



Concepto 431401 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000431401

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000431401

Fecha: 02/12/2021 08:45:03 p.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Concejal. Prohibición para nombrar pariente en cuarto grado de consanguinidad con concejal. RAD. 20219000689872 del 3 de noviembre de 2021.

En la comunicación de la referencia, informa que existe una entidad territorial de tipo municipal de cuarta categoría (a la fecha 03/11/2021), la cual a partir del día 01 de enero del año 2022 pasará a categoría tercera. En la actualidad, un concejal de ese municipio tiene una hermana laborando en la E.S.E. Hospital del mismo ente territorial, la cual fue nombrada en provisionalidad, como empleada, el 28 de diciembre del 2019. El citado concejal fue electo el 28 de octubre del 2019 y posesionado el 01 enero de 2020. Con base en la información precedente, consulta:

1. ¿Con la categoría actual de municipio (cuarta), existe alguna inhabilidad, incompatibilidad y/o prohibición para que la hermana de un concejal continúe laborando en la E.S.E. Hospital de dicha municipalidad?
2. Con la recategorización del municipio, pasando este a ser categoría tercera, existe alguna inhabilidad, incompatibilidad y/o prohibición para que la hermana de un concejal continúe laborando en la E.S.E. Hospital (entidad descentralizada) de dicha municipalidad?
3. En caso de que actualmente, o con la recategorización del municipio, se configure alguna inhabilidad, incompatibilidad y/o prohibición para que la hermana de un concejal continúe laborando en la E.S.E. Hospital, ¿cómo debe procederse? ¿se torna necesario que el Honorable concejal o su señora hermana renuncien a los cargos que actualmente desempeñan?

Sobre las inquietudes expuestas, me permito manifestarle lo siguiente:

En cuanto a la inhabilidad por ser pariente de un concejal activo, el artículo 49 de la Ley 617 del 2000, que incluye la modificación realizada por la Ley 1296 de 2009, señala:

"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.

<Aparte tachado INEXEQUIBLE, Inciso CONDICIONALMENTE exequible, 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 1o. Se exceptúan de lo previsto en este artículo los nombramientos que se hagan en aplicación de las normas vigentes sobre carrera administrativa.

PARÁGRAFO 2o. 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 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."

Del texto legal expuesto se evidencian diferentes situaciones, a saber:

1. Si el municipio al que pertenece el concejal objeto de la consulta es de primera, segunda o tercera categoría, las prohibiciones serán las siguientes:

a. Inciso primero: Los cónyuges o compañeros permanentes, y parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil de los concejales municipales y distritales, entre otros, 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.

b. Inciso segundo: Los cónyuges o compañeros permanentes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales y concejales municipales y distritales, y sus parientes dentro del segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, no podrán ser designados funcionarios del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas, vale decir, en empleos diferentes a los expuestos en el primer inciso.

c. Inciso tercero: Los cónyuges o compañeros permanentes de los concejales municipales y distritales, entre otros 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.

2. Para los municipios de cuarta, quinta o sexta categoría, las prohibiciones descritas en los primeros 3 incisos del artículo 49 se aplicarán únicamente para los cónyuges o compañeros permanentes y parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, en cualquier de las situaciones expuestas.

De acuerdo con la información suministrada en su consulta, el municipio pasó de cuarta a tercera categoría, lo que significa que las inhabilidades descritas tienen variaciones.

Debe analizarse si el cambio de categoría del municipio genera una inhabilidad sobreviniente para quien había sido designado en un cargo público antes del citado cambio. Para ello es pertinente atender los razonamientos jurídicos contenidos en el Concepto No. 1347 del 26 de abril de 2001, emitido por el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil con ponencia del Consejero Flavio Augusto Rodríguez Arce, en el que manifestó lo siguiente:

"2. Sobreviene inhabilidad para un servidor departamental con motivo de la elección popular de un pariente suyo en los grados previstos en la Constitución?

A términos del artículo 126 de la Carta los servidores públicos, entre ellos los de elección popular, "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", prohibición reiterada en el artículo 292 ibídem específicamente en relación con los diputados. (Se destaca)

Las finalidades de la prohibición general son evitar que los servidores investidos del poder de nominación lo utilicen para favorecer los intereses de personas con quienes tienen lazos de parentesco en los grados señalados en la Carta, o vínculo matrimonial o extramatrimonial permanente, conducta que, de no ser prevenida, comprometería de manera grave el derecho a la igualdad de oportunidades para acceder al ejercicio de funciones y cargos públicos, circunstancia que impone límites a este derecho en aras del interés público, todo lo cual se traduce en una restricción perentoria de la facultad nominadora de los servidores investidos de ella.

El alcance del artículo 126 está determinado por la locución "no podrán nombrar", que da contenido a la prohibición: impedir que el nominador vincule a la administración a las personas que estén dentro de los grados de parentesco señalados, lo cual implica una restricción a la utilización de la potestad nominadora, sin perjuicio de la facultad de libre remoción, conforme a la ley.

En relación con los parientes del nominador, se origina una inhabilidad para que estos accedan al servicio público, una vez éste tome posesión del cargo, formalidad con la que se asume plenamente la función pública, lo cual significa que los parientes nombrados con anterioridad no están cobijados por la prohibición, puesto que su designación proviene de un acto que no solo ha sido expedido por quien, en principio, no estaba impedido para vincularlos, sino que goza de presunción de legalidad.

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.

(...)

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.

(...)"

Si bien el pronunciamiento del Consejo de Estado no corresponde exactamente a un cambio de categoría de un municipio, si proporciona elementos comunes que permiten desatar la consulta que nos ocupa:

La inhabilidad está dirigida a los servidores públicos que actúan como nominadores, a quienes la norma les prohíbe nombrar a los parientes de diputados, entre otros, en los grados y circunstancias descritas.

La acción de nombrar, sólo es viable ejercerla por el funcionario elegido hacia el futuro.

El acto de nombramiento no estaba cobijado por la prohibición, pues no se presentaban los presupuestos para la configuración de la inhabilidad y aquél goza además de presunción de legalidad.

No se está en presencia de una inhabilidad sobreviniente, pues ésta no está prevista por el legislador.

En el caso que nos ocupa, tratándose de un municipio de cuarta categoría, las inhabilidades previstas en el artículo 49 citado, se aplican únicamente para los cónyuges o compañeros permanentes y parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, lo que significa que, en estas condiciones, no sería procedente el nombramiento de un pariente de un concejal en segundo grado de consanguinidad como empleada pública, pues la norma extiende la limitación, incluso para municipios de esas categorías, hasta el segundo grado de consanguinidad.

Con el cambio del municipio a tercera categoría, las inhabilidades en este caso sufren algunas modificaciones para los parientes de concejales, pero para la designación de parientes como servidores, sigue siendo hasta el segundo grado de consanguinidad.

Sin embargo, la acción prohibida es nombrar o designar al pariente, acción que rige hacia futuro. Vale decir, que si bien la prohibición de designar a un pariente en segundo grado de consanguinidad (como un hermano), opera tanto para municipios de 1^a, 2^a y 3^a categoría, como para entidades de 4^a, 5^a y 6^a, la acción limitada es nombrar o designar, acciones que, como indica la jurisprudencia, sólo es viable ejercerla hacia el futuro.

Con base en los argumentos expuestos, esta Dirección Jurídica concluye lo siguiente:

1. Con la categoría actual de municipio (cuarta), existe inhabilidad para que la hermana de un concejal sea designada como empleada, ya que la limitación cobija a los parientes en segundo grado de consanguinidad, como el que se presenta entre los hermanos. No obstante, como el nombramiento se produjo antes de la posesión del hermano como concejal, la inhabilidad no se configura pues sólo es predictable para las designaciones que se realicen hacia futuro, desde la posesión del concejal.

2. Con la recategorización del municipio, pasando este a ser categoría tercera, la inhabilidad para parientes del concejal en segundo grado de consanguinidad permanece.

3. Como se indicó, debido a que la inhabilidad procede hacia nombramientos o designaciones hacia futuro, vale decir, las que se realicen desde la posesión del concejal en su cargo, no opera en caso que, como el señalado en la consulta, el nombramiento y posesión en el cargo del pariente, se produzca antes de la posesión del concejal (como el caso consultado). Adicionalmente, la norma no previó una inhabilidad sobreviniente, razón por la cual ni el hermano del concejal, ni éste, deberán renunciar a sus cargos.

No obstante, las autoridades municipales no podrán promover, ascender o designar en algún cargo al hermano del concejal desde la fecha de su posesión, por cuanto en este caso se configuraría la prohibición contenida en el artículo 49 de la Ley 617 de 2000.

En caso 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

Proyectó: Claudia Inés Silva

Revisó: Harold Herreño

Aprobó: Armando López

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2026-01-29 22:30:45