



**Función Pública**

# Concepto 198631 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20216000198631\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000198631

Fecha: 03/06/2021 03:00:53 p.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Servidor público. Prohibición de contratar a parientes de empleado del nivel Directivo de la entidad contratante. RAD. 20219000429162 del 13 de mayo de 2021.

En la comunicación de la referencia, informa que es instructor contratista en la entidad en SENA. Luego de la participación en la convocatoria y ya siendo parte del banco de instructores, un familiar en segundo grado de consanguinidad fue nombrado como subdirector encargado en un centro de formación diferente al cual labora y en una Regional diferente. En cada centro de formación del SENA, la responsabilidad de ordenador del gasto está en el subdirector del centro, pero en este caso, el familiar no es el nominador directo toda vez que el encargo de subdirector está en un centro de formación y regional diferente al que pertenece. Con base en la información precedente, solicita concepto sobre la existencia de inhabilidad para seguir siendo parte de la entidad con contratista por prestación de servicios., me permito manifestarle lo siguiente:

La Ley 80 de 1993, "Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública", determina en su Artículo 8:

ARTÍCULO 8º.- De las Inhabilidades e Incompatibilidades para Contratar:

(...)

2o. Tampoco podrán participar en licitaciones o concursos ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva: <La expresión "Concursos" fue derogada por el art. 32 de la Ley 1150 de 2007>

(...)

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.

(...)” (Se resalta).

De acuerdo con el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, no podrá participar en licitaciones o concursos ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva quienes 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 de un miembro de la junta o consejo directivo, o con las personas que ejerzan el control interno o fiscal de la entidad contratante.

Según la información suministrada en la consulta, la persona que se pretende contratar se encuentra en el segundo grado de consanguinidad con quien ejerce el cargo de Subdirector.

Ahora bien, respecto de la aplicación de las inhabilidades e incompatibilidades para quien ejerce un empleo mediante encargo, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, en sentencia con Radicación numero: 76001-23-31-000-2007-01477-02 del 31 de julio de 2009, Consejera ponente: María Nohemí Hernández Pinzón, señaló:

“(…) No sobra agregar que la tesis según la cual las inhabilidades derivadas del ejercicio de cargos públicos no se configuran cuando se desempeñan a título de encargo, fue desvirtuada por la Sección en varias oportunidades; así, en sentencia de 5 de octubre de 2001, exp. 2001-0003 (2463), determinó lo siguiente:

*<<... esta Sala sostiene que con el ejercicio del cargo, a cualquier título, se configura la inhabilidad, vale decir, no sólo cuando se ejerce en propiedad sino también mediante otra forma de provisión, como por ejemplo, en provisionalidad, en comisión o por encargo, porque la norma hace referencia al ejercicio y no a la titularidad del cargo.*

*Al respecto se observa:*

*Según los Artículos 23 del Decreto Ley 2400 de 1968 y 34 del Decreto Reglamentario 1950 de 1973, el encargo es una situación administrativa que implica el desempeño temporal, por un empleado, de funciones propias de otro cargo, en forma parcial o total, por ausencia temporal o definitiva del titular.*

*El concepto de encargo trae implícito el desempeño de funciones constitucionales y legales asignadas al titular, como lo ha afirmado esta Corporación en forma reiterada . Así se pronunció al respecto:*

*“El encargo implica de por sí para quien lo asuma, el desempeño de las funciones propias del empleo para el cual se ha producido el encargo, en forma parcial o total de las mencionadas funciones, según lo señale el acto administrativo que lo confiere sin que se requiera por dicha razón, de una delegación de funciones. Ha de entenderse, asimismo, que si el acto que confiere el encargo no establece expresamente qué clase de funciones puede ejercer la persona en el empleo para el cual ha sido encargada, ella está en capacidad de cumplir todas aquellas funciones propias o inherentes del cargo que se va a desempeñar temporalmente.>>*

En sentencia de 17 de febrero de 2005 se reiteró la tesis expuesta en precedencia, y se agregó que:

*“Adicional a lo anterior debe señalarse que el encargo, como una situación administrativa que es, corresponde a una figura jurídica empleada para proveer los cargos ante vacancias definitivas o temporales, encomendando el ejercicio de esas funciones a otro empleado, quien puede ser desvinculado o no, de las funciones inherentes a su cargo (D.L. 2400 de 1968 art. 23 y D.R. 1950 de 1973 art. 34). Según el tenor literal de la primera disposición “Los empleados podrán ser encargados parcial o totalmente las funciones de empleos diferentes de aquéllos para los cuales han sido nombrados por ausencia temporal o definitiva del titular”, lo cual conduce a pensar que si en el acto de encargo no se delimitan las funciones, es claro que el encargado está habilitado para ejercerlas a plenitud, sin que del mismo puede predicarse, como lo hace el apoderado*

*del accionado, que sea un simple administrador por tan precaria condición.” (Negrillas y subrayas de la Sala)”*

De acuerdo con la Sentencia del Consejo de Estado, quien ejerce un empleo mediante la figura del encargo y lo realiza asumiendo la totalidad de sus funciones, está en capacidad de cumplir todas aquellas funciones propias o inherentes del cargo que se va a desempeñar temporalmente. Por lo tanto, la inhabilidad en estudio será aplicable para quien ejerce el cargo mediante la figura del encargo.

Ahora bien, el Artículo 9° de la citada Ley 80, determina los siguiente:

“ARTÍCULO 9o. 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.

Cuando la inhabilidad o incompatibilidad sobrevenga en un proponente dentro de un proceso de selección, se entenderá que renuncia a la participación en el proceso de selección y a los derechos surgidos del mismo.

Si la inhabilidad o incompatibilidad sobreviene en uno de los miembros de un consorcio o unión temporal, este cederá su participación a un tercero previa autorización escrita de la entidad contratante. En ningún caso podrá haber cesión del contrato entre quienes integran el consorcio o unión temporal.

(...)

Para el caso de cesión, será la entidad contratante la encargada de determinar el cesionario del contrato.” (Se subraya).

De acuerdo con el citado texto legal, un contratista en quien sobrevenga una inhabilidad o incompatibilidad, deberá ceder su contrato o renunciar a su ejecución.

Así las cosas, en criterio de esta Dirección Jurídica, el pariente en segundo grado de consanguinidad con el Subdirector del SENA, no podrá suscribir contrato de prestación de servicios con esa entidad, por cuanto aquél pertenece al nivel directivo y la norma prohibitiva incluye a los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, configurándose así la inhabilidad prevista en el literal b) del numeral 2° del Artículo 8° de la Ley 80 de 1993.

En caso de encontrarse desarrollando el contrato, se configura la inhabilidad sobreviniente y deberá el contratista ceder su contrato o renunciar a su ejecución.

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 LÓPEZ CORTÉS

Director Jurídico

Elaboró: Claudia Inés Silva

Revisó: José Fernando Ceballos

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

---

Fecha y hora de creación: 2024-12-11 18:47:22