



Función Pública

Concepto 302241 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000302241

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000302241

Fecha: 17/08/2021 04:41:33 p.m.

Bogotá

Ref: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. ¿Existe impedimento para que la esposa de un concejal electo sea nombrada como jefe de control interno de una entidad descentralizada del municipio? Radicado 20212060578522 del 12 de agosto de 2021.

En atención a su comunicación de la referencia, en la cual consulta si existe impedimento para que la esposa de un concejal electo sea nombrada como jefe de control interno de una entidad descentralizada del municipio, me permito informarle lo siguiente:

Sea lo primero señalar frente a las prohibiciones relativas los parientes de los concejales, que la Constitución Política estableció:

"ARTÍCULO 292. Los diputados y concejales y sus parientes dentro del grado que señale la ley no podrán formar parte de las juntas directivas de las entidades descentralizadas del respectivo departamento, distrito o municipio.

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". (Subrayado fuera de texto).

Conforme al mandato constitucional los concejales y sus parientes dentro del grado que señale la ley no podrán formar parte de las juntas directivas de las entidades descentralizadas del respectivo departamento, distrito o municipio.

Igualmente existe un mandato constitucional por el que no podrán ser designados funcionarios (esto es, mediante una relación legal o reglamentaria) de la correspondiente entidad territorial los cónyuges o compañeros permanentes de los diputados y concejales, ni sus parientes en el segundo grado de consanguinidad (como son padres, hijos, abuelos, nietos, hermanos), primero de afinidad (suegro, yernos y nueras) y único civil.

Frente a la lectura de los Artículos 126 y 292 de la Carta Política, la Corte Constitucional mediante sentencia C- 311 de 2014 y ponencia del Magistrado Álvaro Tafur Galvis estableció:

"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." (Negrilla y subrayado por fuera del texto original).

En este orden de ideas, debe entenderse que el Artículo 292 prohíbe a los cónyuges o compañeros permanentes de los diputados y concejales y sus parientes en el segundo grado de consanguinidad (padres, hijos, hermanos, abuelos y nietos) primero de afinidad o único civil ser designados funcionarios de la correspondiente entidad territorial, sin que sea necesario que el concejal sea el nominador.

Por otra parte, el Artículo 49 de la Ley 617 del 6 de octubre de 2000¹, señala:

"ARTICULO 49. PROHIBICIONES RELATIVAS A CÓNYUGES, COMPAÑEROS PERMANENTES Y PARIENTES DE LOS GOBERNADORES, DIPUTADOS, ALCALDES MUNICIPALES Y DISTRITALES; CONCEJALES MUNICIPALES Y DISTRITALES<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 2. 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 1. Se exceptúan de lo previsto en este Artículo los nombramientos que se hagan en aplicación de las normas vigentes sobre carrera administrativa.

PARÁGRAFO 2. 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 3. *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.* (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).

Tal como lo establecen el Artículo 292 de la Constitución Política y 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 y compañeros permanentes y parientes dentro del segundo grado de consanguinidad -padres, hijos, nietos, abuelos y hermanos-, primero de afinidad o único civil de los concejales municipales no podrán ser designados funcionarios de la correspondiente municipio o de sus entidades descentralizadas.

Se exceptúan de lo previsto en los anteriores Artículos los nombramientos que se hagan en aplicación de las normas vigentes sobre carrera administrativa.

Ahora bien, en el evento de que los parientes de los servidores públicos de elección popular, se encuentren vinculados en la entidades territoriales con anterioridad a la elección de su familiar, el Consejo de Estado 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, preceptuó:

“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 sucedido 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)

Por consiguiente, de conformidad con lo señalado en el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, un empleado público del nivel municipal, al estar vinculado con anterioridad a que su pariente se poseione como concejal del mismo municipio, no estaría inhabilitado para continuar desempeñando el cargo, en razón a que, como lo expresa la Honorable Corporación, no existe ley que consagre esta situación como inhabilidad sobreviniente.

Situación diferente se presente si una vez posesionado el servidor público como concejal municipal, se presenta una nueva designación para el pariente del servidor, caso en el cual será de aplicación la inhabilidad prevista en el Artículo 292 de la Constitución Política y el Artículo 49 de la Ley 617 de 2000, por la cual los cónyuges y compañeros permanentes y parientes dentro del segundo grado de consanguinidad -padres, hijos, nietos, abuelos y hermanos-, primero de afinidad o único civil de los concejales municipales no podrán ser designados funcionarios de la correspondiente municipio o de sus entidades descentralizadas.

En este orden de ideas y respondiendo puntualmente su interrogante, no resulta viable que la esposa de un concejal, posteriormente a la elección de su cónyuge sea nombrada como jefe de control interno de una entidad descentralizada del mismo municipio.

Por último, me permito indicarle que, para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web www.funcionpublica.gov.co/eva en el link Gestor Normativo donde podrá consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica.

El anterior concepto se imparte en los términos del Artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Maia Borja/JFCA
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: 2024-12-12 08:18:26