



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20166000012201

Fecha: 22/01/2016 03:21:42 p.m.

Bogotá D.C.

Doctor
NESTOR ALVAREZ MANTILLA
Alcalde Municipal
Cabrera - Santander
nestoralcalde2011@gmail.com

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. ¿Un pariente de un concejal, quien es servidor público con anterioridad a la elección, se encuentra inhabilitado para continuar laborando en el respectivo municipio? ¿Es procedente nombrar como empleado público en una entidad del municipio al hermano de un concejal? **RAD. 2015-206-22928-2** del 11 de Diciembre de 2015.

Respetado doctor, reciba un cordial saludo.

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

PLANTEAMIENTO JURIDICO

¿Se encuentra inhabilitado para continuar en el ejercicio de un empleo público en el respectivo municipio; el pariente de un concejal quien es servidor público con anterioridad a la elección?

¿Es procedente nombrar como empleado público en una entidad del municipio al hermano de un concejal?

FUENTES FORMALES Y ANALISIS

Para abordar el anterior planteamiento jurídico es pertinente realizar un análisis del concepto de radicado número 20146000047021 emitido por esta Dirección Jurídica, la Ley 136 de 1994, la Ley 734 de 2002, el artículo 292 de la Constitución Política, la Ley 617 de 2000, los artículos 35 y siguientes del Código Civil; así como pronunciamientos de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado pertinentes al tema objeto de su consulta.

1.- En atención al primer y segundo interrogantes de su consulta, referentes a establecer si se encuentra inhabilitado para continuar laborando en el respectivo municipio el pariente de un concejal, quien es servidor público con anterioridad a las elecciones locales, uno en calidad de secretario de despacho y el otro en calidad de jefe de la oficina de control interno, me permito remitir copia del concepto de radicado número 20146000047021 del 7 de Abril de 2014, mediante el cual esta Dirección Jurídica se pronunció en torno al tema objeto de su consulta, en el citado concepto se concluyó lo siguiente:

"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 posesione 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 inhabilitación 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."

Ahora bien, atendiendo la particular circunstancia de su consulta, es necesario revisar si un concejal cuyo pariente es secretario de despacho del municipio tendría eventualmente un conflicto de interés al realizar control político a la respectiva secretaría, sobre ese tema, la Ley 136 de 1994¹, establece:

"Artículo 70. CONFLICTO DE INTERÉS. Cuando para los concejales exista interés directo en la decisión porque le afecte de alguna manera, o a su cónyuge o compañero o compañera permanente, o a alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o primero civil, o a su socio o socios de derecho o de hecho, deberá declararse impedido de participar en los debates o votaciones respectivas.

Los concejos llevarán un registro de intereses privados en el cual los concejales consignarán la información relacionada con su actividad económica privada. Dicho registro será de público conocimiento. Cualquier ciudadano que tenga conocimiento de una causal de impedimento de algún concejal, que no se haya comunicado a la respectiva corporación, podrá recusarlo ante ella."

Por otra parte la Ley 734 de 2002, por la cual se expide el Código Disciplinario Único, expone:

"Artículo 40. CONFLICTO DE INTERESES. Todo servidor público deberá declararse impedido para actuar en un asunto cuando tenga interés particular y directo en su regulación, gestión, control o decisión, o lo tuviere su cónyuge, compañero o compañera permanente, o algunos de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, o su socio o socios de hecho o de derecho.

Cuando el interés general, propio de la función pública, entre en conflicto con un interés particular y directo del servidor público deberá declararse impedido.

Artículo 48. FALTAS GRAVÍSIMAS. Son faltas gravísimas las siguientes:

(...)

¹ "por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios"

17. Actuar u omitir, a pesar de la existencia de causales de incompatibilidad, inhabilidad y conflicto de intereses, de acuerdo con las previsiones constitucionales y legales.”
(...)

Respecto al conflicto de intereses, el Consejo de Estado mediante concepto No 1572 de abril 28 de 2004 de la Sala de Consulta de Servicio Civil, preceptuó:

“3. Requisitos para la configuración del conflicto de intereses en el caso de los congresistas. Como quiera que dicho conflicto se configura por la concurrencia de interés privado e interés público, se hace indispensable tener en cuenta, entre otros, los siguientes requisitos:

3.1 Interés privado concurrente. De acuerdo con lo expuesto, resulta indubitable que este interés debe aparecer en tal forma que comprometa objetivamente la intangibilidad del interés general perseguido, para lo cual la Sala estima necesario hacer las siguientes precisiones:

a) **Existencia:** Se configura el interés privado cuando hay "exigencia para la satisfacción de necesidades humanas" - Messineo, Tomo II, p. 10 -, lo cual acontece cuando surgen v. gr.: ventajas o provechos representados en derechos subjetivos, o en ventajas de tipo reparativo positivo (como indemnización por daños o detrimento de derechos) o negativo (reparación de gastos), o de tipo enriquecedor (como ganancias, utilidades, provechos, derechos, etc.), o cuando se refieren a la simple exoneración de desventajas (exoneración de obligaciones, cargas, etc.).

b) **Juridicidad:** Se da cuando el interés privado, protegible de ordinario, pero con la aptitud de afectar la transparencia, debido a que siendo actual y estando amparado por la ley puede perturbar el ánimo del interesado a actuar en su propio favor. Para ello debe tenerse en cuenta que el interés: 1) **Es actual**, cuando se ha adquirido y puede afectarse. De allí que por ausencia de éste requisito **quede excluido el interés futuro.** 2) **Es jurídico**, porque se encuentra amparado por la ley. Por tanto es inaceptable interés originado en el roce meramente social (v. gr. el de comunicación o trato) para generar conflicto de interés. y, 3) **Es afectable**, cuando puede extinguirse o modificarse el que se tiene. En cambio, no se da cuando el interés es inalienable (v. gr. La vida).

c) **Privado:** Se da cuando el interés es de naturaleza **particular de manera inequívoca** y, por lo mismo, se descarta cuando se actúa movido por el interés público o general - regulación abstracta en general -. El interés puede ser individual o colectivo, referido en el primer caso, por ej., a la propiedad particular y, en el segundo, al interés común de los propietarios en una urbanización.

d) **Titularidad.** El interés debe radicar en el congresista o en su cónyuge, compañero (a), pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, en el caso bajo estudio.

3.2 El interés público concurrente en la decisión pertinente. Para que este interés público concurrente pueda verse menoscabado, también se hace indispensable tener en cuenta aquellos aspectos que puedan afectar que sea el único determinante de la decisión; lo cual implica que en la misma persona que tiene un interés privado, también concurren estos requisitos:

- a) Calidad de congresista.
- b) Intervención en las deliberaciones y votaciones.
- c) Proyecto de decisión de interés público.
- d) Afectación particular, consistente en que el proyecto a votar pueda afectar el interés directo del congresista, arriba mencionado.

3.3 Conflicto de interés. De la concurrencia objetiva de los dos intereses mencionados puede desprenderse inequívocamente la existencia de un conflicto de interés como causal de impedimento o recusación. En tanto que este fenómeno no se estructuraría, de una parte, cuando no concorra alguno de los requisitos mencionados para los referidos intereses, y, de otro, cuando simplemente se trata de mera apreciación subjetiva de conflicto sin sustento en elementos objetivos."

La misma Corporación en sentencia del 3 de septiembre de 2002, recaída dentro del expediente 11001-03-15-000-2002-0447-01 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sostuvo:

"La jurisprudencia y la doctrina vienen indicando que el conflicto de intereses, sin consideración a que provenga de razones económicas o morales, toma dimensión punible cuando pierde el congresista su natural imparcialidad. Lo cual hace superfluo que la ley lo recoja en un catálogo de conductas que lo tipifiquen, siendo suficiente la consagración genérica formulada en el artículo 182 de la Constitución Política; pero para que se concrete en la actividad legislativa es menester que resalte una relación directa entre los intereses del congresista y la materia regulada por el proyecto tramitado, de acuerdo con el artículo 286 de la ley 5ª de 1992.¹⁷ Siempre que se produzca un resultado provechoso por el simple ejercicio de una función oficial, que convenga al agente o a otra persona allegada, en el orden moral o material, surgirá un conflicto de intereses. Si la ley protege el interés, será lícito; pero si se persigue con fines personales, particulares, que sobrepasen el interés social, será ilícito."

De acuerdo con lo expresado por Consejo de Estado, el conflicto de intereses se configura cuando el servidor público con su actuación se favorezca a sí mismo o a sus parientes. El constituyente quiso evitar, al prever la ocurrencia del conflicto de intereses, que el servidor público con su accionar haga prevalecer su interés personal o familiar sobre el general. Busca acabar con las ventajas personales distintas a las que se predicán de la generalidad.

Así las cosas, en criterio de esta Dirección Jurídica, tal circunstancia debe ser analizada al interior de la Corporación para determinar si se presenta el conflicto de interés en relación con el Concejal objeto de la presente consulta.

2.- En atención a la segunda parte de su consulta, referente a establecer si existe algún tipo de inhabilidad o incompatibilidad para que un pariente (hermano) de un concejal sea nombrado como empleado del nivel directivo de una entidad del municipio, me permito manifestar lo siguiente:

Con respecto a las inhabilidades e incompatibilidades de los parientes de los Concejales, 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)

¹⁷Ver sentencias del 19 de marzo y 4 de junio de 1996, Expedientes AC-3300 y AC- 3549.

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 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 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.*

<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 artículo 49 de la Ley 617 del 6 de octubre de 2000, modificado por el artículo 1 de la Ley 1148 de 2007, los cónyuges o compañeros permanentes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales y concejales municipales y distritales, y sus parientes en el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad y único civil no podrán ser designados empleados públicos del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas.

Por su parte, la Corte Constitucional en Sentencia C-903 de 2008, respecto a las inhabilidades consagradas en la Ley 1148 de 2007, estableció:

"Otra de las mencionadas excepciones al derecho de acceso a los cargos públicos está contemplada en el Art. 292, inciso 2° superior, en virtud del cual no podrán ser designados funcionarios del correspondiente departamento, distrito o municipio los cónyuges o compañeros permanentes de los diputados o concejales, ni sus parientes en el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil.

Esta disposición sólo es aplicable en el orden territorial y tiene como fundamento un hecho natural, esto es, el nacimiento dentro de una determinada familia y el consiguiente parentesco, o la condición de cónyuge o compañero o compañera permanente, de los diputados o concejales.

"(...)"

De otro lado, la legislación electoral impone una carga a los parientes de los aspirantes a los cargos de diputados y concejales, en cuanto los obliga a retirarse de determinados cargos que estén desempeñando en el respectivo departamento, distrito o municipio, con el fin de que no se configure una inhabilidad de aquellos para ser inscritos como candidatos ni para ser elegidos.

Por ello, aunque la inhabilidad prevista en el Art. 292 de la Constitución persigue garantizar la moralidad y la imparcialidad de los servidores públicos allí señalados en el ejercicio de sus funciones, los cuales son fines constitucionalmente valiosos, no es legítimo dar a dicha disposición una interpretación que sacrifique el acceso de los ciudadanos al ejercicio de los cargos públicos sin una justificación objetiva y razonable, o sea, en forma desproporcionada.

En este sentido, no es constitucionalmente admisible otorgar a la inhabilidad consagrada en la citada disposición una vis expansiva de indole indefinida que a la postre convertiría la excepción en la regla general, en contradicción con el texto de la norma, y originaría la muerte en el campo político de muchos ciudadanos que no podrían acceder a los cargos públicos, más allá de un límite razonable.

Por estas razones, la Corte considera que los grados de parentesco que determinan la inhabilidad contemplada en el Art. 292 de la Constitución son taxativos o cerrados, de suerte que el legislador no puede establecer dicha inhabilidad con base en otros grados. En cambio, la inhabilidad allí prevista respecto de los diputados y de los concejales puede ser establecida por el legislador, hasta los grados indicados, también en relación con otros servidores públicos del orden territorial, como son, por ejemplo, los gobernadores y los alcaldes distritales o municipales.

Con base en estas consideraciones, se puede concluir que el inciso 2° del Art. 1° de la Ley 1148 de 2007, demandado en esta oportunidad, al disponer que no podrán ser designados funcionarios del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas, los parientes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales y concejales municipales y distritales, dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, desbordó el límite de los grados de parentesco establecido en el Art. 292, inciso 2°, de la Constitución. En consecuencia, la Corte declarará inexecutable la expresión "dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil" contenida en dicho inciso.

Por otra parte, en lo que concierne al resto del inciso demandado, cuyo texto es "los cónyuges o compañeros permanentes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales y concejales municipales y distritales, y sus parientes no podrán ser designados funcionarios del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas", es evidente que contraría el Art. 292, inciso 2°, de la Constitución, ya que la prohibición allí contenida no tendría un límite por razón de los grados de parentesco. Por tanto, la Corte lo declarará executable en forma condicionada, en el entendido de que la prohibición se predica de los parientes en el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad y único civil, como lo establece dicha norma superior."

De acuerdo con el anterior pronunciamiento, la Corte declaró condicionalmente executable el inciso segundo del artículo 1 de la Ley 1148 de 2007, que modificó el artículo 49 de la Ley 617

de 2000, en el entendido que la prohibición para ser designados empleados del respectivo territorio a los parientes de los alcaldes, gobernadores, concejales y diputados, será hasta el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad y único civil.

Así las cosas, y como quiera que según el artículo 35 y siguientes del Código Civil establece que los hermanos se encuentra en el segundo grado de consanguinidad, en criterio de esta Dirección Jurídica, no se considera procedente el nombramiento del pariente del concejal en las entidades u organismos públicos del municipio.

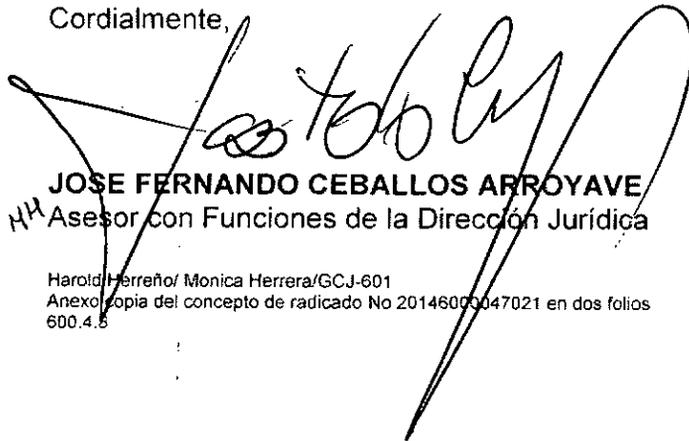
CONCLUSIÓN

De conformidad con lo expuesto es viable concluir lo siguiente:

- 1.- Los cónyuges o compañeros permanentes de los concejales y sus parientes dentro del segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad y único civil, no podrán ser designados empleados en el respectivo municipio.
- 2.- De acuerdo con el Código Civil los hermanos de encuentran dentro del segundo grado de consanguinidad, en ese sentido, en criterio de esta Dirección Jurídica, no se considera procedente el nombramiento como empleado público del pariente (hermano) del concejal en las entidades u organismos públicos del municipio.

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

Harold Herrera/ Monica Herrera/GCJ-601
Anexo copia del concepto de radicado No 20146000047021 en dos folios
600.4.5



Departamento Administrativo
de la FUNCIÓN PÚBLICA
República de Colombia

**PROSPERIDAD
PARA TODOS**



Al contestar por favor cite estos datos:
Radicado No.: 2014600047021
Fecha: 07/04/2014 10:17:46 a.m.

Bogotá, D. C.,

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Un pariente de un concejal, quien es servidor público con anterioridad a la designación, se encuentra inhabilitado para continuar laborando en el respectivo municipio? RAD. 2014900004685-2 del 21-03-2014.

Respetado señor, reciba un cordial saludo.

En atención a su consulta de la referencia, me permito manifestarle lo siguiente:

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: 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 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)





Departamento Administrativo
de la FUNCIÓN PÚBLICA
República de Colombia

**PROSPERIDAD
PARA TODOS**

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





Departamento Administrativo
de la **FUNCIÓN PÚBLICA**
República de Colombia

**PROSPERIDAD
PARA TODOS**

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 posesione 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.

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)

Pablo Talero/GCJ-600.4.8.

