



Función Pública

Concepto 292461 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública

20206000292461

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20206000292461

Fecha: 06/07/2020 03:44:13 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 Secretaria de Bienestar Social de la Alcaldía de Pasto. RAD. 20202060282472 del 2 de julio de 2020.

En la comunicación informa que recibió el concepto con radicado No. [20206000277811](#) del 26 de junio de 2020, como respuesta a su inquietud relacionada con la posible inhabilidad tanto para el Sub Secretario de la Secretaria de Bienestar Social de la Alcaldía de Pasto, posesionado el 18 de enero, como para su señora madre quien fue llamada para cubrir la vacancia definitiva de un concejal de Pasto. En el citado concepto, se concluyó 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 la solicitud de la referencia, indica que quiere estar seguro para no renunciar por que la posesión de su señora madre como concejal de Pasto se estaría adelantando en la semana del 6 al 10 de julio aproximadamente.

Sobre la inquietud planteada, me permito manifestarle lo siguiente:

De acuerdo con lo establecido en el Decreto [430](#) de 2016, "Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública", a este Departamento Administrativo le compete formular, implementar, hacer seguimiento y evaluar las políticas de desarrollo administrativo de la función pública, el empleo público, la gestión del talento humano, la gerencia pública, el desempeño de las funciones públicas por los particulares, la organización administrativa del Estado, la planeación y la gestión, el control interno, la participación ciudadana,

la transparencia en la gestión pública y el servicio al ciudadano, propiciando la materialización de los principios orientadores de la función administrativa.

Por consiguiente, no se encuentra facultado para declarar derechos individuales ni dirimir controversias cuya decisión está atribuida a los jueces como es el caso de la configuración de inhabilidades e incompatibilidades, ni tampoco es un órgano de control o vigilancia. Para tales efectos debe acudirse al juez o autoridad competente, previo agotamiento del procedimiento legalmente establecido.

En este sentido y a manera de orientación general, esta Dirección ofrece a los consultantes fundamentos jurídicos basados en la legislación y la jurisprudencia aplicable, con el objeto de aquellos cuenten con herramientas suficientes para que adopten las decisiones respectivas.

Hecha esta aclaración, es pertinente señalar que esta Dirección Jurídica ratifica los argumentos y las conclusiones expuestos en el concepto No. [20206000277811](#).

Adicionalmente, y con la finalidad de otorgarle otros elementos jurídicos, el concepto No. [1347](#) emitido por 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, citado en el concepto como parte del sustento sobre la conclusión de que la inhabilidad no se presenta si la conducta del nominador no se realiza hacia futuro, fue ratificado por la misma corporación con ponencia del Consejero Luis Fernando Álvarez Jaramillo, en concepto No. 1879 emitido el 28 de febrero de 2008, en el que indicó lo siguiente:

"2. Inhabilidad sobreviniente

Una causal de inhabilidad se torna en sobreviniente cuando durante el desempeño de un cargo se presentan situaciones previstas en la ley como supuestos de hecho de una inhabilidad, de manera que por ser de ocurrencia posterior a la elección o nombramiento no genera la nulidad del acto de elección o designación, pero tiene consecuencias jurídicas respecto del ejercicio del cargo que se está desempeñando.

Es el caso de las inhabilidades que surgen como consecuencia de condenas impuestas a través de sentencias judiciales, o bien de decisiones adoptadas en procesos disciplinarios, en virtud de las cuales se deduce la responsabilidad por un hecho ilícito o por la comisión de una falta disciplinaria.

Al respecto cabe recordar que el Código Penal, teniendo en cuenta la importancia o entidad de las penas, las clasifica en principales (prisión, arresto y multa, art. 35), según que se impongan de manera autónoma como consecuencia de una infracción penal; y accesorias (la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, restricción domiciliaria, pérdida de empleo público u oficial, prohibición del ejercicio de un arte, profesión u oficio, etc., art. 43), cuando suponen una pena principal a la cual se unen o acceden.

También la ley 734 de 2002, *Código Disciplinario Único*, con el mismo criterio, establece para los infractores de las normas disciplinarias sanciones principales como la destitución e inhabilidad general *-para las faltas gravísimas, dolosas o realizadas con culpa gravísima (art. 44)-* sanción ésta que a su vez implica, entre otras consecuencias *"...la imposibilidad de ejercer la función pública en cualquier cargo o función, por el término señalado en el fallo, y la exclusión del escalafón o carrera"* (art. 45-d).

La inhabilidad sobreviviente para el ejercicio de funciones públicas se puede predicar de cualquier cargo o función, tiene un término señalado en el respectivo fallo y puede llevar a que el sancionado sea excluido de la carrera.

EL ARTÍCULO 37 del Código Disciplinario Único, se refiere a las inhabilidades sobrevinientes en los siguientes términos:

<<ARTÍCULO 37. INHABILIDADES SOBREVINIENTES. Las inhabilidades sobrevinientes se presentan cuando al quedar en firme la sanción de destitución e inhabilidad general o la de suspensión e inhabilidad especial o cuando se presente el hecho que las generan el sujeto disciplinable sancionado se encuentra ejerciendo cargo o función pública diferente de aquel o aquella en cuyo ejercicio cometió la falta objeto de la sanción. En tal caso, se le comunicará al actual nominador para que proceda en forma inmediata a hacer efectivas sus consecuencias>>.

De igual forma la ley 190 de 1995 *"Por la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la administración pública y se fijan disposiciones con el fin de erradicar la corrupción administrativa"*, establece en su artículo 6o.

<<ARTÍCULO 6o. En caso de que sobrevenga al acto de nombramiento o posesión alguna inhabilidad o incompatibilidad, el servidor público deberá advertirlo inmediatamente a la entidad a la cual preste el servicio.

Por tratarse de inhabilidades sobrevivientes, en caso de presentarse una situación de esta naturaleza, la norma prevé un mecanismo de solución diferente a la declaratoria de nulidad, al señalar en su inciso segundo que *“Si dentro de los tres (3) meses siguientes el servidor público no ha puesto fin a la situación que dio origen a la inhabilidad o incompatibilidad, procederá su retiro inmediato, sin perjuicio de las sanciones a que por tal hecho haya lugar”*.

Es de advertir que el citado inciso segundo fue declarado condicionalmente exequible por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-038 de 1996 *“pero únicamente bajo el entendido de que la inhabilidad o incompatibilidad sobrevivientes no se hayan generado por dolo o culpa imputables al nombrado o al funcionario público a los que se refiere dicho precepto”*.

3. Prohibición a los servidores públicos de nombrar familiares e impedimento para que éstos sean designados en el mismo nivel territorial

Como antes se dijo, fue propósito esencial del Constituyente de 1991 establecer un régimen riguroso de inhabilidades, incompatibilidades y limitaciones para el ejercicio de los cargos públicos, con el objeto de garantizar que el ejercicio de funciones públicas condujera a la toma de decisiones objetivas acordes con la finalidad esencial del Estado, que es el bienestar comunitario.

Por ello, con el fin de evitar que el ingreso al servicio público pueda originarse en consideraciones distintas a los méritos y calidades personales y profesionales de los aspirantes, algunos preceptos Constitucionales y legales prohíben a los servidores públicos designar bien sea de manera general o para el ámbito territorial de su jurisdicción a personas con las cuales se tienen cierto tipo de vínculos familiares.

En tal sentido el artículo 126 de la Constitución consagra la siguiente prohibición general a los servidores públicos:

<<ARTICULO 126. 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.

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>>. (Negrillas de la Sala).

Igualmente, el artículo 292 Superior, en su inciso segundo establece:

<<ARTÍCULO 2. (...)

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>>. (Negrillas de la Sala).

Las dos normas constitucionales no se excluyen, sino que por el contrario comparten una misma finalidad, haciéndose compatibles en su aplicación. En efecto, el artículo 126 prohíbe a todo servidor público 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, por ello la norma constitucional dice *“los servidores públicos no podrán nombrar...”*.

En cambio, en el enunciado del artículo 292 consagra la prohibición para ciertos ciudadanos de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos de la respectiva entidad territorial, cuando en la misma ejercen su actividad como diputados o concejales personas con quienes tienen un vínculo matrimonial o de unión permanente de hecho o parentesco en el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil.

Ahora, si bien es cierto que el propio texto Constitucional consagra la prohibición en relación con el acceso al servicio público por vínculos familiares, también lo es que corresponde al legislador desarrollarla en ejercicio de las facultades otorgadas por el mismo ordenamiento superior en los artículos 123 al disponer que *“Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento”*, y 150.23, según el cual: *“Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones... 23. Expedir las leyes que regirán el servicio de las funciones públicas...”*.

En virtud de esa facultad de configuración legal, se expidió la ley 1148 de 2007 *“Por medio de la cual se modifican las leyes 136 de 1994 y 617 de 2000”*, en la que el legislador reiteró la prohibición contenida en los artículos 126 y 292 de la Carta Política.

Dice el artículo 1o. de la ley 1148 de 2007 por medio del cual se modificó el artículo 49 de la ley 617 de 2000:

<<ARTÍCULO 1. El artículo 49 de la ley 617 de 2000 que dará así:

ARTÍCULO 49. Prohibiciones relativas a cónyuges, compañeros permanentes y parientes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales; concejales municipales y distritales.

(...)

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.

(...)

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

(...)>>.

Para el caso previsto en la disposición en cita, ni siquiera importa saber quién es el nominador, puesto que la norma legal utiliza gramaticalmente la forma verbal pasiva “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 para que no pueda acceder a un cargo público en el ámbito de jurisdicción del respectivo ente.

Excepcionalmente, el párrafo 1o. del artículo 49 de la ley 617 de 2000 recoge la disposición contenida en el inciso 2o. del artículo 126 Superior, mediante la cual se excluye de la prohibición general de los servidores estatales, la posibilidad 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.

Dicha excepción, además de reiterar legalmente el contenido de una norma constitucional en el campo de la función pública territorial, otorga total vigencia a los principios constitucionales de descentralización política y administrativa y de autonomía de las entidades territoriales, y refleja la voluntad del Constituyente de 1991 en el sentido de establecer la carrera administrativa como un sistema que garantice a todos los ciudadanos el derecho a acceder al desempeño de funciones y cargos públicos en igualdad de condiciones, sin que medien razones políticas o privilegios fundados en las relaciones familiares entre los aspirantes y el nominador.

4. El caso concreto

La consulta que en este concepto se atiende, pretende establecer si sobreviene inhabilidad para un servidor público departamental, por el hecho de que un pariente suyo haya tomado posesión en un cargo de elección popular que tiene asignada la facultad nominadora de la entidad donde el servidor en cuestión se encuentra vinculado.

En el caso descrito para que la persona elegida esté sujeta a la prohibición constitucional de que habla el artículo 126 de la Carta, esto es, de *nombrar o designar como funcionarios del respectivo departamento* a sus cónyuges o compañeros permanentes y a sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, es requisito *sine qua non* que tome posesión del respectivo cargo, formalidad con la que se asume plenamente la función pública y, para el caso, la facultad nominadora; la cual, dicho sea de paso, sólo es posible ejercerla hacia el futuro.

Igualmente, para que se presente la prohibición prevista en los artículos 292 inciso segundo y 49 de la ley 617 de 2000, esto es, para que los parientes de la persona elegida no puedan ser designados para los cargos allí referenciados, es presupuesto indispensable que aquella haya tomado posesión del cargo, independientemente de que el mismo comporte o no el ejercicio de la función nominadora.

Las dos modalidades de prohibición analizadas tienen un elemento en común para que puedan configurarse, esto es, que el pariente elegido haya previamente tomado posesión del respectivo cargo.

Sin embargo, en el caso que se analiza el servidor público departamental que nos ocupa se encontraba vinculado a la entidad antes de que su pariente resultara elegido, es decir, su designación provino de un acto administrativo expedido por quien era competente y no se hallaba impedido para hacerlo; acto éste que además se encuentra amparado por la presunción de legalidad.

No sobra advertir que, una vez posesionado el pariente nominador, éste no podrá ascender, evaluar o promocionar al familiar vinculado a la entidad, salvo que el mismo se encuentre desempeñando un cargo de carrera administrativa, situación que lo haría incurso en la excepción prevista en inciso segundo del artículo 126 Superior y párrafo 1o. del artículo 49 de la ley 617 de 2000.

En este orden, la Sala considera que en el asunto materia de estudio no se configura inhabilidad sobreviniente alguna, por no estar prevista la situación planteada en norma constitucional o legal que así lo establezca, razón por la cual se mantiene en todas sus partes la posición doctrinaria contenida en el Concepto 1347 de 2001.

LA SALA RESPONDE:

<< ¿Sobreviene inhabilidad para una persona vinculada como servidor público a la administración departamental con motivo de la posesión de su pariente, en los grados señalados en la constitución y la ley, en un cargo de elección popular que tiene asignada la facultad nominadora en la entidad donde se encuentra vinculada?>>.

Al servidor público vinculado a la administración departamental con anterioridad a la posesión de un familiar –en los grados previstos en la Constitución y en la ley- en un cargo de elección popular que comporta la facultad nominadora de la entidad donde se encuentra laborando, no le sobreviene inhabilidad alguna por el hecho de que su vinculación es anterior a la elección y posterior posesión del referido pariente.” (Subrayado nuestro).

De acuerdo con el concepto citado, 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 ratifica las conclusiones expresadas en el concepto No. [20206000277811](#) del 26 de junio de 2020.

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

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 14:00:59