



Función Pública

Concepto 150581 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000150581

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000150581

Fecha: 29/04/2021 02:02:01 p.m.

Bogotá

Ref.: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. ¿Existe impedimento para que el rector de una institución de educación superior nombre como docentes ocasionales a familiares (esposo y hermano) de funcionarios del nivel directivo de la misma institución, sin que se realice ningún tipo de convocatoria ni concurso público? Radicado 20212060205542 del 26 de abril de 2021.

En atención a su comunicación de la referencia, en la cual consulta si existe impedimento para que parientes del personal directivo de una universidad puedan ser nombrados en la misma institución, me permito informarle lo siguiente:

Sea lo primero señalar sobre la prohibición de los servidores públicos para nombrar, postular o contratar con personas con las cuales tengan parentesco que 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.

(...)”

(Subrayado por fuera del texto original)

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 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.

Por otro lado, respecto a la autonomía universitario, el artículo 69 de la Constitución Política, consagra:

“Se garantiza la autonomía universitaria. Las universidades podrán darse sus directivas y regirse por sus propios estatutos, de acuerdo con la ley.

La ley establecerá un régimen especial para las universidades del Estado

(...)”.

La Constitución Política ha reconocido a las universidades la autonomía, en virtud de la cual tienen el derecho a regirse por sus estatutos. Es decir, el régimen especial de los entes universitarios es de origen constitucional. El legislador, en cumplimiento del mandato constitucional, expidió la ley 30 de 1992, "Por la cual se organiza el servicio público de Educación Superior", que señala:

“ARTÍCULO 28. La autonomía universitaria consagrada en la Constitución Política de Colombia y de conformidad con la presente Ley, reconoce a las universidades el derecho a darse y modificar sus estatutos, designar sus autoridades académicas y administrativas, crear, organizar y desarrollar sus programas académicos, definir y organizar sus labores formativas, académicas, docentes, científicas y culturales, otorgar los títulos correspondientes, seleccionar a sus profesores, admitir a sus alumnos y adoptar sus correspondientes regímenes y establecer, arbitrar y aplicar sus recursos para el cumplimiento de su misión social y de su función institucional”.

“ARTÍCULO 29. La autonomía de las instituciones universitarias o escuelas tecnológicas y de las instituciones técnicas profesionales estará determinada por su campo de acción y de acuerdo con la presente Ley en los siguientes aspectos:

a) Darse y modificar sus estatutos.

b) Designar sus autoridades académicas y administrativas.

c) Crear, desarrollar sus programas académicos, lo mismo que expedir los correspondientes títulos.

d) Definir y organizar sus labores formativas, académicas, docentes, científicas, culturales y de extensión.

e) Seleccionar y vincular a sus docentes, lo mismo que a sus alumnos.

f) Adoptar el régimen de alumnos y docentes.

g) Arbitrar y aplicar sus recursos para el cumplimiento de su misión social y de su función institucional.

PARÁGRAFO. Para el desarrollo de lo contemplado en los literales a) y e) se requiere notificación al Ministro de Educación Nacional, a través del Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior (Icfes)."

En este sentido, y de acuerdo con el artículo 29 de la Ley 30 de 1992, en virtud de la autonomía universitaria consagrada en la Constitución Política de Colombia, se reconoce a las Universidades la posibilidad de darse y modificar sus estatutos, designar sus autoridades académicas y administrativas, crear, organizar y desarrollar sus programas académicos, definir y organizar sus labores formativas, académicas, docentes, científicas y culturales, otorgar los títulos correspondientes, seleccionar a sus profesores, admitir a sus alumnos y adoptar sus correspondientes regímenes y establecer, arbitrar y aplicar sus recursos para el cumplimiento de su misión social y de su función institucional.

La mencionada Ley 30 de 1992, dispuso lo siguiente:

ARTÍCULO 66. El rector es el representante legal y la primera autoridad ejecutiva de la universidad estatal u oficial y será designado por el consejo superior universitario. Su designación, requisitos y calidades se reglamentarán en los respectivos estatutos."

ARTÍCULO 67. Los integrantes de los consejos superiores o de los consejos directivos, según el caso, que tuvieren la calidad de empleados públicos y el rector, estarán sujetos a los impedimentos, inhabilidades e incompatibilidades establecidas por la ley y los estatutos, así como las disposiciones aplicables a los miembros de juntas o consejos directivos de las instituciones estatales u oficiales. Todos los integrantes del consejo superior universitario o de los consejos directivos, en razón de las funciones públicas que desempeñan, serán responsables de las decisiones que se adopten." (Se subraya).

ARTÍCULO 75. El estatuto del profesor universitario expedido por el consejo superior universitario, deberá contener, entre otros, los siguientes aspectos:

(...)

b. Derechos, obligaciones, inhabilidades, incompatibilidades, distinciones y estímulos;

(...)."

ARTÍCULO 79. El estatuto general de cada universidad estatal u oficial deberá contener como mínimo y de acuerdo con las normas vigentes sobre la materia, los derechos, obligaciones, inhabilidades, situaciones administrativas y régimen disciplinario del personal administrativo." (Se subraya).

De conformidad con lo anterior, el estatuto general de cada universidad estatal u oficial deberá contener como mínimo y de acuerdo con las normas vigentes sobre la materia, los derechos, obligaciones, inhabilidades, situaciones administrativas y régimen disciplinario del personal docente.

Ahora bien, el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente, Germán Alberto Bula Escobar, en su concepto con Radicado 2387 emitido el 27 de noviembre de 2018, sobre el tema de las inhabilidades en las universidades, señaló:

“Observa la Sala sobre el particular que, aunque en efecto constitucionalmente se consagró el principio de la autonomía universitaria. (art. 69 C.P.). el mismo no es un postulado absoluto e ilimitado que pueda entenderse en términos que desconozcan el ordenamiento constitucional y legal vigente. menos aún en materia de inhabilidades. las cuales. se insiste. constituyen limitaciones al ejercicio del derecho constitucional de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos.

Esta Sección al referirse al principio de la autonomía universitaria ha señalado que el mismo no es absoluto y que debe interpretarse de manera sistemática. esto es, en concordancia con las demás disposiciones y principios constitucionales y legales atinentes al servicio público de la educación, en sus diferentes aspectos.

3.2.8 En el anterior contexto. es claro que el acto acusado al fijar unas causales de inhabilidad para ejercer el cargo de Rector de la Universidad Surcolombiana desconoce lo dispuesto en los artículos 6,123 y 150 núm. 23 de la Constitución Política. configurándose por ende el cargo de falta de competencia. por cuanto que tales impedimentos solo pueden tener origen en la Constitución o en la ley, y no en otras normas de carácter inferior, como la expedida por una autoridad universitaria, las cuales solo pueden señalar tales inhabilidades, pero con estricto arreglo a lo dispuesto previamente por las citadas normas superiores. sin que resulte válido afirmar que el principio general de la reserva de ley en esta materia tenga una excepción en el principio de la autonomía. el cual. como se dijo, no es absoluto. en tanto que encuentra precisos límites en el ordenamiento constitucional y legal. "13 (Resalta la Sala)

En sentencia más reciente, la Sección Primera del máximo tribunal de lo contencioso administrativo explica:

<<(...) es claro tanto para la jurisprudencia tanto Constitucional como para la de lo Contencioso Administrativo que las inhabilidades tienen como fuente creadora la Constitución y la Ley exclusivamente, de lo cual se infiere que una norma con un rango inferior al descrito debe ser expulsada del ordenamiento jurídico.

En consecuencia, como el Acuerdo Superior No. 004 de 2009 es un acto administrativo, es decir, con un rango inferior a la Constitución y a la Ley, las disposiciones que se subrayaron anteriormente deberán declararse nulas por ser expedidas por una autoridad que no ostentaba competencia para determinar un régimen de inhabilidades para los cargos de Rector, Vicerrector Académico, Vicerrector de Recursos Universitarios, Secretario General y Decano de la Universidad de Los Llanos.>>

En síntesis, la autonomía universitaria no tiene la entidad suficiente para otorgar a las IES la competencia para establecer en su normativa interna inhabilidades e incompatibilidades para sus servidores, asuntos que tienen reserva constitucional y legal.”

De acuerdo con el concepto citado, si bien las universidades gozan de autonomía universitaria, no están facultadas para modificar o suprimir inhabilidades de orden legal o constitucional y, en tal virtud, las inhabilidades consagradas para los servidores públicos deben ser aplicadas.

Frente a la naturaleza jurídica de los docentes ocasionales, la Ley 30 de 1992 preceptúa lo siguiente:

“ARTÍCULO 74. Serán profesores ocasionales aquellos que con dedicación de tiempo completo o de medio tiempo, sean requeridos transitoriamente por la entidad para un período inferior a un año.

<Aparte tachado INEXEQUIBLE> Los docentes ocasionales no son empleados públicos ni trabajadores oficiales, sus servicios serán reconocidos mediante resolución y no gozarán del régimen prestacional previsto para estos últimos.”- (Subrayado fuera de texto).

De acuerdo al artículo en cita, los docentes ocasionales son aquellos que con dedicación de tiempo completo o de medio tiempo, son requeridos transitoriamente por la entidad para un período inferior a un año; estos no son empleados públicos, ni trabajadores oficiales y sus servicios se reconocen mediante resolución.

En cuanto al Rector de una universidad estatal, *“es un servidor público, puesto que cumple con lo dispuesto en el artículo 123 de la Constitución Política”*¹.

Retomando lo expuesto por el artículo 126 de la Carta, los servidores públicos (calidad de la que goza el rector), 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. Como se aprecia, la prohibición no está limitada a la vinculación de empleados, sino que cobija también a la vinculación que haga el servidor, en su calidad de nominador, mediante contratación. Esta limitación suprallegal no puede ser desconocida ni modificada por los estatutos universitarios.

En este orden de ideas y de acuerdo con lo señalado, la inhabilidad se presentará para nombrar a los parientes del rector, sin que se incluya dentro de la prohibición a los parientes del personal directivo de la misma universidad. No obstante y en ejercicio de la autonomía universitaria se sugiere revisar igualmente los estatutos de la universidad respectiva, con el fin de verificar que no exista alguna limitación en ese sentido.

Por último, me permito indicarle que, para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web www.funcionpublica.gov.co/eva en el link Gestor Normativo donde podrá consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica.

El anterior concepto se imparte en los términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Maia Borja/JFCA

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 08:18:56