



Función Pública

Concepto 290981 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública

20206000290981

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20206000290981

Fecha: 05/07/2020 11:02:16 p.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA. INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Inhabilidad para nombrar a un pariente en segundo grado para cubrir licencia de maternidad. Radicado: 20202060232232 del 05 de junio de 2020.

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual solicita aclaración en cuanto si el alcalde es el nominador del director del instituto, por lo tanto, el director no tiene la facultad nominadora del director, me permito manifestar lo siguiente:

En respuesta dada por esta Dirección Jurídica con el radicado 20206000201601 del 29 de mayo de 2020 se concluyó:

En virtud de lo expuesto, la prohibición para el funcionario que ejerza la función nominadora, consiste en que no puede nombrar ni contratar en ejercicio de sus funciones, en la entidad que dirige, a personas con las cuales tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, (como son padres, hijos, hermanos, primos, abuelos, nietos, sobrinos, tíos, bisabuelos, biznietos) segundo de afinidad (cuñado, nuera, yerno), primero civil, o con quien estén ligados por matrimonio o unión permanente. Tampoco puede 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.

En consecuencia, por existir un parentesco en segundo grado de consanguinidad, y por tener la directora función nominadora de la entidad existe inhabilidad de nombrar al pariente para ejerza su cargo en la licencia de maternidad por los razones anteriormente expuestas.

Respecto a lo anterior, es necesario reiterar lo conceptualizado anteriormente, ya que, si bien es cierto que el alcalde municipal es el nominador del Director Instituto, también es claro que el director ejerce la función nominadora de la entidad.

Así mismo, el artículo [126](#) Constitucional advierte que no puede postular como servidores públicos a personas que tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, como sería en este caso.

Al respecto, es importante indicar que la Sala Plena Del Consejo de Estado, en providencia de 7 de septiembre de 2016¹, cuya Consejera Ponente: Rocío Araújo Oñate, sobre la inhabilidad contenida en el artículo 126 de la Constitución Política, dispuso:

“Con el firme propósito de erradicar el nepotismo, el clientelismo y cualquier otra forma de favoritismo en el acceso a los cargos públicos, el constituyente erigió una disposición tendiente a eliminar dichas prácticas, la cual en su tenor original establecía: “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. (...)”.

La disposición transcrita contiene diversos mandatos en cuanto a las actuaciones que se encuentran prohibidas a los servidores públicos. En efecto, el artículo 126 Superior proscribire tres eventos distintos de clientelismo, nepotismo e intercambio de favores, los cuales se sintetizan de la siguiente manera: Primero. La norma Superior prohíbe al funcionario ejercer la potestad nominadora, atribuida por la Constitución y la ley, para designar a los parientes de los servidores públicos. En concreto, esto significa que quienes tienen potestad de nominación no pueden nombrar, elegir, postular y/o, en general, designar a personas con quienes tengan vínculo de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil o con quien estén ligados por matrimonio o unión permanente.

La prohibición expuesta impide que el poder se concentre en algunos pocos y que se repliquen dinastías familiares en los cargos públicos, ya que su finalidad es claramente evitar el nepotismo. (...) Segundo. El artículo 126 Superior proscribire que los servidores públicos con poder de nominación, designen a los familiares, en los grados descritos en la norma, de las personas que tuvieron competencia para intervenir directamente en su designación. Se trata, entonces, de una prohibición expresa contenida en la literalidad de la norma respecto de la cual no es necesario adelantar ningún ejercicio interpretativo o de complementación, contrario a lo que ocurre con el tercero de los escenarios que prevé la norma objeto de análisis. (...) Tercero. La norma en cita impide que un servidor público nombre, postule, elija o, en general, designe a la persona o a sus parientes competentes para designarlo en el cargo en el cual ahora detenta el poder de nominación.

(...)

Resulta indispensable precisar, como lo hizo la Corporación en las sentencias de unificación del 15 de julio de 2014 y 11 de noviembre de ese mismo año, que en esta oportunidad se reiteran, que el artículo 126 es una norma que fija límites y restricciones al actuar de los servidores públicos, entendiéndose que en la función pública “no todo vale”. Esta norma, valga decirlo desde ahora, no establece limitación alguna de tipo temporal para efectos de la materialización de la prohibición, así como tampoco estableció restricción en tal sentido la jurisprudencia de esta Corporación; por ello, es irrelevante, a efectos de la configuración de la prohibición del artículo 126 Constitucional, si los nombramientos acaecieron antes o después de la postulación del señor Procurador. (...) Dicha disposición constitucional busca erradicar ciertas prácticas de la función electoral (postulación y elección) de la que gozan algunos servidores. Se trata de una prohibición inhabilitante, objetiva, que configurada, acarrea la nulidad del acto electoral expedido con desconocimiento de dichas proscripciones, sin que sea oponible el derecho a elegir y ser elegido o el acceso igualitario a los cargos públicos del que goza el Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado, pues la elección que se profiera con desconocimiento de la disposición constitucional es nula de pleno derecho.

De lo hasta acá expuesto puede, válidamente, concluirse que: (i) el artículo 126 de la Constitución Política contiene una prohibición inhabilitante, (ii) la norma superior no contiene restricción alguna de tipo temporal, y (iii) su materialización responde a circunstancia de tipo objetivo. En otras palabras, del artículo 126 de la Carta Política pueden inferirse estas reglas: (a) Prohibición de nombrar a los familiares en los grados previstos en la norma. (b) Prohibición del “yo te elijo, tú me eliges”, pues está proscrito al servidor público, directamente o por indirecta persona nombrar, elegir, designar, postular a los familiares de aquellas personas que lo eligió, nombró, postuló o designó. (c) Prohibición de “tu nombras a mis familiares, luego yo te nombro, designo, postulo o elijo”. Está prohibido al servidor público directamente o por interpuesta persona designar, postular, nombrar, elegir a quien con anterioridad o posterioridad lo designó, nombró, eligió o postuló a sus parientes en los grados referidos en la norma. Esas reglas, naturalmente, se extraen desde la perspectiva gramatical, histórica y teleológica del artículo 126 primigenio, como del modificado por el Acto Legislativo No. 02 de 2015, ya que es claro que su propósito primordial fue y es el de erradicar del ámbito estatal ese “intercambio” recíproco de favores que caracteriza al clientelismo y/o el favorecimiento a los parientes que caracteriza al nepotismo. En otras palabras, se buscó evitar la transacción de cuotas personales como determinantes en el acceso a los cargos públicos. (...) En el caso concreto, teniendo en cuenta que el acto de postulación del demandado -de naturaleza preparatoria- se profirió con violación del artículo 126 Superior, afectando de esta manera la juridicidad del acto definitivo declarativo de la elección del Dr. Ordoñez Maldonado, la Sala declarará próspero y probado este cargo.” (Destacado nuestro)

De acuerdo al anterior pronunciamiento jurisprudencial, el constituyente con el artículo 126 erigió una disposición tendiente a eliminar malas

prácticas en la función pública, tendientes a erradicar el nepotismo, el clientelismo y cualquier otra forma de favoritismo en el acceso a los cargos públicos. La norma Superior prohíbe entonces, al funcionario ejercer la potestad nominadora, atribuida por la Constitución y la ley, para designar a los parientes de los servidores públicos.

En consecuencia, para el caso particular de su consulta, existe prohibición constitucional para que los servidores públicos en ejercicio de sus funciones, postulen para ser nombrados o contratados a las personas con las cuales tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad.

Por lo tanto, esta Dirección Jurídica reitera lo indicado en la comunicación con radicado No. 20206000201601 del 29 de mayo del presente año.

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

Proyecto: Adriana Sánchez

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PAGINA

1. Radicación número: 11001-03-28-000-2013-00011-00(SU) Actor: RODRIGO UPRIMNY YEPES Y OTROS

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 14:52:27