



Concepto 286731 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

20236000286731

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000286731

Fecha: 10/07/2023 03:56:35 p.m.

Bogotá, D.C.

REFERENCIA: Tema: Inhabilidades e incompatibilidades Subtema: Inhabilidades por parentesco RADICACIÓN: 20239000593722 del 3 de junio de 2023

En atención a su comunicación de la referencia, mediante la cual consulta sobre las posibles inhabilidades entre familiares para trabajar en la misma entidad, me permito dar respuesta en los siguientes términos:

El artículo 125 de la Constitución Política de Colombia establece:

"ARTICULO 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley."

De acuerdo con lo anterior, los servidores públicos que prestan sus servicios al Estado son, por regla general, de carrera y, excepcionalmente, de elección popular, de libre nombramiento y remoción y trabajadores oficiales, entre otros que determine la ley.

Por su parte, la Ley 909 de 2004¹ señala:

"ARTÍCULO 23. CLASES DE NOMBRAMIENTOS. Los nombramientos serán ordinarios, en período de prueba o en ascenso, sin perjuicio de lo que dispongan las normas sobre las carreras especiales.

Los empleos de libre nombramiento y remoción serán provistos por nombramiento ordinario, previo el cumplimiento de los requisitos exigidos

para el desempeño del empleo y el procedimiento establecido en esta ley.

Los empleos de carrera administrativa se proveerán en período de prueba o en ascenso con las personas que hayan sido seleccionadas mediante el sistema de mérito, según lo establecido en el Título V de esta ley”.

De conformidad con la norma anteriormente transcrita, para proveer un empleo de libre nombramiento y remoción debe realizarse un nombramiento ordinario, siempre y cuando cumpla los requisitos exigidos para el desempeño del nuevo empleo.

Ahora bien, 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.”

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 esté ligados por matrimonio o unión permanente, o con quienes tenga relación de parentesco en los grados señalados en la citada norma constitucional, es decir, hasta el cuarto grado de consanguinidad (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.

Así, 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.

Por su parte, la Ley 80 de 1993² dispone:

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

1o. Son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales:

a) Las personas que se hallen inhabilitadas para contratar por la Constitución y las leyes

b) Quienes participaron en las licitaciones o concursos o celebraron los contratos de que trata el literal anterior estando inhabilitados.

c) Quienes dieron lugar a la declaratoria de caducidad

d) (Quienes en sentencia judicial hayan sido condenados a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas) y quienes hayan sido sancionados disciplinariamente con destitución.

(El texto subrayado fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C_178 de 1996; el texto entre paréntesis fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia 489 de 1996.)

e) Quienes sin justa causa se abstengan de suscribir el contrato estatal adjudicado.

f) Los servidores públicos.

(Ver el Concepto del Consejo de Estado 867 de 1996.)

g) Quienes sean cónyuges o (compañeros permanentes) y quienes se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con cualquier otra persona que formalmente haya presentado propuesta para una misma licitación o concurso.

(Literal declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-415 de 1994.)

(El texto entre paréntesis fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-029 de 2009, en el entendido de que en igualdad de condiciones, ellas comprenden también a los integrantes de las parejas de un mismo sexo.)

(La expresión "Concurso" fue derogada por el art. 32 de la Ley 1150 de 2007.) (Ver el Concepto de la Sec. General 1045 de 1995.)

h) Las sociedades distintas de las anónimas abiertas, en las cuales el representante legal o cualquiera de sus socios tenga parentesco en segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el representante legal o con cualquiera de los socios de una sociedad que formalmente haya presentado propuesta, para una misma licitación o concurso.

(Literal declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-415 de 1994) (La expresión "Concurso" fue derogada por el art. 32 de la Ley 1150 de 2007.)

i) Los socios de sociedades de personas a las cuales se haya declarado la caducidad, así como las sociedades de personas de las que aquéllos formen parte con posterioridad a dicha declaratoria.

Las inhabilidades a que se refieren los literales c), d), e) i) se extenderán por un término de cinco (5) años contados a partir de la fecha de ejecutoria del acto que declaró la caducidad, o de la sentencia que impuso la pena, o del acto que dispuso la destitución; las previstas en los literales b) y e), se extenderán por un término de cinco (5) años contados a partir de la fecha de ocurrencia del hecho de la participación en la licitación o concurso, o de la celebración del contrato, o de la de expiración del plazo para su firma.

(La expresión "Concurso" fue derogada por el art. 32 de la Ley 1150 de 2007.)

j) *Modificado por el art. 2, Ley 2014 de 2019, Modificado por el art. 1, Ley 1474 de 2011. Literal adicionado por el art. 18, Ley 1150 de 2007, así: Las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos contra la Administración Pública, o de cualquiera de los delitos o faltas contempladas por la Ley 1474 de 2011 y sus normas modificatorias o de cualquiera de las conductas delictivas contempladas por las convenciones o tratados de lucha contra la corrupción suscritos y ratificados por Colombia, así como las personas jurídicas que hayan sido declaradas responsables administrativamente por la conducta de soborno transnacional.*

Esta inhabilidad procederá preventivamente aún en los casos en los que esté pendiente la decisión sobre la impugnación de la sentencia condenatoria.

Asimismo, la inhabilidad se extenderá a las sociedades de las que hagan parte dichas personas en calidad de administradores, representantes legales, miembros de junta directiva o de socios controlantes, a sus matrices y a sus subordinadas, a los grupos empresariales a los que estas pertenezcan cuando la conducta delictiva haya sido parte de una política del grupo y a las sucursales de sociedades extranjeras, con excepción de las sociedades anónimas abiertas.

También se considerarán inhabilitadas para contratar, las personas jurídicas sobre las cuales se haya ordenado la suspensión de la personería jurídica en los términos de ley, o cuyos representantes legales, administradores de hecho o de derecho, miembros de junta directiva o sus socios controlantes, sus matrices, subordinadas y/o las sucursales de sociedades extranjeras, hayan sido beneficiados con la aplicación de un principio de oportunidad por cualquier delito contra la administración pública o el patrimonio del Estado.

La inhabilidad prevista en este literal se extenderá de forma permanente a las sociedades de las que hagan parte dichas personas en las calidades presentadas en los incisos anteriores, y se aplicará de igual forma a las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos mencionados en este literal.

jurisprudencia

k) *Literal adicionado por el art. 2, Ley 1474 de 2011, adicionado por el párrafo 2, art. 84, Ley 1474 de 2011 Las personas naturales o jurídicas que hayan financiado campañas políticas a la Presidencia de la República, a las gobernaciones, a las alcaldías o al Congreso de la República, con aportes superiores al dos por ciento (2.0%) de las sumas máximas a invertir por los candidatos en las campañas electorales en cada circunscripción electoral, quienes no podrán celebrar contratos con las entidades públicas, incluso descentralizadas, del respectivo nivel administrativo para el cual fue elegido el candidato.*

La inhabilidad se extenderá por todo el período para el cual el candidato fue elegido. Esta causal también operará para las personas que se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad, o primero civil de la persona que ha financiado la campaña política.

Esta inhabilidad comprenderá también a las personas jurídicas en las cuales el representante legal, los miembros de junta directiva o cualquiera de sus socios controlantes hayan financiado directamente o por interpuesta persona campañas políticas a la Presidencia de la República, a las gobernaciones, las alcaldías o al Congreso de la República.

La inhabilidad contemplada en esta norma no se aplicará respecto de los contratos de prestación de servicios profesionales.

k) *Literal CONDICIONALMENTE exequible. Literal adicionado por el párrafo 2o. del artículo 84 de la Ley 1474 de 2011. El nuevo texto es el siguiente: > El interventor que incumpla el deber de entregar información a la entidad contratante relacionada con el incumplimiento del contrato, con hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato.*

Esta inhabilidad se extenderá por un término de cinco (5) años, contados a partir de la ejecutoria del acto administrativo que así lo declare, previa la actuación administrativa correspondiente.

2o. Tampoco podrán participar en licitaciones o concursos ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva:

(La expresión "Concurso" fue derogada por el art. 32 de la Ley 1150 de 2007.)

Quienes fueron miembros de la junta o consejo directivo o servidores públicos de la entidad contratante. Esta incompatibilidad sólo comprende a quienes desempeñaron funciones en los niveles directivo, asesor o ejecutivo y se extiende por el término de un (1) año, contado a partir de la fecha del retiro.

(Ver el Concepto del Consejo de Estado 867 de 1996.)

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.

(Literal declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia 429 de 1997.) (Ver los Conceptos del Consejo de Estado 761 de 1995 y 925 de 1996.)

El cónyuge compañero o compañera permanente del servidor público en los niveles directivo, asesor, ejecutivo, o de un miembro de la junta o consejo directivo, o de quien ejerza funciones de control interno o de control fiscal.

(El texto subrayado fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C_029 de 2009, en el entendido de que en igualdad de condiciones, ellas comprenden también a los integrantes de las parejas de un mismo sexo.)

d) Las corporaciones, asociaciones, fundaciones y las sociedades anónimas que no tengan el carácter de abiertas, así como las sociedades de responsabilidad limitada y las demás sociedades de personas en las que el servidor público en los niveles directivo, asesor o ejecutivo, o el miembro de la junta o consejo directivo, o el cónyuge, compañero o compañera permanente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, afinidad o civil de cualquiera de ello, tenga participación o desempeñe cargos de dirección o manejo.

(El texto subrayado fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C_029 de 2009, en el entendido de que en igualdad de condiciones, ellas comprenden también a los integrantes de las parejas de un mismo sexo.)

e) Los miembros de las juntas o consejos directivos. Esta incompatibilidad sólo se predica respecto de la entidad a la cual prestan sus servicios y de las del sector administrativo al que la misma esté adscrita o vinculada.

f) Literal adicionado por el art. 4, Ley 1474 de 2011 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.

(Ver Sentencia C-257 de 2013)

PARÁGRAFO 1.- La inhabilidad prevista en el literal d) del ordinal 2o. de este artículo no se aplicará en relación con las corporaciones, asociaciones, fundaciones y sociedades allí mencionadas, cuando por disposición legal o estatutaria el servidor público en los niveles referidos debe desempeñar en ellas cargos de dirección o manejo.

El art. 18 de la Ley 1150 de 2007, adicionó el siguiente inciso:

En las causales de inhabilidad por parentesco o por matrimonio, los vínculos desaparecen por muerte o por disolución del matrimonio.

PARÁGRAFO 2.- Para los efectos previstos en este artículo, el Gobierno Nacional determinará qué debe entenderse por sociedades anónimas abiertas.

(Ver el art. 5, Decreto Nacional 679 de 1994, Ver el Fallo del Consejo de Estado 10641 de 1999.)

PARÁGRAFO 3. Adicionado por el art. 3, Ley 2014 de 2019 Las inhabilidades e incompatibilidades contempladas en este artículo se aplicarán a cualquier proceso de contratación privada en el que se comprometan recursos públicos." (Subrayado y resaltado por fuera del texto original)

De la norma anterior se desprende que no podrán contratar con el Estado los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil de los funcionarios públicos del nivel directivo, asesor o ejecutivo de la respectiva entidad.

Por ende y, para dar respuesta puntual a los interrogantes de su consulta, esta Dirección Jurídica considera que no existe inhabilidad ni incompatibilidad alguna para que familiares trabajen en la misma institución, en el entendido que ninguno tenga la función nominadora sobre el otro. Tratándose de contratistas, no podrán contratar con la misma entidad los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil ni cónyuges ni compañeros permanentes de los funcionarios del nivel directivo, asesor o ejecutivo de la respectiva entidad.

Así las cosas:

Un alcalde puede nombrar como secretarios de despacho a dos primos hermanos sin que ello implique una violación al régimen de inhabilidades;

Un secretario de despacho puede tener hermanos nombrados y trabajando en la administración municipal, mientras este no tenga la función nominadora sobre aquellos, es decir, mientras los hermanos trabajen en una entidad distinta a la que representa el hermano secretario;

Un secretario de despacho sí puede tener primos hermanos trabajando en la misma secretaría que dirige, en el entendido de que los primos hermanos se encuentran en cuarto grado de consanguinidad entre sí (artículo 35 y siguientes del Código Civil), situación excluida del régimen de inhabilidades;

Un secretario de despacho no podrá tener a sus cuñados contratados en la entidad que dirige, si bien entre cuñados existe un parentesco por afinidad en segundo grado, situación expresamente restringida por la norma para contratar; y Un secretario de despacho podrá tener familiares trabajando en la administración municipal, mientras estos no se encuentren en los grados de parentesco restringidos por la norma.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público; así como las inhabilidades e

incompatibilidades aplicables a los mismos, 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.

ARMANDO LÓPEZ CORTÉS

Director Jurídico

Proyectó: Sara Paola Orozco Ovalle

Revisó: Maía Borja

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PAGINA

¹*“Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”*

²*“Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”*

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 21:56:51