

**Función Pública**

Concepto 44851 de 2016 Departamento Administrativo de la Función Pública

20166000044851

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20166000044851

Fecha: 02/03/2016 05:29:16 p.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES.- ¿Existe inhabilidad para que parientes de un concejal se posesionen como empleados o suscriban un contrato Estatal con una entidad pública del municipio? ¿Existe algún tipo de inhabilidad para que el pariente de quien ha sido elegido concejal, pero no se ha posesionado en el cargo, se vincule como empleado en una entidad del municipio? RAD. 2016-206-001738-2 del 22 de enero de 2016.

En atención a la comunicación de la referencia, me permito dar respuesta en los siguientes términos:

PLANTEAMINETO JURIDICO

¿Existe inhabilidad para que parientes de un concejal se posesionen como empleados o suscriban un contrato Estatal con una entidad pública del municipio?

¿Existe algún tipo de inhabilidad para que el pariente de quien ha sido elegido concejal, pero no se ha posesionado en el cargo, se vincule como empleado en una entidad del municipio?

FUENTES FORMALES

Con el fin de dar respuesta a su consulta, se considera procedente realizar un análisis de los pronunciamientos del Corte Constitucional y del Consejo de Estado; así como de las disposiciones contenidas en el artículo 292 de la Constitución Política, la Ley 617 de 2000.

ANALISIS

Inicialmente, es preciso indicar que de conformidad con lo expuesto por la Corte Constitucional en reiterados pronunciamientos¹, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, como las demás calidades, exigencias o requisitos que debe reunir quien aspire a ingresar o a permanecer al servicio del Estado, deben estar consagradas en forma expresa y clara en la Constitución y en Ley.

Por su parte, la Sala Plena del Consejo de Estado² en sentencia dictada el 8 de febrero de 2011, respecto del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, consideró lo siguiente:

"Las inhabilidades e incompatibilidades, en tanto limitan la libertad y los derechos de las personas, son de origen constitucional y legal. La tipificación de sus causas, vigencia, naturaleza y efectos es rígida y taxativa; su aplicación es restrictiva, de manera que excluye la analogía legis o iuris, excepto en lo favorable; están definidas en el tiempo, salvo aquellas de carácter constitucional (verbi gratia arts. 179 No.1, 197 y 267 C.P.); y, además, hacen parte de un conjunto de disposiciones que integran un régimen jurídico imperativo y de orden público, razón por la cual no son disponibles ni pueden ser derogadas por acuerdo o convenio". (Las negrillas y subrayas son de la Sala).

Conforme lo anterior, las inhabilidades son restricciones fijadas por el constituyente o el legislador para limitar el derecho de acceso al ejercicio de cargos o funciones públicas, ello quiere decir, que tienen un carácter prohibitivo, y por consiguiente, estas son taxativas, es decir, están expresamente consagradas en la Constitución o en la Ley y su interpretación es restrictiva, razón por la cual no procede la aplicación analógica ni extensiva de las mismas.

1.- En atención a la primera parte de su consulta, referente a establecer si existe algún tipo de inhabilidad o incompatibilidad para que parientes de un concejal suscriban un contrato Estatal o se posesionen como empleados en una entidad pública del municipio, la Constitución Política de Colombia de 1991 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)

A su vez, el Artículo 49 de la Ley 617 del 6 de octubre de 2000, "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", 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.

<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."

<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". >

Tal como lo establecen el artículo 292 de la Constitución Política y el inciso tercero del artículo 49 de la Ley 617 del 6 de octubre de 2000, modificado por el artículo 1 de la Ley 1296 de 2009, los cónyuges o compañeros permanentes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales y concejales municipales y distritales, y sus parientes en el 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.

No obstante, el parágrafo tercero del artículo 49 ibídem, señala que en los municipios de cuarta, quinta y sexta categoría, las prohibiciones establecidas en el citado artículo se aplicarán únicamente para los cónyuges o compañeros permanentes y parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil.

Respecto de la competencia del legislador para señalar inhabilidades en materia de contratación Estatal, la Corte Constitucional en Sentencia C-348 de 2004, Magistrado Ponente, Dr. Jaime Córdoba Triviño, precisó:

"3.6. Finalmente, en relación con las normas sobre la inhabilidad para ser directa o indirectamente contratistas del respectivo departamento, distrito o municipio o de sus entidades descentralizadas o para ser vinculados por contratos de prestación de servicios, la Corte resalta que estas disposiciones hacen parte del desarrollo de la atribución dada por el artículo 150 inciso final de la Constitución, según el cual compete al Congreso de la República expedir el estatuto general de contratación de la administración pública.

Estas medidas constituyen igualmente un desarrollo legislativo razonable y proporcionado, como instrumento necesario e idóneo para el logro de los principios rectores de la actuación administrativa y garantizar que las actuaciones públicas estén despojadas de propósitos o intenciones

ajenos al servicio público y al interés general. Lo que buscan las disposiciones demandadas es evitar, entre otros efectos, la injerencia indebida de los miembros de las corporaciones públicas en la gestión pública del orden territorial y a favor de sus allegados, lo cual no puede entenderse como una sanción legislativa a los parientes de los diputados y concejales. De tal suerte que las inhabilidades en referencia constituyen una garantía de imparcialidad, transparencia y moralidad de la gestión pública en los departamentos, distritos y municipios.

(...)

La Corte concluye entonces que las medidas adoptadas representan la voluntad del legislador, que, a partir de su propia verificación de las experiencias conocidas y la evaluación de la gestión territorial, ha estimado pertinente fijar tales restricciones, sin que ellas afecten de manera irrazonable o desproporcionada los derechos a la igualdad, trabajo o acceso a cargos y funciones públicas de los parientes de diputados y concejales. (...)

En consecuencia, se declarará la exequibilidad de los apartes demandados del inciso tercero y el parágrafo 2º del artículo 1º de la Ley 821 de 2003, pero precisando que las prohibiciones allí previstas surtan efectos únicamente dentro del ámbito territorial de competencias del respectivo diputado o concejal.” (Subrayado fuera de texto)

De acuerdo con la Corte, la inclusión de inhabilidades e incompatibilidades en materia de contratación estatal representan la facultad que le asiste al legislador para fijar las restricciones que considere procedentes, sin que ellas afecten de manera irrazonable o desproporcionada los derechos a la igualdad, trabajo o acceso a cargos y funciones públicas de los parientes de diputados y concejales.

De conformidad con las normas y sentencia citada, se concluye que los cónyuges o compañeros permanentes de los 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, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas, ni directa, ni indirectamente; para el caso de municipios de cuarta, quinta y sexta categoría dicha prohibición se aplicarán únicamente para los cónyuges o compañeros permanentes y parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil.

Ahora bien, como quiera que la norma señala que “no podrán ser” contratistas de la respectiva entidad territorial los parientes de los concejales en los grados de parentesco arriba señalados, se colige que dicha restricción se deberá aplicar aun en el caso en el que el pariente haya suscrito el contrato con anterioridad a la elección y posesión de su pariente; en ese sentido, en el evento que el pariente de un contratista sea elegido y posesionado como concejal, el contratista deberá ceder o renunciar al contrato, en razón a que le sobreviene una inhabilidad³.

De otra parte, en el evento que los parientes del concejal hayan sido vinculados como empleados públicos con anterioridad a la elección y posesión de su pariente como concejal, dicha circunstancia no genera inhabilidad sobreviniente, por lo que esta Dirección Jurídica ha señalado que podrá continuar en el ejercicio del empleo.

Frente al tema, 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 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 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.

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 2° 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)

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 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 Honorable 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.

2.- En atención a la segunda parte de su escrito, mediante la cual consulta si existe algún tipo de inhabilidad para que el pariente de quien ha sido elegido concejal, pero no se ha posesionado en el cargo, se vincule como empleado en una entidad del municipio, se considera procedente traer a colación la sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, en Sentencia del veinte (20) de junio de dos mil trece (2013), Radicación No. 17001-23-31-000-2012-002015-02 (PI), Consejero Ponente: Guillermo Vargas Ayala, donde frente a la necesidad de posesionarse en un cargo expresó:

“(iii) Ahora bien, debe precisarse que la causal de pérdida de investidura por violación del régimen de incompatibilidades de los concejales derivada de la aceptación o desempeño de un cargo en la administración municipal por parte de un concejal municipal no opera cuando no existe posesión en este último cargo.

En efecto, si la incompatibilidad consiste en la prohibición de ejercer dos actividades o realizar dos roles de manera simultánea (en este caso ocupar en dicha forma dos cargos públicos), y no existe posesión en el cargo de concejal municipal es claro que no habrá lugar a la incompatibilidad estudiada, porque no podrá darse, en ningún tiempo, la simultaneidad del cargo de concejal -que no se ejerce durante ningún momento del periodo respectivo ante la ausencia de la posesión- con otro empleo público que con posterioridad ejerza el elegido (y no posesionado) en dicho cargo durante ese mismo lapso.

Esta Sección ha puesto de presente ciertamente que la posesión es el acto de prestar ante el funcionario competente el juramento que ordena el artículo 122 de la Constitución Política; que de este acto da fe un acta suscrita por quien toma el juramento y quien lo pronuncia; y que sin esta solemnidad no puede entrarse a ejercer ningún cargo. Por ende, es evidente que la ausencia de la posesión en el cargo de concejal municipal impide que el mismo se ejerza y por ello no incurrirá en la incompatibilidad examinada el concejal municipal que sin posesionarse en dicho cargo acepte o desempeñe un cargo en la administración municipal, ya que no podrá existir en ese evento coetaneidad o simultaneidad en el ejercicio de tales cargos.

e.- Aplicadas las consideraciones precedentes al caso concreto, encuentra la Sala que no se configura la primera causal de pérdida de investidura invocada por el demandante, como quiera que con anterioridad al inicio del periodo constitucional para el cual fue elegido el demandado manifestó expresamente ante el Presidente del Concejo municipal de Chinchiná su deseo de posesionarse en el cargo de concejal municipal y en efecto no se posesionó en éste, de modo tal que no podría predicarse incompatibilidad alguna por el hecho de que luego de esa manifestación aquél fuese designado el día 2 de enero de 2012 para ocupar el cargo de Secretario de Desarrollo Social de esa municipalidad, pues es evidente la inexistencia de concomitancia entre el ejercicio del cargo de concejal (del cual no se posesionó) y el del mencionado cargo

de la administración municipal.”

En los términos de la anterior Sentencia, las inhabilidades e incompatibilidades asociadas al cargo de concejal se predicen una vez posesionado en el cargo quien ha sido elegido como tal.

En ese sentido, mientras la persona elegida concejal no se posesione en el cargo, no genera prohibición alguna para que sus parientes se posesionen en un empleo en las entidades del nivel municipal; por el contrario, una vez posesionado en el cargo, sus parientes dentro de los grados que señala el inciso segundo del artículo 49 de la Ley 617 de 2000; es decir, en segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad y único civil, no podrán ser designados como empleados en las entidades públicas del respectivo municipio.

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 <https://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,

JOSE FERNANDO CEBALLOS ARROYAVE

Director Jurídico (E)

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 Corte Constitucional en Sentencia No. C-546 de 1993, Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz

2 Sentencia proferida dentro del Expediente N°: 11001-03-15-000-2010-00990-00(PI) Demandante: Cesar Julio Gordillo Núñez.

3 Artículo 9 de la Ley 80 de 1993

Harold Herreño/ Monica Herrera/GCJ-601

600.4.8

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 11:10:09