



Concepto 105591 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

20236000105591

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000105591

Fecha: 13/03/2023 06:12:09 p.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Empleado Público. Contratista para ser empleado. Parentesco. Hijo de secretario de despacho para ser contralor provincial. RAD.: 20239000084002 del 7 de febrero de 2023.

En atención a la comunicación de la referencia, en la cual consulta si una persona que había estado vinculada mediante contrato de prestación de servicios en una secretaría departamental está inhabilitada para ser gerente de la Contraloría General de la República, así como si el hijo de un secretario de despacho está inhabilitado para ser contralor provincial, me permito dar respuesta en los siguientes términos:

Respecto de su primer interrogante, me permito manifestarle que, de conformidad con lo expuesto por la Corte Constitucional en reiterados pronunciamientos¹, 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 Estado² 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”. (Las negrillas y subrayas son de la Sala).

Conforme con 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.

Así las cosas, una vez revisadas las normas que rigen las inhabilidades para el ejercicio de un empleo, principalmente las contenidas entre otros en los artículos 122, 126, 127, 128, 129 de la Constitución Política, los artículos 40 y siguientes de la Ley 1952 de 2019³ y el Decreto Ley 267 de 2000⁴; no se evidencia inhabilidad para que quien suscribió y finalizó un contrato estatal de prestación de servicios, se vincule como empleado público.

No obstante, en caso que no haya finalizado el citado contrato y el contratista pretenda vincularse como empleado público en la misma o en otra entidad pública, se considera que le sobrevendría la inhabilidad contemplada en el artículo 8 literal f) de la Ley 80 de 1993⁵, situación que le obligaría a ceder el contrato, previa autorización escrita de la autoridad contratante, o si ello no fuere posible deberá renunciar a su ejecución para poder vincularse en el cargo.

Por otro lado, en cuanto a su segunda pregunta, se observa que la Constitución Política de Colombia de 1991, 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. (...)”

De conformidad con la norma constitucional citada, se deduce que la prohibición para el empleado que ejerza la función nominadora, consiste en que no puede nombrar en la entidad que dirige, a personas con las cuales estén ligados por matrimonio o unión permanente o tenga relación de parentesco en los grados señalados, es decir, hasta el cuarto grado de consanguinidad, como son padres, hijos, nietos, abuelos, hermanos, tíos, primos y sobrinos; segundo de afinidad-suegros, nueras y cuñados, o primero civil - hijos adoptivos y padres adoptantes.

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.

En ese sentido, esta Dirección Jurídica ha sido consistente al manifestar que como quiera que la prohibición se encamina a restringir que quien tenga la función nominadora en una entidad, nombre a sus parientes en los grados arriba indicados o cónyuge o compañero (a) permanente, se colige que en el caso que ninguno de los parientes tenga la función nominadora dentro de la entidad, no existe inhabilidad alguna para que se

vinculen como empleados en una misma entidad pública o en entidades distintas.

Así las cosas, considerando que según su escrito se trata de dos empleados públicos que son parientes en primer grado de consanguinidad, existirá inhabilidad si uno produce el nombramiento del otro. De no ser así, se advierte que no hay prohibición alguna para que ambos presten sus servicios en la misma entidad pública o en entidades pertenecientes a un mismo municipio.

Al margen de lo anterior, se precisa que en caso de presentarse un conflicto de interés, deberá acudirse a lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley 1952 de 2019, según el cual todo servidor público deberá declararse impedido para actuar en un asunto cuando tenga interés particular y directo en su regulación, gestión, control o decisión, o lo tuviere su cónyuge, compañero o compañera permanente, o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, o su socio o socios de hecho o de derecho; para cuyo trámite deberá adelantarse el procedimiento previsto en los artículos 11 y 12 de la Ley 1437 de 2011⁵, para efectos de analizar el impedimento o la recusación. Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público y demás temas competencia de este Departamento Administrativo, me permito indicar que en el link <https://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 CORTÉS

Director Jurídico

Proyectó: Melitza Donado.

Revisó: Maia Borja G.

Aprobó: Armando López C.

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 No. 11001-03-15-000-2010-00990-00(PI). Demandante: Cesar Julio Gordillo Núñez.

3 Por medio de la cual se expide el código general disciplinario se derogan la ley 734 de 2002 y algunas disposiciones de la ley 1474 de 2011, relacionadas con el derecho disciplinario.

4 Por el cual se dictan normas sobre organización y funcionamiento de la Contraloría General de la República, se establece su estructura orgánica, se fijan las funciones de sus dependencias y se dictan otras disposiciones.

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

6 Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 13:58:35