



Función Pública

Concepto 044471 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública

20206000044471

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20206000044471

Fecha: 05/02/2020 10:45:56 a.m.

Bogotá D.C.

REF. INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES – Parentesco. RAD. 20209000046712 del 4 de febrero de 2020.

En atención a su comunicación, mediante la cual presente varios interrogantes respecto de las presuntas inhabilidades e incompatibilidades para el ejercicio como personero municipal, en el caso que su pariente en tercer grado de consanguinidad ejerza como jefe de la oficina jurídica de la alcaldía del respectivo municipio, me permito dar respuesta en el mismo orden de su presentación.

1.- En cuanto a su primer interrogante, encaminado a determinar si existe algún tipo de inhabilidad o incompatibilidad para que el pariente del jefe de la oficina jurídica de una alcaldía municipal se posesione como personero del respectivo municipio, me permito indicar que, el literal a) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994 señala que no podrá ser elegido como personero municipal quien se encuentre incurso entre otras, en las causales de inhabilidad establecidas para ser elegido en el cargo de alcalde municipal, en lo que le sea aplicable.

Así las cosas, se considera procedente tener en cuenta que la Ley 617 de 2000, con relación a las inhabilidades para ser elegido alcalde, expresa:

“ARTÍCULO 37. Inhabilidades para ser alcalde. El artículo 95 de la Ley 136 de 1994, quedará así:

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

(...)

4. 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.

“(...)” (subrayado fuera de texto)

De lo anterior puede inferirse que en razón a que las inhabilidades establecidas para el alcalde municipal por expresa remisión del literal a) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994, le son aplicables a quien pretende ser elegido como personero, se considera que la prohibición se predica a quien tenga vínculos por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, con empleados que dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección hayan ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo municipio.

En ese sentido, se requiere estudiar dos presupuestos con el fin de dar respuesta a su interrogante, de una parte, el grado de parentesco y por otro el ejercicio de autoridad civil, política o administrativa por parte del pariente del aspirante al cargo en estudio.

En cuanto al primer presupuesto, se tiene que de conformidad con lo previsto en los artículos 35 y siguientes del Código Civil, los tíos para con los sobrinos se encuentran en tercer grado de consanguinidad; es decir, no se encuentran dentro de los grados de parentesco prohibidos por la norma.

El segundo presupuesto no se estudia por resultar excluyentes.

De acuerdo con lo expuesto, y dando puntual respuesta al primer interrogante de su escrito, se colige que no existe inhabilidad para que al pariente (tío) de un empleado público (jefe de la oficina jurídica de una alcaldía) sea elegido como personero en el respectivo municipio.

2.- En atención al segundo interrogante de su escrito, encaminado a determinar si le sobreviene algún tipo de inhabilidad al jefe de la oficina jurídica de la alcaldía que le impida ejercer su empleo, en el caso de la posesión de su pariente (tío) como personero del respectivo municipio, le indico lo siguiente:

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, la prohibición para que los parientes de los personeros municipales sean vinculados como empleados en las entidades públicas del

municipio, se encuentra descrita en el artículo 19 de la Ley 53 de 1990, en el cual se señala que los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad (padres, hijos, abuelos, nietos, hermanos, tíos, sobrinos, primos) de los personeros municipales no podrán ser nombrados ni elegidos para cargo alguno en ninguna dependencia del respectivo municipio.

No obstante, en el caso que el pariente de un personero público se haya vinculado como empleado antes de la elección de su pariente personero, se considera procedente traer a colación lo señalado por el Consejo de Estado que, en concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil, de abril 26 de 2001, Consejero Ponente: Dr. Flavio Augusto Rodríguez Arce en consulta radicada con el No 1347 del 26 de abril de 2001, señaló:

“Como la conducta prohibida es la de “nombrar”, debe entenderse que la potestad nominadora sólo es viable ejercerla por el funcionario elegido hacia el futuro, luego de la asunción del cargo, lo que no es predicable de quien ya está prestando sus servicios; por tanto, tal facultad no es posible retrotraerla en el tiempo para darle un alcance que no se desprende de la norma constitucional, razón por la cual el funcionario o empleado vinculado con anterioridad a la posesión de su pariente investido de la potestad mencionada sólo tendría que retirarse del servicio, por el arribo de aquél a la administración, si así estuviera previsto en una norma legal que estableciera una inhabilidad sobreviniente.

Si bien el artículo 6° de la ley 190 de 1995, prevé la obligación del servidor de advertir inmediatamente - a la entidad a la cual presta servicios - que le ha sobrevenido al acto de nombramiento una inhabilidad o incompatibilidad, con la consecuencia de que si pasados tres meses no pone fin a la situación que la origina, cuando a ello hubiere lugar, procederá el retiro inmediato del servidor, su hipótesis normativa no es aplicable al caso en estudio puesto que no existe norma expresa que establezca una inhabilidad que determine la desvinculación.

Como no existe, que se conozca, tal precepto y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades es de aplicación restrictiva y respecto del mismo está proscrita la analogía y la extensión de las causales a casos no previstos en la ley, no resulta procedente interpretar la norma constitucional en el sentido que el servidor deba retirarse ante una relación de parentesco que no existía al momento de su nombramiento y que por lo mismo es anterior a la posesión del pariente, cónyuge o compañero permanente, titular actual de la potestad nominadora. (Resaltado nuestro)

Así, no se está en presencia de una inhabilidad sobreviniente, pues además de no estar prevista por el legislador, la establecida en el artículo 126 constitucional está referida al nombramiento o designación por el nominador recién posesionado y no a la efectuada con anterioridad a este hecho.

Al respecto ha dicho la Corte Constitucional sobre el alcance de este artículo - sentencia C-380 de 1997:

“...dicha prohibición presenta como características esenciales las relativas a los límites impuestos por la misma Constitución al ejercicio de la atribución de nombrar servidores públicos por razones de parentesco ; a la restricción al derecho constitucional fundamental de acceso al ejercicio de funciones y cargos públicos para las personas directamente afectadas con la prohibición ; así como, la garantía al derecho a la igualdad frente a todos los demás ciudadanos que pretendiendo acceder al mismo cargo, puedan verse rechazados precisamente en razón a su origen familiar, opinión política, etc.

“De manera que, aunque la Constitución es la que consagra la prohibición en relación con el acceso al servicio público por razones familiares, es al legislador a quien corresponde desarrollarla haciendo uso de una relativa discrecionalidad, condicionada a las reservas, principios y valores que le impone el mismo ordenamiento superior y a las condiciones particulares de cada caso”. (Negrillas de la Sala)

De lo expuesto se concluye que por vía de interpretación de los efectos del artículo 126 no es posible configurar una causal de inhabilidad respecto del servidor vinculado con anterioridad a la posesión de su pariente investido de la facultad nominadora.

Finalmente, se precisa que una vez posesionado el pariente nominador, la prohibición comprende los actos administrativos mediante los cuales se ejerza tal potestad, como son los de ascenso o promoción, excepción hecha de los provenientes de la aplicación de las normas de carrera.

En efecto, se exceptúan de la prohibición analizada los nombramientos efectuados en desarrollo de las normas sobre ingreso o ascenso por méritos, prevista en el inciso 2° del artículo en cita, evento en el cual la potestad nominadora se limita a formalizar los resultados de un proceso de selección que, por principio, se reputa adelantado en condiciones de igualdad.

Ahora bien, en relación con los funcionarios territoriales, la ley 617 de 2000 en el inciso 2º del artículo 49 desarrolla la prohibición referida, al establecer que no podrán ser designados funcionarios del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas, los cónyuges o compañeros permanentes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales y concejales municipales y distritales y miembros de juntas administradoras locales municipales y distritales y sus parientes dentro del segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o primero civil, que reitera la prohibición constitucional sobre la materia.

(...)

2. El empleado vinculado a la administración departamental con anterioridad a la posesión en un cargo de elección popular de su cónyuge, compañero permanente o pariente dentro de los grados señalados en la Constitución y en la Ley, no está inhabilitado para continuar desempeñando el cargo, por no estar consagrada expresamente en la Ley dicha situación como causal de inhabilidad sobreviniente (Negrilla y subrayado fuera de texto)

Para el caso objeto de consulta y de conformidad con lo señalado en el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en criterio de esta Dirección si el empleado se encuentra vinculado a la administración municipal o sus entidades descentralizadas con anterioridad a que su familiar se poseione como personero en el mismo municipio, no estará inhabilitado para continuar desempeñando el empleo, en razón a que como lo expresa la Honorable Corporación, no existe ley que consagre esta situación como inhabilidad sobreviniente.

Tal como lo señala el Consejo de Estado, la conducta prohibida es la de “nombrar”, por lo que la potestad nominadora sólo es viable ejercerla por el empleado elegido hacia el futuro, luego de la asunción del cargo, lo que no es predicable de quien ya está prestando sus servicios. En consecuencia, tal facultad no es posible retrotraerla en el tiempo para darle el alcance que no se desprende de la norma constitucional.

De acuerdo con lo expuesto, se considera procedente señalar:

a.- Las inhabilidades, las incompatibilidades; así como los requisitos que se exigen para el ejercicio de un empleo, deben estar consagradas en el estatuto de personal y su interpretación es restrictiva, razón por la cual no procede la aplicación analógica ni extensiva de las mismas.

b.- Como quiera que la vinculación del empleado objeto de su consulta se realizó antes de la elección y posesión de su pariente personero, se considera que no existe inhabilidad o incompatibilidad alguna para que continúe en el ejercicio de su empleo.

3.- En atención al tercer interrogante de su consulta, encaminado a establecer si debe declararse impedido el personero municipal para adelantar investigación disciplinaria o la vigilancia de la conducta oficial de su pariente (sobrino) quien ejerce el cargo de jefe de la oficina jurídica de la alcaldía municipal en el respectivo municipio, le indico lo siguiente.

Frente al particular, se considera necesario revisar si eventualmente se presenta un conflicto de interés en el caso objeto de su consulta, sobre ese tema, el artículo 40 de la Ley 734 de 2002, por la cual se expide el Código Disciplinario Único, señala que todo servidor público deberá declararse impedido para actuar en un asunto cuando tenga interés particular y directo en su regulación, gestión, control o decisión, o lo tuviere su cónyuge, compañero o compañera permanente, o algunos de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, o su socio o socios de hecho o de derecho.

Cuando el interés general, propio de la función pública, entre en conflicto con un interés particular y directo del servidor público deberá

declararse impedido.

Por su parte, señala el artículo 48 ibídem que constituye falta gravísima el actuar u omitir, a pesar de la existencia de causales de incompatibilidad, inhabilidad y conflicto de intereses, de acuerdo con las previsiones constitucionales y legales.

Así las cosas, tenemos que el conflicto de intereses se configura cuando el servidor público con su actuación se favorezca a sí mismo o a sus parientes. El constituyente quiso evitar, al prever la ocurrencia del conflicto de intereses, que el servidor público con su accionar haga prevalecer su interés personal o familiar sobre el general.

En ese sentido, en criterio de esta Dirección Jurídica, tal circunstancia debe ser analizada por las partes interesadas y por la administración, para determinar si se presenta el conflicto de interés en relación con la situación presentada en su consulta.

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 CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Harold Herreño

Revisó: José Fernando Ceballos

Aprobó: Armando López Cortes

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: 2024-12-04 13:54:46