



Función Pública

Concepto 075151 de 2024 Departamento Administrativo de la Función Pública

20246000075151

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20246000075151

Fecha: 08/02/2024 03:58:48 p.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Inhabilidad para contratar a parientes de empleado del nivel Directivo de la entidad contratante.
RAD.: 20249000023052 del 10 de enero de 2024.

"(...) Mi hijo fue nombrado como secretario de Desarrollo Económico del Municipio de Anolaima; El señor alcalde desea que le acompañe mediante un contrato de apoyo a la gestión otros asuntos de alta relevancia en otra secretaría del municipio ¿Estoy incurso en alguna inhabilidad para aceptar dicho contrato? la aplicación de estos preceptos normativos frente al caso de los contratos de prestación de servicios."

Al respecto me permito manifestar lo siguiente:

El empleo de Secretario de Despacho, según la Ley 909 de 2004¹, se clasifica de la siguiente manera:

"ARTÍCULO 5. Clasificación de los empleos. Los empleos de los organismos y entidades regulados por la presente ley son de carrera administrativa, con excepción de:

(...)

Los de libre nombramiento y remoción que correspondan a uno de los siguientes criterios: (...)

En la Administración Central y órganos de control del Nivel Territorial:

Secretario General; Secretario y Subsecretario de Despacho; Veedor Delegado, Veedor Municipal; Director y Subdirector de Departamento Administrativo; Director y Subdirector Ejecutivo de Asociación de

Municipios; Director y Subdirector de Área Metropolitana; Subcontralor, Vice contralor o Contralor Auxiliar; Jefe de Control Interno o quien haga sus veces; Jefes de Oficinas Asesoras de Jurídica, de Planeación, de Prensa o de Comunicaciones; Alcalde Local, Corregidor y Personero Delegado (...)" (Subrayado fuera de texto).

Por otro lado, el Decreto 785 de 2005² establece que el empleo de Secretario de Despacho se encuentra catalogado en el nivel directivo:

ARTÍCULO 16. NIVEL DIRECTIVO. El nivel Directivo está integrado por la siguiente nomenclatura y clasificación específica de empleos:"

Cód. Denominación

(...)

020 Secretario de Despacho" (...)

Teniendo en cuenta los preceptos jurídicos señalados, el empleo de Secretario de Despacho, está clasificado como un empleo de libre nombramiento y remoción, nivel directivo, y su provisión se efectuará por nombramiento ordinario.

Ahora bien, 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 Estado³ 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". (Negrilla 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:

"ARTÍCULO 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.

Teniendo en cuenta 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 lo que se refiere a la celebración de contratos estatales con los parientes de los servidores públicos de los niveles directivos de la respectiva entidad, la Ley 80 de 1993⁴, dispone:

"ARTÍCULO 8. DE LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES PARA CONTRATAR. (...)

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

b). 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." (Subrayado nuestro)

De acuerdo con la Ley 80 de 1993, no podrán celebrar contratos estatales con la respectiva entidad, los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil 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.

Finalmente, la Corte Constitucional en Sentencia C-429 de 1997, preceptuó lo siguiente:

"Ahora bien, de acuerdo con el artículo 11 de la Ley 80 de 1993, la facultad de decidir la adjudicación de un contrato con el Estado corresponde al jefe o representante legal de la entidad contratante. Por consiguiente, la inhabilidad objeto de examen es adecuada si realmente se dirige a los familiares de aquellas personas que gozan del poder de decisión de adjudicar contratos, o pueden tener influencias que razonablemente puedan determinar la decisión, pues en tales casos esos vínculos colocan en peligro la transparencia y seriedad del proceso de contratación

administrativa. Así las cosas, para la Corte es claro que el personal que desempeña cargos de nivel directivo goza de aptitud para orientar las directrices de la entidad contratante, por lo cual la parcialidad en sus decisiones puede afectar la transparencia del proceso de contratación administrativa. La inhabilidad en relación con sus familiares aparece razonable. Por su parte, los servidores públicos del nivel asesor, si bien no definen directamente las políticas centrales de la entidad, ostentan un grado de confianza suficiente para influenciar la decisión, por lo que la inhabilidad también constituye un medio adecuado y proporcionado para proteger el interés público implícito en la contratación administrativa.” (Subrayado nuestro).

Conforme con lo señalado, los empleados de nivel directivo tienen la posibilidad de orientar las directrices de la entidad contratante, en ese sentido, la parcialidad en las decisiones puede afectar la transparencia de un proceso contractual.

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.

Así las cosas, los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad de un empleado del nivel directivo de una entidad pública, estará inhabilitado para suscribir contratos con esa entidad.

En tal sentido y dando respuesta a su pregunta, esta Dirección Jurídica considera que, el municipio no podrá contratar al padre (primer grado de consanguinidad) de un Secretario de Despacho por cuanto, siendo éste del nivel directivo, se configuraría la inhabilidad prevista en el literal b) del numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993.

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.

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 PÁGINA

Ley [909](#) de 2004: Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.

Decreto [785](#) de 20052(SIC) "por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación y de funciones y requisitos generales de los empleos de las entidades territoriales que se regulan por las disposiciones de la Ley 909 de 2004".

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

Ley [80](#) de 1993: por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Fecha y hora de creación: 2024-10-09 00:55:56