



Concepto 134391 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

20236000134391

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000134391

Fecha: 03/04/2023 03:49:14 p.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA. INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Servidor Público. Existe inhabilidad o incompatibilidad para que parientes presten sus servicios como empleados públicos en la misma entidad. RADICACIÓN. 20239000143382 de fecha 06 de marzo de 2023.

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual consulta si existe alguna inhabilidad para que se vincule como gerente de una entidad, persona que tiene vínculo de parentesco (primo) con servidor vinculado a empleo de libre nombramiento y remoción en la misma entidad, me permito manifestar lo siguiente:

Inicialmente, es preciso indicar 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.

Conforme lo anterior, las inhabilidades son restricciones fijadas por 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, son taxativas, es decir, están expresamente consagradas en la Constitución o en la Ley y su interpretación es restrictiva, sin que puedan buscarse analogías o aducirse razones para hacerlas extensivas a casos no comprendidos por el legislador, pues la voluntad de éste no puede ser suplantada, en detrimento de derechos de terceros o de intereses sociales que exigen la sujeción estricta al texto de la ley prohibitiva.

Respecto de las inhabilidades para nombrar como empleados públicos a los cónyuges, compañeros permanentes o los parientes de los empleados públicos, 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...” (Subrayado por fuera del texto original).

En cuanto a los grados de parentesco, tenemos que de acuerdo con lo establecido en los Artículos 35 y siguientes del Código Civil, el parentesco de consanguinidad es la relación o conexión que existe entre las personas que descienden de un mismo tronco o raíz, o que están unidas por los vínculos de la sangre, mientras que los grados de consanguinidad entre dos personas se cuentan por el número de generaciones; por su parte, el parentesco por afinidad es el que existe entre una persona que está o ha estado casada y los consanguíneos legítimos de su marido o mujer y que podemos resumir así para efectos de la consulta:

Primer grado de consanguinidad: padres e hijos.

Segundo grado de consanguinidad: abuelos, nietos y hermanos.

Tercer grado de consanguinidad: tíos y sobrinos.

Cuarto grado de consanguinidad: primos y sobrinos nietos.

Primer grado de afinidad: padres (suegros) e hijos del esposo o compañero permanente del servidor.

Segundo grado de afinidad: abuelos, nietos y hermanos del esposo (cuñados) o compañero permanente del servidor.

Primer grado civil: hijos adoptados y padres adoptivos.

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 en la citada norma constitucional.

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.

Así las cosas, 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.

Se debe precisar que si uno de los parientes tiene la función nominadora de la entidad; es decir, es el director de la misma, como es el caso particular de la consulta, no podrá nombrar a su cónyuge ni a sus parientes dentro de los grados que establece la norma.

Con base en los argumentos expuestos, esta Dirección Jurídica considera que además, este concepto pretende establecer si sobreviene inhabilidad para el servidor público, por el hecho de que un pariente (cuarto grado de consanguinidad) suyo tome posesión en el cargo de gerente de la entidad, el cual tiene asignada la facultad nominadora de la entidad donde el servidor se encuentra vinculado.

En el caso descrito para que la persona elegida como gerente esté sujeta a la prohibición constitucional de que habla el artículo 126 de la Carta, esto es, de nombrar o designar como funcionarios del respectivo departamento a su cónyuge o compañero permanente, parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, es requisito sine qua non que tome posesión del respectivo cargo, formalidad con la que se asume plenamente la función pública y, para el caso, la facultad nominadora; la cual, dicho se de paso, solo es posible ejercerla hacia el futuro.

Para el caso particular, el servidor público nombrado en empleo de libre nombramiento y remoción se encuentra vinculado a la entidad antes de que su pariente (primo) se poseione como gerente de la misma, es decir, la designación del primero provino de un acto administrativo expedido por quien era competente y no se hallaba impedido para hacerlo, acto éste que además se encuentra amparado por la presunción de legalidad.

No sobra advertir que una vez posesionado como gerente el pariente, éste no podrá ascender, evaluar o promocionar al familiar vinculado a la entidad.

En este orden de ideas, esta Dirección Jurídica considera que para el caso de la consulta, no se configura inhabilidad por no estar prevista la situación planteada en norma constitucional o legal que así lo establezca, razón por la cual se considera que se podrá posesionar en el cargo de gerente de una entidad, la persona que tenga vínculo de parentesco con servidor que ya se encontraba previamente vinculado a la misma.

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

Proyectó: Sonia Estefanía Caballero Sua

Revisó: Maia Valeria Borja Guerrero

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PAGINA

¹Corte Constitucional en Sentencia No. C-546 de 1993, Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz.

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 08:08:26