



**Función Pública**

## Concepto 277811 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20206000277811\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20206000277811

Fecha: 26/06/2020 02:56:20 p.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Concejal. Inhabilidad del llamado para aspirar al cargo de concejal por parentesco con Sub Secretario de la Secretaría de Bienestar Social de la Alcaldía de Pasto. RAD. 20202060253562 del 17 de junio de 2020.

En la comunicación informa que el 18 de enero de 2020 se posesionó como Sub Secretario de la Secretaría de Bienestar Social de la Alcaldía de Pasto, y su señora madre se postuló al concejo las anteriores elecciones que terminaron el pasado 27 de octubre de 2019, obteniendo la segunda votación de la lista y no fue electa por que la lista solo sacó un concejal. En enero del 2020 suspendieron al concejal que quedó primero en la lista y en el mes de mayo el tribunal le canceló la curul y ahora en julio notifican a su progenitora para que asuma la curul de concejal. Con base en la información precedente, consulta si tendría que renunciar para que ella no se inhabilite.

Sobre la inquietud planteada, me permito manifestarle lo siguiente:

Para efectos de establecer si existe algún tipo de inhabilidad o incompatibilidad para inscribirse y ser elegido como concejal, se debe atender lo señalado por la Ley 617 de 2000<sup>1</sup>, que en su artículo 40 dispone:

“ARTÍCULO 40. De las inhabilidades de los concejales. El Artículo 43 de la Ley 136 de 1994 quedará así:

ARTÍCULO 43. INHABILIDADES. <Artículo modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000. El nuevo texto es el siguiente:> No podrá ser inscrito como candidato ni elegido concejal municipal o distrital:

(...)

4. Quien tenga vínculo por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en 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 distrito; 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 en el régimen subsidiado en el respectivo municipio o distrito. Así mismo, quien esté vinculado entre sí por matrimonio o unión permanente o parentesco dentro del segundo

grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, y se inscriba por el mismo partido o movimiento político para elección de cargos o de corporaciones públicas que deban realizarse en el mismo municipio o distrito en la misma fecha".

De acuerdo a lo anteriormente expuesto, y para efectos de la consulta, estará inhabilitado para ser Concejal quien dentro de los 12 meses anteriores a la elección tenga vínculo por matrimonio o unión permanente o de parentesco en 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 distrito.

Ahora bien, de acuerdo con lo indicado en la consulta, quien se encuentra en la lista de votación para ser llamado a cubrir una vacante definitiva de concejal, es la madre del Sub Secretario de la Secretaria de Bienestar Social de la Alcaldía de Pasto. Sobre las inhabilidades que aplican a los concejales llamados, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, con ponencia del Consejero Mauricio Torres Cuervo, en fallo emitido el 21 de junio de 2012 dentro del expediente con Radicación número 05001-23-31-000-2011-00890-01, indicó lo siguiente:

"Debe precisarse que de forma coincidente, unánime y reiterada la jurisprudencia de la Sala Plena y de esta Sección realizando una interpretación teleológica y finalística concluyen que el régimen de inhabilidades se aplica por igual a los que son elegidos como tales durante la jornada electoral, como a quienes a pesar de no haber sido elegidos en dicho certamen quedaron con vocación para ocupar el cargo por hacer parte, en orden sucesivo y descendente, de la misma lista. En otras palabras, el régimen de inhabilidades opera en las mismas circunstancias de tiempo y modo tanto para los "elegidos" como para los "llamados". Lo expuesto se justifica porque el llamado tiene como fuente de derecho la votación en favor de la lista de la cual hizo parte el candidato no elegido, y no en el acto posterior para cubrir la vacante. En efecto, de conformidad con lo previsto por el artículo 261 de la Constitución, son las elecciones y no el llamado lo que genera la vocación del no elegido a suplir la vacancia de quien resultó electo; por consiguiente no hay duda de que las causales de inhabilidad establecidas por el constituyente con el fin de evitar que cualquier candidato utilice los factores de poder del Estado para influir y romper el principio de igualdad de los candidatos frente al electorado, son prohibiciones que operan desde el momento de las elecciones cuya transparencia es su propósito." (Se subraya).

De acuerdo con el fallo, las inhabilidades prescritas para acceder al cargo de concejal, operan en la misma forma para los elegidos y para los llamados a ejercer el cargo. Para el caso concreto, debe verificarse si quien es llamado al cargo de concejal, tenía un vínculo parental de los descritos en la prohibición dentro de los 12 meses anteriores a la elección, con un empleado que ejerció en este lapso autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo municipio.

Según lo indicado en la consulta, el hijo tomó posesión del cargo de Sub Secretario de la Secretaria de Bienestar Social de la Alcaldía de Pasto el 18 de enero de 2020, lo que significa que no ejerció el cargo dentro de los 12 meses anteriores a la fecha de elecciones (27 de octubre de 2019). En tal virtud, el elemento temporal de la inhabilidad no se presenta en este caso y por ende, ésta no se configura. Los demás elementos de la prohibición no se analizarán por considerarlo innecesario.

De otra parte, el artículo 49 de 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.

<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". >

Como se aprecia, los parientes de los concejales, entre otros, no pueden ser contratados o designados funcionarios del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas, dependiendo del vínculo o grado de parentesco. De acuerdo con el segundo inciso, no es viable designar en un empleo a un pariente de concejal que se encuentre dentro del segundo grado de consanguinidad. Según el Código Civil colombiano, los hijos se encuentran en el primer grado de consanguinidad y, por tanto, dentro de la prohibición señalada.

Ahora bien, el Consejo de Estado en concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil, de abril 26 de 2001, Consejero Ponente Doctor Flavio Augusto Rodríguez Arce en consulta radicada con el No 1347 del 26 de abril de 2001, en cuanto a los alcances de la prohibición respecto de los parientes de los servidores públicos de elección, 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 lo tanto, tal facultad no es posible retrotraerla en el tiempo para darle el 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 le 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 su desvinculación.

De acuerdo con la jurisprudencia en cita, quien se encuentra ya vinculado al momento en que se posesiona el servidor público con quien puede configurarse la inhabilidad, ésta no se aplica pues la conducta prohibida es la designación o la nominación, acción que no pudo ejecutarse antes de que asumiera el cargo. Como indica el fallo, la potestad nominadora sólo es viable ejercerla por el funcionario elegido hacia el futuro.

En tal virtud, esta Dirección Jurídica considera que no se configura la inhabilidad descrita en el artículo 49, por cuanto la madre del Sub Secretario de la Secretaria de Bienestar Social de la Alcaldía de Pasto, ha sido llamada para llenar la vacante definitiva de concejal y se posesionará con posterioridad a la vinculación de su hijo y, como se indicó, la prohibición descrita no opera para quienes ya venían vinculados a

la administración, conforme señaló el concepto del Consejo de Estado citada.

Con base en los argumentos expuestos, esta Dirección Jurídica concluye lo siguiente:

1. La persona llamada a cubrir la vacante definitiva de concejal, madre del Sub Secretario de la Secretaria de Bienestar Social de la Alcaldía de Pasto, no se encuentra inhabilitada por este hecho para acceder a esa curul, pues no se encontraba vinculado dentro de los 12 meses anteriores a la fecha de elección. No se configura entonces la inhabilidad contenida en el numeral 4° del artículo 43 de la Ley 136 de 1994.
2. Tampoco se configura la inhabilidad contenida en el artículo 49 de la Ley 617 de 2000, por cuanto el hijo, Sub Secretario de la Secretaria de Bienestar Social de la Alcaldía de Pasto, ya venía vinculado antes de que su señora madre tome posesión del cargo de concejal y, como señala el fallo del Consejo de Estado, esta inhabilidad no tiene aplicación, pues la facultad nominadora sólo puede ser ejercida hacia futuro.

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 LÓPEZ CORTÉS

Director Jurídico

Elaboró: Claudia Inés Silva

Revisó y Aprobó: Armando López Cortés

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”

---

*Fecha y hora de creación: 2024-12-04 14:17:57*