



Función Pública

Concepto 363621 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública

20206000363621

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20206000363621

Fecha: 04/08/2020 03:19:30 p.m.

Bogotá D.C.

REF: RAD. INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Servidor público. Prohibición de ex Secretario General para desempeñar otros empleos en la administración. 20202060363072 del 3 de agosto de 2020.

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual informa que la respuesta correspondiente al radicado no. 20202060167932 del 5 de mayo no corresponde a su solicitud, me permito dar respuesta a su petición original. Presenta usted las siguientes inquietudes:

1. Teniendo en cuenta el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, se le informe si existe restricción legal o temporal, para que como Secretario General del concejo municipal elegido para el periodo del 1 de Enero al 31 de diciembre de 2020, pueda renunciar para ocupar otro cargo dentro del municipio más exactamente en la ESE hospital del Uribia, La Guajira.
2. Si su cónyuge puede fungir como Gerente de ESE hospital de Nazaret al mismo momento que es funcionario de otra ESE Hospital de Uribia.
3. Si puede contratar o ser nombrado dentro del municipio, una vez renuncie o se culmine su periodo legal.

Sobre las inquietudes planteadas, me permito manifestarle lo siguiente:

La inhabilidad es la incapacidad, ineptitud o circunstancia que impide a una persona ser elegida o designada en un cargo público y, en ciertos casos, impiden el ejercicio del empleo a quienes ya se encuentran vinculados al servicio. Dado el carácter prohibitivo de las inhabilidades, éstas son taxativas, es decir, están expresamente consagradas en una ley o en la Constitución Política

Sobre el carácter restringido de las inhabilidades, la Sala Plena del Consejo de Estado¹ en sentencia emitida el 8 de febrero de 2011, 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).

De acuerdo con el pronunciamiento citado, la inhabilidad debe estar creada de manera expresa por la Ley o por la Constitución, y no puede dársele una interpretación extensiva o analógica.

Revisada la legislación relacionada con las inhabilidades para ejercer un cargo público, no se evidenció alguna que impida a un ex Secretario General del Concejo Municipal, vincularse como servidor público en otra entidad oficial al término de su período. Debe aclararse que por expresa disposición constitucional, no es posible ejercer dos cargos públicos, así que, para tomar posesión de otro empleo, deberá haber presentado renuncia y ésta haber sido aceptada.

En relación a la prohibición de los servidores públicos para nombrar, postular o contratar con personas con las cuales tengan parentesco, el Acto Legislativo 02 de 2015, por medio del cual se adopta una reforma de equilibrio de poderes y reajuste institucional y se dictan otras disposiciones, señala:

“ARTÍCULO 2 El artículo 126 de la Constitución Política quedará así:

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.

(...)” (Subraya fuera del texto)

De conformidad con la norma constitucional anteriormente citada, se deduce que la prohibición para el funcionario que ejerza la función nominadora, consiste en que no puede nombrar ni contratar 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, segundo de afinidad, primero civil o relaciones de matrimonio o unión permanente.

Tampoco podrá nombrar a personas vinculadas por los mismos lazos con el servidor público competente para intervenir en la vinculación del nominador. Esta prohibición tiene como única excepción los nombramientos que se hagan en la aplicación a las normas vigentes sobre ingreso o ascenso por concurso.

Para el caso de la consulta, quienes tienen vínculo (cónyuges) son el gerente de una ESE municipal (hospital de Nazaret) y quien aspira a un cargo en otra entidad de salud (Hospital de Uribe). Sin embargo, el Gerente del hospital Nazaret no actúa como nominador del hospital de Uribe y, en tal virtud, la prohibición contenida en el artículo 126 de la Constitución, ya citado, no tiene aplicación en el presente caso.

De otro lado, 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:

"ARTÍCULO 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, 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.

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. <El texto tachado fue declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-903 de 2008; el resto del inciso fue declarado EXEQUIBLE, 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 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."

Según el artículo en cita, los cónyuges y parientes en el segundo grado de consanguinidad, entre otros, de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales, concejales municipales y distritales, no podrán ser designados funcionarios de la correspondiente entidad territorial.

Como se aprecia, los gerentes de las Empresas Sociales del Estado no están incluidos en el listado de servidores cuyos parientes no pueden ser designados, así que esta inhabilidad tampoco tiene aplicación en el caso expuesto en la consulta.

Adicionalmente, se revisó la legislación relacionada con las inhabilidades de los servidores públicos sin encontrarse una situación que enmarque la expuesta en su consulta como prohibida.

Respecto a su inquietud relacionada con la posibilidad de vincularse a la administración pública como servidor una vez culmine su período como Secretario General, como se indicó en apartes anteriores, no existe inhabilidad que establezca esta limitación.

No ocurre lo mismo con el contrato, pues la Ley 80 de 1993, "Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública", determina en su artículo 8°, determinó las inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado. Ahora bien, la Ley 1474 de 2011, adicionó un literal f) al numeral 2 del citado artículo 8, en el siguiente sentido:

"ARTÍCULO 4°. INHABILIDAD PARA QUE EX EMPLEADOS PÚBLICOS CONTRATEN CON EL ESTADO. Adicionase un literal f) al numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, el cual quedará así:

Directa o indirectamente las personas que hayan ejercido cargos en el nivel directivo en entidades del Estado y las sociedades en las cuales

estos hagan parte o estén vinculados a cualquier título, durante los dos (2) años siguientes al retiro del ejercicio del cargo público, cuando el objeto que desarrollen tenga relación con el sector al cual prestaron sus servicios.

Esta incompatibilidad también operará para las personas que se encuentren dentro del primer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o primero civil del ex empleado público.”(Subraya fuera del texto).”

La Corte Constitucional mediante la sentencia C-257 del 7 de mayo de 2013 resolvió la demanda de inconstitucionalidad en contra del Inciso¹⁹ del artículo 3 y el artículo 4 de la Ley 1474 de 2011, Conjuez Ponente: Jaime Córdoba Triviño, y señaló lo siguiente:

“4.- Análisis de la constitucionalidad del artículo 4º de la ley 1474 de 2001, que adiciona un literal f) al numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993.

Esta disposición normativa establece, dentro del conjunto de inhabilidades que el legislador ha previsto para contratar con el Estado, específicamente para (i) quienes hayan ejercido cargos directivos en las entidades del Estado; (ii) sus parientes dentro del primer grado de consanguinidad, primero de afinidad o primero civil; y (iii) las sociedades en las cuales dichos ex directivos a sus parientes próximos hagan parte o estén vinculados a cualquier título a esa sociedad, cuando el objeto que desarrollen tenga relación con el sector al cual prestaron sus servicios. La inhabilidad rige durante los dos años siguientes a su retiro.

(...)

Por ello resulta constitucionalmente admisible establecer una inhabilidad para contratar con el Estado a los ex servidores públicos que ejercieron funciones directivas y a las sociedades en que en estos o sus parientes hagan parte y la entidad del estado a la cual estuvo vinculado como directivo.

No puede perderse de vista que la norma acusada establece la inhabilidad para contratar, directa o indirectamente, a quienes hayan ejercido cargos en el nivel directivo en entidades del Estado, o sus parientes, y las sociedades en las cuales estos hagan parte o estén vinculados a cualquier título. Es claro que la norma señala que la inhabilidad se aplica en relación con aquellos servidores públicos que desempeñaron funciones de dirección para evitar que puedan utilizar los vínculos, influencia y ascendencia que estos ex directivos -o sus familiares cercanos - puedan tener con la entidad y sus funcionarios encargados de los procesos de selección, precisamente por el rol de jerarquía y mando que ejerció, con lo cual se trata de poner a salvo los principios constitucionales de la administración pública ya referidos.

(...)

Bajo esas precisiones la Corte declarará la constitucionalidad del enunciado normativo acusado.” (Negrilla y Subrayado fuera de texto)

De acuerdo con la interpretación de la Corte Constitucional, resulta constitucionalmente admisible establecer una inhabilidad para contratar con el Estado a los ex servidores públicos que ejercieron funciones directivas y a las sociedades en que en estos o sus parientes hagan parte y la entidad del Estado a la cual estuvo vinculado como directivo. Según la Corte, es claro que la norma señala que la inhabilidad se aplica en relación con aquellos servidores públicos que desempeñaron funciones de dirección para evitar que puedan utilizar sus vínculos, influencia y ascendencia con la entidad en la que prestaron sus servicios y sus funcionarios encargados de los procesos de selección, precisamente por el rol de jerarquía y mando que ejercieron siendo directivos.

Ahora bien, la Constitución Política, al establecer las funciones de los Concejos Municipales dispuso en el numeral 6º del artículo 313 que a estos últimos les corresponde “Determinar la estructura de la administración municipal y las funciones de sus dependencias...”.

Por otro lado, el numeral 7º del artículo 315 ibídem, le asignó a los alcaldes municipales, entre otras, la función de “Crear, suprimir o fusionar los empleos de sus dependencias, señalarles funciones especiales...”.

A los Concejos Municipales, les corresponde determinar la estructura de la administración municipal y las funciones de sus dependencias, mientras que al alcalde, como jefe de la administración municipal, le corresponde establecer la planta de empleos o planta de personal de la administración central y señalar las funciones de los cargos, siempre y cuando exista armonía con los acuerdos que para el efecto haya expedido el Concejo Municipal, respecto de la estructura de la administración y las funciones de sus órganos y dependencias.

De manera general, los Concejos Municipales incluyen los cargos de Secretario General de los Concejos Municipales en el nivel directivo. En tal virtud, quien ejerció el citado cargo, no podrá suscribir un contrato con el Concejo Municipal durante los dos (2) años siguientes al retiro del ejercicio del cargo público, cuando el objeto que desarrollen tenga relación con el sector al cual prestaron sus servicios. Cabe señalar que esta prohibición no se extiende a otras entidades públicas del municipio.

Con base en los textos normativos señalados, esta Dirección Jurídica concluye lo siguiente:

1. El Secretario General del concejo municipal elegido para el periodo del 1 de Enero al 31 de diciembre de 2020, podrá renunciar para ocupar un cargo en la ESE hospital del Uribia, La Guajira, pues no se evidencia en la legislación una inhabilidad en este sentido.
2. Por encontrarse el cónyuge ejerciendo el cargo como Gerente de ESE hospital de Nazaret no se configura una inhabilidad para que se desempeñe como funcionario de otra ESE Hospital de Uribia, pues el primero no actúa como nominador del segundo.
3. Quien ejerció el cargo de Secretario General del Concejo Municipal no podrá suscribir un contrato con el Concejo Municipal durante los dos (2) años siguientes al retiro del ejercicio del cargo, cuando el objeto que desarrollen tenga relación con el sector al cual prestaron sus servicios. Esta prohibición no se extiende a otras entidades públicas del municipio y, por tanto, podrá suscribir contratos con otras entidades públicas.

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

Elaboró: Claudia Inés Silva

Revisó: José Fernando Ceballos

Aprobó Armando López Cortés

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PAGINA

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

Fecha y hora de creación: 2024-09-30 14:18:18