



**Función Pública**

## Concepto 221161 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20206000221161\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20206000221161

Fecha: 08/06/2020 06:08:24 p.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Parentesco empleado público y contratista. RAD. 20209000182502 del 12 de mayo de 2020.

Acuso recibo de la comunicación de la referencia, mediante la cual consulta:

*1. Pregunta: ¿Que tan cierto es que se presente esta inhabilidad toda vez que mi vinculación se realizará con la fundación en mención y no directamente con el municipio, hasta donde mi hermano como secretario de gobierno me inhabilita?*

*2. Pregunta: Puede el alcalde de este pueblo vincularme en un empleo de libre nombramiento y remoción u otro empleo, estando mi hermano nombrado en un empleo de la misma naturaleza, sin que se pueda presentar una inhabilidad, podemos estar trabajando los dos en la misma entidad.?*

*3. Pregunta: Quienes, y hasta qué grado de consanguinidad y afinidad la familia del secretario de gobierno del pueblo están inhabilitados, tanto para contratar con el municipio, o una entidad contratista del municipio.*

*4. Pregunta: ¿Si en la empresa de acueducto y alcantarillado del pueblo la alcaldía tiene su participación ya que es una empresa mixta, hasta donde los familiares del secretario de gobierno de este pueblo se encuentran inhabilitado?*

Inicialmente, es preciso indicar que de conformidad con lo expuesto por la Corte Constitucional en reiterados pronunciamientos<sup>1</sup>, 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 Estado<sup>2</sup> 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”. (Negrillas y subrayado fuera de texto).*

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.

Ahora bien, en relación a la prohibición de los servidores públicos para nombrar, postular o contratar con personas con las cuales tengan parentesco, la Constitución Política señala:

*“ARTICULO 126. (Artículo modificado por el artículo 2 del Acto Legislativo 2 de 2015). 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.*

*Salvo los concursos regulados por la ley, la elección de servidores públicos atribuida a corporaciones públicas deberá estar precedida de una convocatoria pública reglada por la ley, en la que se fijen requisitos y procedimientos que garanticen los principios de publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y criterios de mérito para su selección”. (Subrayado fuera de texto).*

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, preceptúo:

*“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 y la jurisprudencia citada se deduce, que la prohibición para el funcionario que ejerza la función nominadora, consiste en que no puede nombrar 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 (como son suegros, nueras, yernos, cuñados o hermanastros), o primero civil (como son hijos adoptivos y padres adoptantes); o relaciones de 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.

Esta prohibición tiene como única excepción los nombramientos que se hagan en la aplicación a las normas vigentes sobre ingreso o ascenso por concurso

Es decir que, frente a los términos de esta inhabilidad, el nominador de la entidad, se encuentra inhabilitado para nombrar, postular y contratar 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.

De otra parte, con respecto a las inhabilidades para contratar a los parientes del Secretario de Despacho en la misma entidad, la Ley 80 de 1993<sup>3</sup>, establece:

*“ARTÍCULO 8. DE LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES PARA CONTRATAR.*

(...)

2. *Tampoco podrán participar en licitaciones o concursos ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva:*

-

(...)

*b) Las personas que tengan vínculos de parentesco, hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil con los servidores públicos de los niveles directivo, asesor, ejecutivo o con los miembros de la junta o consejo directivo, o con las personas que ejerzan el control interno o fiscal de la entidad contratante.*

*c) El cónyuge compañero o compañera permanente del servidor público en los niveles directivo, asesor, ejecutivo, o de un miembro de la junta o consejo directivo, o de quien ejerza funciones de control interno o de control fiscal.” (Subrayado fuera de texto).*

De acuerdo con lo dispuesto en los literales b) y c) del numeral segundo del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 no podrán contratar con la respectiva entidad pública, los cónyuges o compañeros permanentes ni las personas que tengan vínculos de parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad (padres, hijos, hermanos, abuelos o nietos), segundo de afinidad (suegros, cuñados, yerno y nuera) o primero civil (padre adoptante, hijo adoptivo) con los servidores públicos de los niveles directivo, asesor, ejecutivo o con las personas que ejerzan el control interno o fiscal de la entidad contratante.

En lo que respecta al nivel del secretario de despacho, el Decreto-ley 785 de 2005<sup>4</sup> dispone:

*“ARTÍCULO 16. Nivel Directivo. El nivel Directivo está integrado por la siguiente nomenclatura y clasificación específica de empleos:*

<i>Cód.</i>	<i>Denominación</i>
(...)	
020	Secretario de Despacho

Por consiguiente, el cargo de secretario de despacho pertenece al nivel directivo.

Ahora bien, de acuerdo con lo establecido en los artículos 35 y siguientes del Código Civil, el parentesco que existe entre hermanos es segundo grado de consanguinidad.

Por consiguiente, el hermano (segundo grado de consanguinidad) del secretario de despacho se encuentra inhabilitado para contratar con la respectiva entidad, al ejercer su hermano un cargo del nivel directivo.

Por último, es necesario precisar que, siempre y cuando el secretario de despacho no tenga la función nominadora, y esta se encuentre radicada en el alcalde, en criterio de esta Dirección Jurídica no habrá inhabilitación para que su hermano sea designado empleado público mediante una relación legal y reglamentaria, en caso contrario, se generaría la inhabilitación del artículo 126 de la Constitución Política inicialmente transcrita, toda vez que el servidor público en ejercicio de sus funciones no puede 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.

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: D. Castellanos

Revisó: Jose Fernando Ceballos Arroyave

Aprobó: Armando Lopez Cortes.

11602.8.4

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. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

4. Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación y de funciones y requisitos generales de los empleos de las entidades territoriales que se regulan por las disposiciones de la Ley 909 de 2004.

---

Fecha y hora de creación: 2024-12-11 18:58:13