores públicos estatales los nombramientos de personas cercanas por vínculos de matrimonio o de unión permanente o de parentesco en los grados que establece la Carta, necesariamente también la tendrá la totalidad de la regulación consagrada en ese sentido, es decir la relacionada con sus disposiciones excepcionales, igualmente aplicables en dicho ámbito territorial."

De conformidad con la norma constitucional citada se deduce que la prohibición para el funcionario que ejerza la función nominadora, consiste en que no puede nombrar o contratar en la entidad que dirige, a personas con las cuales tenga relación de parentesco en los grados señalados en la citada norma constitucional, es decir hasta el cuarto grado de consanguinidad, como son padres, hijos, nietos, abuelos, hermanos, tíos, primos y sobrinos; segundo de afinidad-suegros, nueras, yernos y cuñados, o primero civil - hijos adoptivos y padres adoptantes; o relaciones de 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.

Cabe recordar que conforme a los artículos 35 y siguientes del Código Civil Colombiano, y Para establecer los grados de parentesco por afinidad, es importante acudir a lo establecido en así: el parentesco entre tío y sobrino corresponde al tercer grado de consanguinidad.

Es decir que, frente a los términos de esta inhabilidad, el alcalde como nominador, se encuentra inhabilitado para nombrar, postular y contratar a personas con las cuales tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil o con quien estén ligados por matrimonio o unión permanente.

2.- Por su parte, el artículo 49 de la Ley 617 del 6 de octubre de 2000¹, dispone:

"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 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.

<Inciso modificado por el artículo 1 de la Ley 1296 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:> Los cónyuges o compañeros permanentes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales, concejales municipales y distritales y sus parientes dentro del cuarto grado de

consanguinidad, segundo de afinidad, o primero civil no podrán ser contratistas del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas, ni directa, ni indirectamente.

PARÁGRAFO 1o. Se exceptúan de lo previsto en este artículo los nombramientos que se hagan en aplicación de las normas vigentes sobre carrera administrativa.

PARÁGRAFO 2o. Las prohibiciones para el nombramiento, elección o designación de servidores públicos y trabajadores previstas en este artículo también se aplicarán en relación con la vinculación de personas a través de contratos de prestación de servicios.

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.”

<Los apartes subrayados de este artículo fueron declarados **CONDICIONALMENTE EXEQUIBLES**, por los cargos analizados, por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-029-09 de 28 de enero de 2009, Magistrado Ponente Dr. Rodrigo Escobar Gil, ‘... en el entendido de que, en igualdad de condiciones, ellas comprenden también a los integrantes de las parejas de un mismo sexo’. > (Subrayado fuera de texto).

Al estudiar la constitucionalidad del anterior precepto normativo, la Corte Constitucional mediante sentencia C-903 de 2008 y ponencia del magistrado Jaime Araujo Rentería, determinó:

“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.

(...)

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 executable 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.” (Subrayado fuera de texto).

Frente a la lectura del artículo 126 de la Carta Política, y el artículo 49 de la Ley 617 de 2000, la Corte Constitucional mediante sentencia C-311 de 2014 y ponencia del Magistrado Álvaro Tafur Galvis precisó:

“Al respecto dijo la Corte lo siguiente al analizar la constitucionalidad del artículo 49 de la Ley 617 antes de que este fuera modificado por el artículo 1° de la Ley 821 de 2003 frente al cargo por el supuesto desconocimiento del artículo 126 superior:

“23. La expresión impugnada establece que no podrán ser designados funcionarios del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas, los "parientes dentro del segundo (2°) grado de consanguinidad, primero (1°) de afinidad o primero (1°) civil" de los Gobernadores, Diputados, Alcaldes municipales y distritales y Concejales municipales y distritales, y miembros de juntas locales municipales y distritales, y de sus cónyuges o compañeros permanentes. El actor considera que esa inhabilidad resta severidad al mandato del artículo 126 superior, según el cual, “los servidores públicos no podrán nombrar como empleados a 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 designar a personas vinculadas por los mismos lazos con servidores públicos competentes para intervenir en su designación.”

Una primera lectura de la norma constitucional y de la expresión acusada del artículo 49 parece dar razón al demandante y a la Vista Fiscal, pues mientras que el mandato constitucional hace referencia a grados de parentesco de cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, la disposición impugnada hace referencia a parientes dentro del segundo grado de consanguinidad y primero de afinidad. La norma legal parece entonces menos severa que la inhabilidad de rango constitucional, y el actor y la Vista Fiscal parecerían tener razón. Sin embargo, un examen más atento muestra que la conclusión del demandante y del Ministerio Público es equivocada, por la sencilla razón de que la norma legal acusada y el mandato constitucional regulan hipótesis distintas. En efecto, la inhabilidad constitucional recae sobre el servidor público, quien no puede nombrar a sus parientes dentro de ciertos grados de consanguinidad o afinidad. Para que esta prohibición opere se requiere entonces que el servidor público sea el nominador y su pariente el nominado, y por ello la norma constitucional utiliza, desde el punto de vista gramatical, la forma verbal activa “los servidores públicos no podrán nombrar...”.

En cambio, la inhabilidad de la norma demandada es diferente porque recae sobre los familiares del servidor público, sin que sea necesario que el servidor sea el nominador. Es más, ni siquiera importa quién sea el nominador, y por ello la norma legal utiliza gramaticalmente la forma verbal pasiva: los parientes “no podrán ser designados...”. Para que esta prohibición legal opere basta entonces que una persona sea pariente en los grados de consanguinidad y afinidad previstos de un gobernador, un alcalde, un concejal, un diputado o un miembro de una junta administradora local.

Esta diferencia en la estructura gramatical y normativa entre la norma acusada y el artículo 126 constitucional no es una invención casual del Legislador, pues la propia Carta prevé también regulaciones diversas en materia de inhabilidades. En efecto, mientras que, como ya lo vimos, el artículo 126 superior recurre a la forma activa, pues señala que los “servidores públicos no podrán nombrar”, el inciso segundo del artículo 292 utiliza una forma pasiva muy similar a la empleada por la disposición acusada, pues establece que “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”.

24- Las situaciones reguladas por el artículo 126 de la Carta y el artículo 49 de la Ley 617 de 2000 son entonces distintas, como lo muestra el siguiente ejemplo: supongamos que un hermano del alcalde es nombrado empleado del concejo de ese municipio. Aunque se trata de un pariente de segundo grado de consanguinidad del alcalde, sin embargo, ese nombramiento no se encuentra prohibido por el artículo 126 de la Constitución, por la sencilla razón de que el alcalde no es el nominador. Sin embargo, conforme al aparte acusado del artículo 49 de la Ley 617 de 2000, ese nombramiento no es posible, pues no puede ser nombrado funcionario del municipio quien sea pariente, en el segundo grado de consanguinidad, del alcalde.

Este ejemplo muestra entonces que, contrariamente a lo sostenido por el demandante y por la Vista Fiscal, el artículo 49 de la Ley 617 de 2000 establece inhabilidades que pueden llegar a ser más rigurosas que las previstas por el artículo 126 de la Carta.

25- *El anterior examen es suficiente para concluir que el cargo del actor se funda en un supuesto equivocado, pues no es cierto que el aparte acusado haga menos rigurosa la inhabilidad prevista en el artículo 126 de la Carta. La expresión acusada será entonces declarada exequible, pero únicamente por ese cargo.”²*

Tal como lo establece 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, los cónyuges o compañeros permanentes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales y concejales municipales y distritales, y sus parientes dentro del segundo grado de consanguinidad (padres, hijos, nietos, abuelos y hermanos), primero de afinidad (suegros, yerno y nuera) o único civil, no podrán ser designados funcionarios del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas; sin que interese quien sea el nominador.

Por consiguiente, siempre y cuando la nominación del empleo de Jefe de Control Interno de la E.S.E. del respectivo municipio no corresponda al alcalde, en criterio de esta Dirección Jurídica, su tío (tercer grado de consanguinidad) no se encontraría inhabilitado para ser designado en dicho empleo, teniendo en cuenta que la inhabilitación del inciso segundo del artículo 49 de la Ley 617 del 6 de octubre de 2000, se circunscribe al segundo grado de consanguinidad.

En caso de 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 LOPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: D. Castellanos

Revisó: Armando López Cortes.

Aprobó: Armando López Cortes.

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. 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.

2. Sentencia C-1105/01 M.P. Eduardo Montealegre Lynnett.