



# Concepto 059281 de 2024 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20246000059281\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20246000059281

Fecha: 01/02/2024 03:26:51 p.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Inhabilidad e incompatibilidad para contratar a pariente de un director de un organismo o entidad pública. RAD.: 20239001149502 del 27 de diciembre de 2023.

En atención a su comunicación, en la cual usted consulta:

*"(...) El aspirante a ser contratista es persona natural que tiene parentesco con el Director General de una entidad (Corporación Autónoma Regional) en el cuarto grado, es decir, es prima del señor Director, en dicha entidad se encuentra delegada la función de la ordenación del gasto en la Secretaría General. La consulta radica en conocer si a este caso concreto le aplica la prohibición prevista en el artículo 8 de la Ley 80 de 1993 o la prevista en el artículo 126 de la Constitución Política, como quiera que no es clara la aplicación de estos preceptos normativos frente al caso de los contratos de prestación de servicios."*

Al respecto me permito manifestar lo siguiente:

El Decreto Ley 770 de 2005<sup>1</sup>, establece:

*"ARTÍCULO 4. Naturaleza general de las funciones. A los empleos agrupados en los niveles jerárquicos de que trata el artículo anterior, les corresponden las siguientes funciones generales:*

*4.1 Nivel Directivo. Comprende los empleos a los cuales corresponden funciones de dirección general, de formulación de políticas institucionales y de adopción de planes, programas y proyectos."*

Por su parte, la Corte Constitucional mediante sentencia C-838 de 2003 del 23 de septiembre de 2003<sup>2</sup>, dispone lo siguiente:

"(...) Dada la naturaleza de las funciones que corresponde a los empleados públicos del nivel directivo, son de libre nombramiento y remoción. El alto grado de confianza que el desempeño de tales cargos exige, ha sido criterio de orden legal para el efecto. Además, ha de tenerse en cuenta que a ellos les corresponde el ejercicio de funciones de dirección general, lo que implica participar en el diseño y la formulación de las políticas institucionales de la entidad pública donde prestan sus servicios, así como las altas decisiones en relación con los planes, programas y proyectos en el ámbito de su competencia. Es decir, quienes ocupan un cargo de nivel directivo, son empleados diferentes de quienes los asesoran, o de los encargados de la ejecución de lo que aquellos resuelven. No se trata de empleos simplemente de carácter administrativo, sino que, por la muy elevada posición en que se encuentran, de ellos depende no solamente la política institucional sino, en gran medida, su labor determina planes y programas de trascendencia económica, política y social, circunstancia esta que los diferencia por completo de los demás empleados de las entidades respectivas." (Subrayado fuera de texto)

Asimismo, la Ley 80 de 1993<sup>3</sup>, establece:

"ARTÍCULO 11.- De la competencia para dirigir licitaciones o concursos y para celebrar contratos estatales.

En las entidades estatales a que se refiere el artículo 2.

1º. La competencia para ordenar y dirigir la celebración de licitaciones o concursos y para escoger contratistas será del jefe o representante de la entidad, según el caso.

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

Teniendo en cuenta lo anterior, es deber del Director de un organismo o entidad pública, desempeñar durante su periodo legal las funciones designadas según el Manual Específico de Funciones de la entidad, entre ellas las funciones de dirección general, lo que implica participar en el diseño y la formulación de las políticas institucionales de la entidad pública donde prestan sus servicios, así como las altas decisiones en relación con los planes, programas y proyectos en el ámbito de su competencia.

Igualmente, el Director de un organismo o entidad pública, como autoridad de dirección de la entidad, durante su periodo legal, tiene la facultad de contratar a los terceros que se requiere para cumplir los objetivos de la misma.

Por otro lado, de conformidad con lo expuesto por la Corte Constitucional en reiterados pronunciamientos, 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 Estado<sup>4</sup>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". (Negrita y subrayado fuera de texto).

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 su aplicación analógica ni extensiva.

En consecuencia, estas restricciones únicamente se aplican si están expresamente reguladas en la Constitución o en la ley.

Ahora bien, en relación a la prohibición de los servidores públicos para nombrar, postular o contratar con personas con las cuales tengan parentesco, la Constitución Política señala:

*"ARTICULO 126. (Artículo modificado por el artículo 2 del Acto Legislativo 2 de 2015). 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 en cargos de carrera.*

*Salvo los concursos regulados por la ley, la elección de servidores públicos atribuida a corporaciones públicas deberá estar precedida de una convocatoria pública reglada por la ley, en la que se fijen requisitos y procedimientos que garanticen los principios de publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y criterios de mérito para su selección". (Subrayado fuera de texto).*

De conformidad con la norma constitucional citada se deduce que la prohibición para el funcionario que ejerza la función nominadora, consiste en que no puede nombrar, postular, ni contratar con personas con las cuales tenga parentesco en los grados señalados en la citada norma constitucional, es decir hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil; o relaciones de matrimonio o unión permanente.

Tampoco podrá nombrar ni postular como servidores públicos, ni celebrar contratos estatales 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.

De acuerdo con lo anterior, la prohibición contenida en el apartado constitucional citado anteriormente, se encamina a restringir que quien tenga la función nominadora en una entidad, nombre, postule o contrate a sus parientes en los grados arriba indicados o a su cónyuge o compañero (a) permanente.

Ahora bien, en cuanto a los grados de parentesco, los artículos 35 y siguientes del Código Civil, establecen que el parentesco de consanguinidad se define como 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. Estos se clasifican de la siguiente manera:

Primer grado: Padres, hijos.

Segundo grado: Abuelos, nietos, hermanos.

Tercer grado: Tíos, sobrinos.

Cuarto grado: Primos.

Teniendo en cuenta las disposiciones normativas referenciadas, el Director de un organismo o entidad pública, como autoridad de dirección de la entidad, durante su periodo legal, tiene la función nominadora en la entidad, motivo por el cual, se le aplicará la disposición constitucional dispuesta en el artículo 126.

En tal sentido y dando respuesta a su pregunta, esta Dirección Jurídica considera que, el primo (cuarto grado de consanguinidad) de un empleado del nivel directivo de una entidad pública, que tiene a su cargo la función nominadora, como es el caso del Director de una Corporación Autónoma Regional, no podrá suscribir contratos con esa entidad, debido a que, dicho grado de parentesco se encuentra establecido en los términos del artículo 126 de la Constitución Política.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público y demás temas competencia de este Departamento Administrativo, 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: Paula Alejandra Quitián.

Revisó: Harold Israel Herreno S.

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PAGINAS

Decreto Ley 770 de 2005 Por el cual se establece el sistema de funciones y de requisitos generales para los empleos públicos correspondientes a los niveles jerárquicos pertenecientes a los organismos y entidades del Orden Nacional, a que se refiere la Ley 909 de 2004.

Corte Constitucional mediante sentencia C-838 de 2003 del 23 de septiembre de 2003, magistrado ponente Alfredo Beltrán Sierra

Ley 80 de 1993: Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración PÚBLICA

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