



Concepto 038281 de 2024 Departamento Administrativo de la Función Pública

20246000038281

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20246000038281

Fecha: 26/01/2024 09:08:33 a.m.

Bogotá D.C.

REF. INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. - ¿Existe algún tipo de inhabilidad o incompatibilidad para que dos parientes se encuentren vinculados como empleado y contratista en la misma entidad pública? RAD. 20232061114012 del 14 de diciembre de 2023.

Reciba un cordial saludo por parte de Función Pública, acuso recibo de la comunicación de la referencia, a través de la cual consulta:

“Si mi primo (hijo de mi tía) es nombrado como secretario de Infraestructura en el gabinete del alcalde de Tunja, existe alguna inhabilidad o imposibilidad para mi en caso de querer ingresar a trabajar mediante contrato de prestación de servicios -OPS ?; en el entendido que no es mi primo el que me ingresa a trabajar a la alcaldía sino un concejal.” me permito dar respuesta en los siguientes términos:

En primera medida, tenga en cuenta que su consulta no es clara pues, según su escrito se trata de contratar en la alcaldía a un primo de un secretario de infraestructura, no obstante, manifiesta que lo vincula un concejal.

No tiene sentido, pues según lo establecido en el numeral 2° del literal d) del artículo 91 de la Ley 136 de 1994, la facultad de nombrar o contratar de la alcaldía municipal es del alcalde.

Esta Dirección Jurídica entiende que su consulta va encaminada a determinar si existe prohibición para que el pariente (primo) de un Secretario de Infraestructura, suscriba un contrato estatal con la respectiva entidad pública.

Por lo anterior, 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.

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 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.

Con respecto de las inhabilidades para contratar con el Estado, la Ley 80 de 1993³, establece:

“ARTÍCULO 80. DE LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES PARA CONTRATAR. “(…)”

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

(...)

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.
(...)"

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."

De acuerdo con la Ley 80 de 1993, se encuentran inhabilitados para suscribir contratos Estatales con la respectiva entidad, el cónyuge o compañera permanente y 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 con los miembros de la junta o consejo directivo, o con las personas que ejerzan el control interno o fiscal de la entidad contratante.

De acuerdo con lo anterior, para determinar si existe inhabilidad en el caso planteado se hace necesario revisar dos circunstancias particulares, por una parte, el grado parentesco del pariente del empleado y por otra el nivel jerárquico del empleado.

Ahora, se tiene que, para determinar el grado de parentesco entre las personas, es importante acudir a lo establecido en los artículos 35 y siguientes del Código Civil Colombiano, que determina lo siguiente:

"ARTICULO 35. . 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."

"(...)"

"ARTICULO 37. . Los grados de consanguinidad entre dos personas se cuentan por el número de generaciones. Así, el nieto está en segundo grado de consanguinidad con el abuelo, y dos primos hermanos en cuarto grado de consanguinidad entre sí."

"(...)"

"ARTICULO 41. . En el parentesco de consanguinidad hay líneas y grados. Por línea se entiende la serie y orden de las personas que descienden de una raíz o tronco común."

"(...)"

"ARTICULO 44. . La línea colateral, transversal u oblicua, es la que forman las personas que aunque no procedan las unas de las otras, si descienden de un tronco común, por ejemplo: hermano y hermana, hijos del mismo padre y madre; sobrino y tío que proceden del mismo tronco, el abuelo."

"(...)"

"ARTICULO 46. . En la línea transversal se cuentan los grados por el número de generaciones desde el uno de los parientes hasta la raíz común, y desde éste hasta el otro pariente. Así, dos hermanos están en segundo grado; el tío y el sobrino en tercero, etc."

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.

De acuerdo con lo previsto en la norma los primos se encuentran en cuarto grado de consanguinidad; es decir, no se encuentra dentro de los grados prohibidos por la ley.

Ahora, la ley 136 de 1994⁴, establece:

"ARTÍCULO 48.- Prohibiciones relativas a cónyuges, compañeros permanentes y parientes de los concejales. Los concejos no podrán nombrar, elegir o designar como servidores públicos a personas con las cuales los concejales 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 designar a personas vinculadas por los mismos lazos con servidores públicos competentes para intervenir en su designación.

Los cónyuges o compañeros permanentes de los concejales y sus parientes dentro del segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o primero civil, no podrán ser designados funcionarios del respectivo municipio.

Los cónyuges o compañeros permanentes de los concejales y sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, no podrán ser miembros de juntas o consejos directivos de entidades de los sectores central o descentralizado del correspondiente municipio.

PARÁGRAFO 1.- Es nulo todo nombramiento o designación que se haga en contravención a lo dispuesto en el presente Artículo.

PARÁGRAFO 2.- Se exceptúan de lo previsto en este Artículo, los nombramientos que se hagan en aplicación de las normas vigentes sobre carrera administrativa. Subrayado declarado EXEQUIBLE. Sentencia C 380 de 1997 Corte Constitucional.

De acuerdo al Artículo anterior, los concejos no podrán nombrar, elegir o designar como servidores públicos a personas con las cuales los concejales 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 designar a personas vinculadas por los mismos lazos con servidores públicos competentes para intervenir en su designación.

Sin embargo, según la consulta el concejal no es pariente del que pretende nombrar.

Adicional, de conformidad con lo previsto en el numeral 2° del literal d) del artículo 91 de la Ley 136 de 1994, el alcalde ejerce la función nominadora en la alcaldía y en su consulta no manifiesta ser pariente del alcalde.

CONCLUSIONES

De acuerdo con lo expuesto, y atendiendo puntualmente sus interrogantes, es preciso señalar lo siguiente:

1.- Las inhabilidades son restricciones fijadas por el constituyente o el legislador 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.

2.- En atención a su interrogante referente a establecer si existe prohibición para que el pariente (primo) de un empleado de una entidad del nivel territorial suscriba un contrato estatal con la respectiva entidad pública, me permito señalar que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley 80 de 1993, la prohibición para el cónyuge o compañera permanente y quienes tengan vínculos de parentesco, hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil de los empleados suscriban contratos estatales se circunscribe a los cargos del nivel directivo, asesor 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.

En ese sentido, y como quiera que según su escrito se trata de un empleado del nivel directivo, se colige que no existe inhabilidad alguna para que el pariente (primo) que se encuentran en cuarto grado de consanguinidad, de un empleado del nivel directivo suscriba un contrato estatal con la respectiva entidad, pues dicho grado de parentesco no se encuentra prohibido en 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 <http://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: Valentina Alfaro.

Revisó: Harold Israel Herreno Suarez.

Aprobó: Armando López Cortés

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 N°: 11001-03-15-000-2010-00990-00(PI) Demandante: Cesar Julio Gordillo Núñez.

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

4 Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 08:34:06