



# Concepto 225561 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20236000225561\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000225561

Fecha: 07/06/2023 03:45:37 p.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Servidor público. Prohibición de contratar a parientes de ex empleados del Nivel Directivo en la misma entidad. RAD. 20232060298752 del 23 de mayo de 2023.

En la comunicación de la referencia, solicita le sean absueltas las siguientes inquietudes:

¿Puede el cónyuge de un ex directivo de una entidad estatal del nivel central (Un ministerio) firmar un contrato de prestación de servicios con esta entidad en el lapso de tiempo de los 2 años después de su retiro, cuando el objeto del contrato es diferente al de las funciones legales que ejerció cuando fungió como servidor público de libre nombramiento y remoción en nivel directivo? ¿Le aplica al cónyuge la palabra "primer grado de afinidad" del que data el artículo 4 de la ley 1474 de 2011, es decir, por el hecho de ser cónyuge de aquel directivo, que incluso no tuvo facultades nominadoras cuando ejerció, no puede ser contratado en esta entidad por el lapso de 2 años?

Sobre las inquietudes expuestas, me permito manifestarle lo siguiente:

Sobre la prohibición de contratar, 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 8.- De las Inhabilidades e Incompatibilidades para Contratar:

(...)

Directa o indirectamente las personas que hayan ejercido cargos en el nivel directivo en entidades del Estado y las sociedades en las cuales estos hagan parte o estén vinculados a cualquier título, durante los dos (2) años siguientes al retiro del ejercicio del cargo público, cuando el objeto que desarrollen tenga relación con el sector al cual prestaron sus servicios.

Esta incompatibilidad también operará para las personas que se encuentren dentro del primer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o primero civil del ex empleado público." (Negrilla fuera del texto)."

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 quien haya ejercido cargos en el nivel directivo en entidades del Estado y las sociedades en las cuales estos hagan parte o estén vinculados a cualquier título, y las personas que se encuentren dentro del primer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o primero civil del ex empleado público, prohibición que tendrá vigencia hasta 2 años siguientes al retiro del servidor, cuando el objeto que desarrolle tenga relación con el sector al cual prestó sus servicios.

Como se aprecia, en la prohibición no incluye a los cónyuges ni a los compañeros permanentes.

La Corte Constitucional mediante la sentencia C-257 del 7 de mayo de 2013 resolvió la demanda de inconstitucionalidad en contra del inciso 1 del artículo 3 y el artículo 4 de la Ley 1474 de 2011, Conjuez Ponente: Jaime Córdoba Triviño, y señaló lo siguiente:

"4.- Análisis de la constitucionalidad del artículo 4 de la ley 1474 de 2001, que adiciona un literal f) al numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993.

Esta disposición normativa establece, dentro del conjunto de inhabilidades que el legislador ha previsto para contratar con el Estado, específicamente para (i) quienes hayan ejercido cargos directivos en las entidades del Estado; (ii) sus parientes dentro del primer grado de consanguinidad, primero de afinidad o primero civil; y (iii) las sociedades en las cuales dichos ex directivos a sus parientes próximos hagan parte

o estén vinculados a cualquier título a esa sociedad, cuando el objeto que desarrollen tenga relación con el sector al cual prestaron sus servicios. La inhabilidad rige durante los dos años siguientes a su retiro.

(...)

En los términos ya señalados, se reitera que el legislador goza en esta materia de una amplia libertad de configuración para establecer un régimen estricto de inhabilidades e incompatibilidades para los servidores públicos durante el ejercicio de sus funciones y por un tiempo razonable a partir de su retiro, especialmente en el ámbito de la contratación pública. En este caso las medidas legislativas se han adoptado como parte esencial de una política pública cuyo fin es la de erradicar y prevenir no solo posibles actos de corrupción, sino la de proscribir ventajas y privilegios que entrañan grave desconocimiento de los fines del estado, de los principios de la función pública y de los derechos de los ciudadanos en materia de contratación estatal. Política pública que, como ya se anotó, responde a una continuidad histórica, desde su consagración en el artículo 8 de la Ley 80 de 1993 y que se ha ordenado a establecer rigurosos mecanismos de prevención de prácticas indeseables en la contratación pública. Por ello resulta constitucionalmente admisible establecer una inhabilidad para contratar con el Estado a los ex servidores públicos que ejercieron funciones directivas y a las sociedades en que en estos o sus parientes hagan parte y la entidad del estado a la cual estuvo vinculado como directivo.

No puede perderse de vista que la norma acusada establece la inhabilidad para contratar, directa o indirectamente, a quienes hayan ejercido cargos en el nivel directivo en entidades del Estado, o sus parientes, y las sociedades en las cuales estos hagan parte o estén vinculados a cualquier título. Es claro que la norma señala que la inhabilidad se aplica en relación con aquellos servidores públicos que desempeñaron funciones de dirección para evitar que puedan utilizar los vínculos, influencia y ascendencia que estos ex directivos -o sus familiares cercanos - puedan tener con la entidad y sus funcionarios encargados de los procesos de selección, precisamente por el rol de jerarquía y mando que ejerció, con lo cual se trata de poner a salvo los principios constitucionales de la administración pública ya referidos.

(...)

Bajo esas precisiones la Corte declarará la constitucionalidad del enunciado normativo acusado.” (Negrilla y Subrayado fuera de texto)

De acuerdo con la interpretación de la Corte Constitucional, resulta constitucionalmente admisible establecer una inhabilidad para contratar con el Estado a los ex servidores públicos que ejercieron funciones directivas y a las sociedades en que en estos o sus parientes hagan parte y la entidad del Estado a la cual estuvo vinculado como directivo. Según la Corte, es claro que la norma señala que la inhabilidad se aplica en relación con aquellos servidores públicos que desempeñaron funciones de dirección para evitar que puedan utilizar sus vínculos, influencia y ascendencia con la entidad en la que prestaron sus servicios y sus funcionarios encargados de los procesos de selección, precisamente por el rol de jerarquía y mando que ejercieron siendo directivos.

Sobre el carácter restringido de las inhabilidades, la Sala Plena del Consejo de Estado<sup>1</sup> en sentencia emitida el 8 de febrero de 2011, 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).

Según el pronunciamiento citado, la inhabilidad debe estar creada de manera expresa por la Ley o por la Constitución, y no puede dársele una interpretación extensiva o analógica. En tal virtud, si la norma no incluye en la inhabilidad a los cónyuges y/o a los compañeros permanentes, no puede el intérprete extender esta limitación e incluirlos en la misma.

En cuanto al parentesco por afinidad, la legislación colombiana define el parentesco por afinidad como el que existe entre un cónyuge o compañero/a permanente y los consanguíneos éste/a, y el grado de afinidad se determina por el grado de consanguinidad de dicho cónyuge o compañero/a con el su consanguíneo. En vía de ejemplo, un esposo/a o compañero/a permanente está en primer grado de afinidad con los hijos de su esposa o compañera concebidos en otra relación. En el parentesco por afinidad no se incluye al cónyuge o compañero/a permanente

Con base en los argumentos expuestos, esta Dirección Jurídica considera que el cónyuge de un ex directivo de una entidad estatal del nivel central (ministerio), no está cobijada por la inhabilidad, por cuanto la norma no incluyó este vínculo en la limitación contenida en el literal f) del numeral 2° del artículo 8° de la Ley 80 de 1993 y no puede hacerse extensiva por su carácter restrictivo. Esta limitación opera sólo para parientes que se encuentren dentro del primer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o primero civil del ex empleado público y el cónyuge no está incluido en el parentesco por afinidad.

En caso 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”: <https://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 y aprobó Armando López Cortés

11602.8.

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1Sentencia proferida dentro del Expediente No. 11001-03-15-000-2010-00990-00(PI) Demandante: César Julio Gordillo Núñez.

---

*Fecha y hora de creación: 2024-12-04 13:46:46*