



Concepto 87261 de 2019 Departamento Administrativo de la Función Pública

20196000087261

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20196000087261

Fecha: 18-03-2019 07:07 pm

Bogotá D.C.

Referencia: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Personero. Inhabilidad del pariente en cuarto grado de consanguinidad del personero para postularse como concejal. Radicado: 20192060051962 del 12 de febrero de 2019

En atención a la comunicación de la referencia, referente a establecer si existe algún tipo de inhabilidad o incompatibilidad para el personero en el caso que su pariente en cuarto grado de consanguinidad sea designado como concejal, me permito indicarle lo siguiente:

Ley 136 de 1994, con relación a las inhabilidades para ser elegido personero, señala:

«ARTÍCULO 174. INHABILIDADES. No podrá ser elegido personero quien:

(...)

f) Sea pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil o tenga vínculos por matrimonio o unión permanente con los concejales que intervienen en su elección, con el alcalde o con el procurador departamental; (...). (Subrayado fuera de texto)

De conformidad con lo anterior, no podrá ser elegido personero quien sea pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil de los concejales que intervienen en su elección.

Por su parte, el artículo 48 de la citada Ley 136 de 1994, dispone:

«ARTÍCULO 48. PROHIBICIONES RELATIVAS A CÓNYUGES, COMPAÑEROS PERMANENTES Y PARIENTES DE LOS CONCEJALES. Los concejos no podrán nombrar, elegir o designar como servidores públicos a personas con las cuales los concejales 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.

Los cónyuges o compañeros permanentes de los concejales y sus parientes dentro del segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o primero civil, no podrán ser designados funcionarios del respectivo municipio.

Los cónyuges o compañeros permanentes de los concejales y sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, no podrán ser miembros de juntas o consejos directivos de entidades de los sectores central o descentralizado del correspondiente municipio.

PARÁGRAFO 1. Es nulo todo nombramiento o designación que se haga en contravención a lo dispuesto en el presente artículo.

PARÁGRAFO 2. Se exceptúan de lo previsto en este artículo, los nombramientos que se hagan en aplicación de las normas vigentes sobre carrera administrativa». (Subrayado fuera de texto)

De acuerdo con la normativa citada, que es de carácter especial, es clara la prohibición para que los concejos nombren, elijan o designen como servidores públicos a personas con las cuales los concejales 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

Así mismo, de acuerdo con lo señalado en el artículo 174 de la Ley 136 de 1994, la inhabilidad para ser designado personero municipal se encamina a prohibir que quien se encuentre dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, tenga vínculos por matrimonio o unión permanente con los concejales que intervienen en su elección, con el alcalde o con el procurador departamental.

En ese sentido y como quiera que en el caso de su consulta la elección del concejal es posterior a la elección del personero municipal, se colige que no participó en la elección del personero municipal, por ende, en criterio de esta Dirección Jurídica, no se evidencia inhabilidad alguna.

Ahora bien, frente a los alcances de la prohibición respecto de los parientes de los servidores públicos de elección popular en las entidades territoriales, el Consejo de Estado en concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil, de abril 26 de 2001, Consejero Ponente: 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)

De acuerdo con lo expuesto, atendiendo los criterios señalados por el Consejo de Estado, si el empleado se encuentra vinculado a la Administración Municipal o sus entidades descentralizadas con anterioridad a que su familiar se poseione como Concejal en el mismo municipio, no estará inhabilitado para continuar desempeñando el empleo, en razón a que como lo expresa la 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 funcionario 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.

No obstante lo anterior, tal como lo indica el concepto del Consejo de Estado citado en el concepto: *«No sobra advertir que una vez posesionado el pariente nominador, éste no podrá ascender, evaluar o promocionar al familiar vinculado a la entidad»*, en ese sentido es necesario precisar que en el evento de presentarse situaciones en las que se tenga que tomar determinaciones acerca del empleo del personero del municipio, el concejal deberá declararse impedido para tomar parte en dichos asuntos.

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 emite en los términos establecidos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

JOSE FERNANDO CEBALLOS ARROYAVE

Asesor con funciones de la Dirección Jurídica

Angélica Guzmán Cañón/JFCA/GCJ

12602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 13:48:57