



Concepto 270711 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública

20206000270711

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20206000270711

Fecha: 23/06/2020 04:02:21 p.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA: REFERENCIA: SITUACIONES ADMINISTRATIVAS Encargo Procedencia de encargo de provisional en empleo de libre nombramiento y remoción. INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. prohibición nombramiento parientes concejal. RAD. 20209000256482 del 18 de junio de 2020.

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual consulta si “*es posible nombrar bajo encargo a funcionaria pública de provisionalidad de Personería Municipal a un cargo de libre nombramiento y remoción, teniendo en cuenta que es familiar de primer grado de concejal actualmente activo, siendo importante resaltar que la funcionaria se encuentra nombrada bajo provisionalidad dos años antes de que el concejal se posesionara*”, me permito manifestar lo siguiente:

Inicialmente es importante destacar que este Departamento en ejercicio de sus funciones contenidas en el Decreto 430 de 2016¹, realiza la interpretación general de las disposiciones legales relacionadas con el empleo público y la administración de personal; sin embargo, no le corresponde la valoración de los casos particulares, y carece de competencia para ordenar reconocimiento de derechos; tampoco funge como entre de control ni es el competente para decidir sobre la legalidad de las actuaciones de las entidades del estado, competencia atribuida a los jueces de la república.

Ahora bien, en caso que un empleo de libre nombramiento y remoción presente vacancia temporal o definitiva, la Ley 909 de 2004² modificada por la Ley 1960 de 2019, dispuso:

“ARTÍCULO 24. ENCARGO. <Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 1960 de 2019. El nuevo texto es el siguiente:> (...)

Los cargos de libre nombramiento y remoción, en caso de vacancia temporal o definitiva, podrán ser provistos a través del encargo de empleados de carrera o de libre nombramiento y remoción, que cumplan los requisitos y el perfil para su desempeño.

En caso de vacancia definitiva el encargo será hasta por el término de tres (3) meses, prorrogable por tres (3) meses más, vencidos los cuales el empleo deberá ser provisto en forma definitiva

(...) (Destacado nuestro)

Por su parte, el Decreto 1083 de 2015³, frente al mismo tema, dispone:

"ARTÍCULO 2.2.5.5.41 Encargo. Los empleados podrán ser encargados para asumir parcial o totalmente las funciones de empleos diferentes de aquellos para los cuales han sido nombrados, por ausencia temporal o definitiva del titular, desvinculándose o no de las propias de su cargo.

(...)" (Destacado nuestro)

"ARTÍCULO 2.2.5.5.43 Encargo en empleos de libre nombramiento y remoción. Los empleos de libre nombramiento y remoción en caso de vacancia temporal o definitiva podrán ser provistos a través del encargo de empleados de carrera o de libre nombramiento y remoción, que cumplan los requisitos y el perfil para su desempeño.

En caso de vacancia temporal, el encargo se efectuará durante el término de ésta.

(...)"

De las anteriores disposiciones legales puede concluirse que la figura del encargo tiene un doble carácter: por un lado, es una situación administrativa en la que se puede encontrar un empleado en servicio activo, para que atienda total o parcialmente las funciones de otro cargo; y por otro, es una modalidad transitoria de provisión de empleos vacantes transitoria o definitivamente.

De acuerdo con la norma transcrita, resultará procedente entonces que, ante la vacancia temporal o definitiva en los empleos de libre nombramiento y remoción, los mismos podrán proveerse mediante encargo con empleados de carrera o que desempeñen empleos de libre nombramiento y remoción a juicio del nominador, siempre que cumplan con el perfil y los requisitos para su desempeño. Lo anterior significa entonces que, es facultativo del nominador, encargar a un empleado de carrera o de libre nombramiento, en cargos de libre nombramiento que presenten vacancia temporal o definitiva.

Así mismo se resalta que, en ningún caso será procedente nombrar mediante encargo en un empleo de libre nombramiento y remoción a un empleado vinculado mediante nombramiento provisional.

Ahora bien, sobre la prohibición de designar como funcionarios a los parientes de los concejales, la Constitución Política en su artículo 292 señala:

"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).

De conformidad con lo anterior, los cónyuges o compañeros permanentes y parientes en el segundo grado de consanguinidad (como son padres, hijos, abuelos, nietos, hermanos), primero de afinidad (suegro, yernos y nuera) y único civil de los Diputados (padres adoptantes e hijos adoptivos), no pueden ser designados como funcionarios de la correspondiente entidad territorial o de sus entidades descentralizadas.

A su vez, el artículo 49 de la Ley 617 del 6 de octubre de 2000⁴ sobre el mismo tema, dispone:

"ARTICULO 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.

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 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." (Destacado nuestro)

Tal como lo establecen el artículo 292 de la Constitución Política y el artículo 49 de la Ley 617 del 6 de octubre de 2000, los parientes dentro del segundo grado de consanguinidad (padres, hijos, hermanos, abuelos, nietos), primero de afinidad o único civil no podrán ser designados funcionarios del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas. Tampoco, podrán ser contratistas del respectivo departamento, distrito o municipio o de sus entidades descentralizadas, ni directa ni indirectamente, los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad (padres, hijos, hermanos, abuelos, nietos, bisabuelos, bisnietos, tíos, primos, sobrinos) de los Diputados.

Ahora bien, como quiera que, para el caso de su consulta la pariente del concejal fue vinculada antes de la elección y posesión del mismo, es preciso señalar que 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, 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 predictable 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 6º 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.

(...)

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)

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 predictable 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.

Para el caso objeto de consulta y de conformidad con lo señalado en el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en criterio de esta Dirección si la empleada se encontraba vinculada a la entidad con anterioridad a que su familiar se pose diese como concejal, no estará inhabilitada para continuar desempeñando el empleo, en razón a que como lo expresa la Honorable Corporación, no existe ley que consagre esta situación como inhabilidad sobreviniente.

No obstante, los cónyuges o compañeros permanentes de los concejales, sus parientes en el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, no podrán ser sujetos de nuevos nombramientos dentro de la administración pública municipal, puesto que incurrirían en la prohibición contenida en el artículo 49 de la Ley 617 de 2000, con excepción de los nombramientos que se hagan en aplicación de las normas vigentes sobre carrera administrativa.

En consecuencia y para responder el tema objeto de consulta deberá tenerse en cuenta que: 1) los empleados provisionales no pueden desempeñar un empleo de libre nombramiento y remoción mediante la figura de encargo, y 2) si bien no existe inhabilidad sobreviniente para una pariente en primer grado de consanguinidad de un concejal en ejercicio, nombrada con anterioridad a que éste se posesionara en dicho cargo, continúe ejerciendo su empleo, en virtud del artículo 49 de la Ley 617 de 2000 la misma no podrá ser objeto de un nuevo nombramiento, inclusive mediante la figura de encargo.

Situación diferente sería si se tratara de una empleada de carrera administrativa que pretende acceder a un encargo, puesto que de acuerdo al párrafo 1º del artículo 49 de la ley 617 de 2000 se exceptúan de la prohibición del mencionado artículo, los nombramientos que se hagan en aplicación de las normas vigentes sobre carrera administrativa, y en dicho sentido, el empleado con derechos de carrera que cumpla con el perfil y los requisitos para el ejercicio del empleo, tiene derecho preferencial para ser encargado en un empleo de carrera, así como también, podrá ser encargado de un empleo de libre nombramiento y remoción observando el procedimiento descrito en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004, aun en el caso que se trate de parientes de concejales.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público; así como las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos, me permito indicar que en el link <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo> podrá encontrar conceptos relacionados con el tema, que han sido 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 CORTES

Director Jurídico

Proyectó: A. Ramos

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública
2. "Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones."
3. Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública.
4. "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"
5. 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.'

Fecha y hora de creación: 2025-12-20 04:52:43