



Función Pública

Concepto 125341 de 2019 Departamento Administrativo de la Función Pública

20196000125341

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20196000125341

Fecha: 22/04/2019 05:07:46 p.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Concejal. Pariente empleado público. RAD. 20192060091112 del 11 de marzo de 2019. RAD. 20199000105872 del 21 de marzo de 2019. OFICIO P.M-P 074-2019.

En atención a las comunicaciones de la referencia, la última remitida por la Personería Municipal de Pandi, a través de las cuales consulta si una persona se encuentra inhabilitada para aspirar al Concejo Municipal de Pandi, debido a que un sobrino ejerce como empleado público en el respectivo municipio, y si sobreviene alguna prohibición para el servidor en el evento en que resulte electo su pariente como concejal, me permito informar lo siguiente:

Ley 136 de 1994¹ dispone:

"ARTÍCULO 43. INHABILIDADES. (Artículo modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000). 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." (Subrayado fuera de texto).

Conforme al artículo en cita, no podrá ser inscrito como candidato ni elegido concejal municipal o distrital quien tenga vínculo por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en segundo grado de consanguinidad (padres, hijos, hermanos, abuelos y nietos), 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.

Cabe recordar que de conformidad con el artículo 35 y siguientes del Código Civil Colombiano el grado de parentesco entre un tío y su sobrino es en tercer grado de consanguinidad.

Así las cosas, una persona no se encuentra inhabilitada para inscribirse como concejal si su sobrino (tercer grado de consanguinidad) ejerce como empleado público, toda vez que la inhabilitación dispuesta en el numeral 4 del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000, se circunscribe al segundo grado de consanguinidad.

Ahora bien, respecto a las prohibiciones para designar a los parientes de los concejales y alcaldes, la Constitución Política dispone:

“ARTICULO 126. <Artículo modificado por el artículo 2 del Acto Legislativo 2 de 2015. El nuevo texto es el siguiente:> Los servidores públicos no podrán en ejercicio de sus funciones, nombrar, postular, ni contratar con 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 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.

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 en cargos de carrera”.

La Corte Constitucional en Sentencia C - 380 de 1997, Magistrado Ponente Doctor Hernando Herrera Vergara, respecto a las prohibiciones contenidas en el artículo 126 de la Constitución, preceptúa:

“En efecto, en el artículo 126 de la Constitución Política las prohibiciones previstas se radican en cabeza de todos los servidores públicos estatales, incluidos los diputados y concejales, y consisten en la imposibilidad de ejercer la facultad nominadora respecto de las personas en los grados allí mencionados. A su turno, el artículo 292 constitucional, en su inciso 2o., que según el actor se desconoce en la norma acusada, localiza la prohibición de ciertos ciudadanos para acceder al desempeño de funciones y cargos públicos de la respectiva entidad territorial en la cual ejercen su actividad los diputados o concejales, con quienes tengan un vínculo matrimonial o de unión permanente de hecho o un parentesco en el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil.”

“En ese orden de ideas, la excepción que trae el inciso 2o. del mismo artículo 126 superior, mediante la cual se excluye de la prohibición general de los servidores estatales la 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 y que recoge el parágrafo 2o. demandado, resulta plenamente aplicable en el ámbito territorial ; esto significa que si tiene cabida en el orden municipal el mandato general que prohíbe a los servidores públicos estatales los nombramientos de personas cercanas por vínculos de matrimonio o de unión permanente o de parentesco en los grados que establece la Carta, necesariamente también la tendrá la totalidad de la regulación consagrada en ese sentido, es decir la relacionada con sus disposiciones exceptivas, igualmente aplicables en dicho ámbito territorial.”

De conformidad con la norma constitucional citada se deduce que la prohibición para el funcionario que ejerza la función nominadora, consiste en que no puede nombrar o contratar en la entidad que dirige, a personas con las cuales tenga relación de parentesco en los grados señalados en la citada norma constitucional, es decir hasta el cuarto grado de consanguinidad, como son padres, hijos, nietos, abuelos, hermanos, tíos, primos y sobrinos; segundo de afinidad-suegros, nueras, yernos y cuñados, o primero civil - hijos adoptivos y padres adoptantes; o relaciones de matrimonio o unión permanente.

Tampoco podrá nombrar a personas vinculadas por los mismos lazos con el servidor público competente para intervenir en la vinculación del nominador. Esta prohibición tiene como única excepción los nombramientos que se hagan en aplicación de las normas vigentes sobre ingreso o ascenso por méritos en cargos de carrera.

De otra parte, la Constitución Política señala frente a la designación parientes de los concejales, lo siguiente:

“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 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 (padres, hijos, hermanos, abuelos nietos), primero de afinidad o único civil.

Por otra parte, el artículo 49 de la Ley 617 del 6 de octubre de 2002² establece:

"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 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."

<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". > (Subrayado fuera de texto).

Frente a la lectura de los artículos 126 y 292 de la Carta Política y 49 de la Ley 617 de 2000, 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 quien 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.”³ (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 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 y alcaldes no podrán ser designados funcionarios del respectivo distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas.

Ahora bien, en el evento de que los parientes de los servidores públicos de elección popular, se encuentren vinculados en las 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 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)

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.

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 LOPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Daniela Castellanos

Revisó: Jose Fernando Ceballos

Aprobó: Armando Lopez Cortes

12602.8.4

NOTAS DE PIE DE PAGINA

1. Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios.
2. 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.
3. Sentencia C-1105/01 M.P. Eduardo Montealegre Lynnett.

Fecha y hora de creación: 2024-09-30 13:21:28