

**Función Pública**

Concepto 397311 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000397311

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000397311

Fecha: 28/10/2022 08:11:11 a.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Inhabilidad para parientes de personero. RAD. 2022060507482 del 28 de septiembre de 2022.

Procuraduría General de la Nación, mediante su oficio No. S-2022-091096 del 28 de septiembre de 2022, remitió a este Departamento su solicitud, mediante la cual consulta si existe o se genera inhabilidad a una persona que trabaja en una alcaldía en la cual es vinculado de libre nombramiento y remoción o como contratista de prestación de servicios profesionales, cuando un familiar (primo-hermano) se posesiona como personero de ese mismo municipio, posesión que se da por haber ganado el concurso de méritos. Lo anterior teniendo en cuenta que la ordenación del gasto no proviene de un familiar y las vinculaciones son completamente diferentes ¿genera inhabilidad? en caso afirmativo, debe renunciar a su vinculación o solicitar la finalización de su contrato de prestación de servicios con la alcaldía la persona que viene trabajando allí o por ser el personero nombrado por concurso de méritos y la otra persona no tener relación en la ordenación del gasto de la personería puede seguir trabajando en dicha alcaldía.

Sobre las inquietudes expuestas, me permito manifestarle lo siguiente:

Frente a las inhabilidades de los parientes de los Personeros municipales, la Ley 53 de 1990, “Por la cual se modifican algunos artículos de los Códigos de Régimen Departamental y Municipal; Los Decretos - leyes números 1222 y 1333 de 1986; la Ley 78 de 1986 y el Decreto - ley número 077 de 1987”, expone:

“ARTICULO 19. El artículo 8711 del Código de Régimen Municipal (Decreto-ley número 1333 de 1986), quedará así:

(…)

El cónyuge, compañero o compañera permanente, ni los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil de alcalde, de los concejales principales o suplentes, del Contralor, del Personero, del Secretario del Concejo, de los Auditores o Revisores, no podrán ser nombrados ni elegidos para cargo alguno en ninguna dependencia del respectivo municipio, ni contratar con el mismo, dentro del período para el cual fueron elegidos. No se dará posesión a quien fuere nombrado o elegido violando este artículo, previa comprobación.” (Se subraya)

Sobre la vigencia del artículo 19 de la Ley 53 de 1990, el Consejo de Estado Sala de consulta y Servicio Civil, en concepto del 31 de agosto de 2005, radicación No. 1675, explica que la derogatoria de las normas puede ser expresa, tácita o por reglamentación integral.

Respecto del artículo 19 de la Ley 53 de 1990, el Consejo de Estado señaló que no hay una derogación expresa, ni tácita, ni orgánica de esta disposición, observando que el artículo 49 de la Ley 617 de 2000 contempla prohibiciones para los cónyuges o compañeros permanentes y parientes en los grados anotados, diputados, concejales, gobernadores, alcaldes, pero no para todos, pues no se refirió a los contralores, ni personeros, ni secretario del concejo, ni los auditores o revisores.

Con fundamento en este análisis, concluye el Consejo de Estado lo siguiente:

“En la actualidad, se encuentra vigente el inciso segundo del artículo 87 del decreto ley 1333 de 1986, modificado por el artículo 19 de la ley 53 de 1990, en relación con la prohibición establecida en dicha norma de designar al cónyuge, compañero o compañera permanente o los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil del Contralor, el Personero, el Secretario del Concejo, los Auditores o Revisores, en los empleos del respectivo municipio y sus entidades descentralizadas, durante el período para el cual tales servidores fueron elegidos.” (Subrayado y negrilla nuestro)

De acuerdo con la norma y jurisprudencia en cita, el cónyuge, compañero o compañera permanente y los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad (padres, hijos, abuelos, hermanos, nietos, tíos, sobrinos o primos), segundo de afinidad (suegros, yernos, nueras o cuñados) o primero civil del personero, no podrán ser vinculados como empleados ni contratados en las entidades públicas del respectivo municipio.

Ahora bien, respecto a los servidores que están posesionados en un cargo con anterioridad a la posesión del pariente con quien se puede generar la inhabilidad, el Consejo de Estado en concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil, de abril 26 de 2001, Consejero Ponente Doctor Flavio Augusto Rodríguez Arce en consulta radicada con el No 1347 del 26 de abril de 2001, señaló:

“Como la conducta prohibida es la de “nombrar”, debe entenderse que la potestad nominadora sólo es viable ejercerla por el funcionario elegido hacia el futuro, luego de la asunción del cargo, lo que no es predicable de quien ya está prestando sus servicios; por lo tanto, tal facultad no es posible retrotraerla en el tiempo para darle el alcance que no se desprende de la norma constitucional, razón por la cual el funcionario o empleado vinculado con anterioridad a la posesión de su pariente investido de la potestad mencionada sólo tendría que retirarse del servicio, por el arribo de aquél a la administración, si así estuviera previsto en una norma legal que estableciera una inhabilidad sobreviniente.

“ Si bien el artículo 6 de la Ley 190 de 1995, prevé la obligación del servidor de advertir inmediatamente- a la entidad a la cual le presta servicios- que le ha sobrevenido al acto de nombramiento una inhabilidad o incompatibilidad, con la consecuencia de que si pasados tres meses no pone fin a la situación que la origina, cuando a ello hubiere lugar, procederá el retiro inmediato del servidor, su hipótesis normativa no es aplicable al caso en estudio puesto que no existe norma expresa que establezca una inhabilidad que determine su desvinculación.

De acuerdo con la jurisprudencia en cita, quien se encuentra ya vinculada al momento en que se posesiona el servidor público con quien puede configurarse la inhabilidad, ésta no se aplica en este caso pues la conducta prohibida es la designación o la nominación, acción que no pudo ejecutarse antes de que asumiera el cargo. Adicionalmente, estima el Consejo de Estado, que la inhabilidad sobreviniente debe estar prevista de manera explícita en una norma, situación que no ocurre respecto a los nombramientos en empleos públicos.

No ocurre lo mismo respecto a los contratos administrativos, entre ellos, el de prestación de servicios, pues la Ley 80 de 1993, Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, señala lo siguiente:

“ARTÍCULO 9. De las inhabilidades e incompatibilidades sobrevinientes. Si llegare a sobrevenir inhabilidad o incompatibilidad en el contratista, este cederá el contrato previa autorización escrita de la entidad contratante o, si ello no fuere posible, renunciará a su ejecución.

Cuando la inhabilidad o incompatibilidad sobrevenga en un proponente dentro de un proceso de selección, se entenderá que renuncia a la participación en el proceso de selección y a los derechos surgidos del mismo.

Si la inhabilidad o incompatibilidad sobreviene en uno de los miembros de un consorcio o unión temporal, este cederá su participación a un tercero previa autorización escrita de la entidad contratante. En ningún caso podrá haber cesión del contrato entre quienes integran el consorcio o unión temporal.

PARÁGRAFO 1. Cuando la inhabilidad sobreviniente sea la contemplada en el literal j) del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, o cuando administrativamente se haya sancionado por actos de corrupción al contratista, no procederá la renuncia del contrato a la que se refiere este artículo. La entidad estatal ordenará mediante acto administrativo motivado la cesión unilateral, sin lugar a indemnización alguna al contratista inhábil.

Para el caso de cesión, será la entidad contratante la encargada de determinar el cesionario del contrato.”b(Se subraya).

Como se aprecia, en el caso de los contratos administrativos la legislación sí previó una inhabilidad sobreviniente. Según la norma, en caso que se configure una inhabilidad en el contratista, éste deberá informar a la entidad contratante y ceder su contrato o renunciar a su ejecución.

Con base en los argumentos expuestos, esta Dirección Jurídica considera que, si el primo hermano del Personero que toma posesión de su

empleo, se encontraba ya vinculado como servidor público, no se genera una inhabilidad sobreviniente por cuanto el acto prohibido es nombrar, hacia futuro, y la Ley no previó una inhabilidad sobreviniente en este caso. Sin embargo, si el primo se encuentra vinculado a la administración municipal como contratista, deberá ceder su contrato o renunciar a su ejecución, pues en esta situación la norma si previó una inhabilidad sobreviniente y, estando en cuarto grado de consanguinidad, incluido en la inhabilidad, se configura la limitación.

En caso de 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: Maía Valeria Borja Guerrero

Aprobó Armando López Cortés

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2026-01-29 22:31:43