



Concepto 091381 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000091381

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000091381

Fecha: 16/03/2021 10:33:38 a.m.

REFERENCIA - INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES - Inhabilidad sobreviniente - Pariente servidor nivel asesor - RADICADO: 20219000123742 del 8 de marzo de 2021.

En atención a la comunicación de la referencia mediante la cual consulta *“Un asesor de despacho de una entidad territorial está inhabilitado para aceptar el cargo si un familiar es contratista de la misma entidad territorial. O viceversa es decir ya estando un asesor posesionado [sic] en el cargo [sic] puede la misma entidad territorial contratar por prestación de servicios a un familiar del asesor”*, me permito manifestar lo siguiente:

Inicialmente es importante destacar que este Departamento en ejercicio de sus funciones contenidas en el Decreto [430](#) de 2016, realiza la interpretación general de las disposiciones legales relacionadas con el empleo público y la administración de personal; sin embargo, no le corresponde la valoración de los casos particulares, y carece de competencia para ordenar el reconocimiento de derechos; tampoco funge como ente de control ni es el competente para decidir sobre la legalidad de las actuaciones de las entidades del estado o de los servidores públicos, competencia atribuida a los jueces de la república.

Así las cosas, solo es dable realizar una interpretación general de las disposiciones legales relacionadas con la materia de su consulta. Al respecto, atendiendo el criterio expuesto por la Sala Plena del Consejo de Estado en Sentencia dictada el 8 de febrero de 2011, las inhabilidades, como las demás calidades, exigencias o requisitos que deben reunir los candidatos para efectos de su incorporación al servicio del Estado, deben estar consagradas en forma expresa y clara en el Estatuto General que rige la función pública y son taxativas y de interpretación restrictiva, lo cual significa que deben sujetarse estrictamente a las causales previstas por el legislador.

Frente a la prohibición de los servidores públicos que ejerce la función nominadora para vincular a las personas con las cuales tengan parentesco, la Constitución Política, establece:

«ARTÍCULO 126. Modificado por el art. 2, Acto Legislativo [02](#) de 2015. El nuevo texto es el siguiente: 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 y negrilla fuera del texto)

Con relación a la normativa anterior, la Corte Constitucional en Sentencia C - 380 de 1997, Magistrado Ponente: Hernando Herrera Vergara, se pronunció al respecto, señalando que:

«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.

(...)»

“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».

Por lo tanto, la prohibición para el empleado que ejerza la función nominadora consiste en que no puede nombrar, postular, 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, (como son padres, hijos, nietos, abuelos, hermanos, tíos, primos y sobrinos), segundo de afinidad como son (suegros, nueras y cuñados), o primero civil (como son hijos adoptivos y padres adoptantes) 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.

Ahora bien, frente a la inhabilidad de los servidores públicos del nivel directivo, asesor o ejecutivo para vincular mediante contrato de prestación de servicios a sus parientes en la respectiva entidad, es necesario acudir a las disposiciones contempladas en la Ley 80 de 1993, la cual indica lo siguiente:

«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) <Aparte subrayado **CONDICIONALMENTE** exequible> 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.

(...)

De acuerdo con el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública no pueden celebrar contratos estatales con la entidad respectiva, las personas que tengan vínculos de parentesco, hasta el segundo grado de consanguinidad (Padres, hijos, abuelos, nietos, hermanos), segundo de afinidad (suegros, nueras, yernos y cuñados), o primero civil (hijos adoptivos y padres adoptantes) con los servidores públicos de los niveles directivo, asesor, ejecutivo, así como tampoco, 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.

Con fundamento en lo expuesto, se concluye:

Una vez revisado el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, no se encuentra alguna prohibición para que una persona sea nombrada como empleado público por tener un pariente como contratista por orden de prestación de servicios en la misma entidad, siempre y cuando este cumpla con los requisitos para el desempeño del mencionado cargo.

Para el caso, del contratista, como quiera que no se indicó que tipo de parentesco tiene con el servidor público del nivel asesor, corresponde al interesado tener en cuenta que la norma, en materia de inhabilidades, es extensiva a 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 asesor o con las personas que ejerzan el control interno o fiscal de la entidad contratante, independientemente de si el pariente (el del contratista) es o no quien celebre el contrato.

Caso en el cual, si está dentro de estos grados señalados en la prohibición, en criterio de esta Dirección Jurídica podría generarse una inhabilidad sobreviniente para el contratista, situación que la obliga de conformidad con el artículo 9 de la Ley 80 de 1993, a ceder el contrato previa autorización escrita de la entidad contratante o, en su defecto, a renunciar a la ejecución del contrato.

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 <http://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,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: A. Ramos

Revisó: José Fernando Ceballos.

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública
2. «Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública»
3. Expresión 'concurso' derogada por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007, 'por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos'.
4. Ley 80 de 1993: ARTÍCULO 9. DE LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES SOBREVINIENTES. <Artículo modificado por el artículo 6 de la Ley 2014 de 2019. El nuevo texto es el siguiente:> Si llegare a sobrevenir inhabilidad o incompatibilidad en el contratista, este cederá el contrato previa autorización escrita de la entidad contratante o, si ello no fuere posible, renunciará a su ejecución.

(...)

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 22:07:04