



Función Pública

Concepto 208081 de 2024 Departamento Administrativo de la Función Pública

20246000208081

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20246000208081

Fecha: 11/04/2024 05:17:01 p.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Servidor público. Prohibición de nombrar a parientes. Contratación de ex servidor público. RAD. 20242060258952 del 20 de marzo de 2024.

En la comunicación de la referencia, solicita le sean absueltas las siguientes inquietudes:

¿Se encuentra inhabilitado para ser nombrado en un cargo de libre nombramiento y remoción, de nivel directivo, una persona quien se encuentren dentro del segundo grado segundo de afinidad (cuñado) del representante legal de una entidad territorial?

En caso de encontrarse inhabilitado una persona quien se encuentren dentro del segundo grado segundo de afinidad (cuñado) del representante legal de una entidad territorial, ¿Esta inhabilidad se predica también a las entidades descentralizadas del mismo municipio?

¿La inhabilidad de 2 años para ejercer un cargo de contrato estatal, en caso de haber ocupado previamente un cargo de nivel directivo, se aplica exclusivamente para la celebración de contratos estatales con las entidades públicas en las que se tuvo dicho nivel directivo, o también para un nuevo nombramiento por libre nombramiento y remoción en un cargo directivo diferente dentro de la misma entidad o en otra entidad pública descentralizada dentro del mismo territorio?

Sobre la pregunta formulada, me permito manifestarle lo siguiente:

La inhabilidad es la incapacidad, ineptitud o circunstancia que impide a una persona ser elegida o designada en un cargo público y, en ciertos casos, impiden el ejercicio del empleo a quienes ya se encuentran vinculados al servicio. Dado el carácter prohibitivo de las inhabilidades, éstas son taxativas, es decir, están expresamente consagradas en una ley o en la Constitución Política

Sobre el carácter restringido de las inhabilidades, la Sala Plena del Consejo de Estado¹ en sentencia emitida el 8 de febrero de 2011, 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”.

De acuerdo con el pronunciamiento citado, la inhabilidad debe estar creada de manera expresa por la Ley o por la Constitución, y no puede dársele una interpretación extensiva o analógica.

Ahora bien, en relación a la prohibición de los servidores públicos para nombrar, postular o contratar con personas con las cuales tengan parentesco, el Acto Legislativo 02 de 2015, por medio del cual se adopta una reforma de equilibrio de poderes y reajuste institucional y se dictan otras disposiciones, señala:

“Artículo 2 • El artículo 126 de la Constitución Política quedará así:

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.

(...)” (Subraya fuera del texto)

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

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.

Según la información suministrada en su consulta, el representante legal de una entidad pública del municipio, pretende nombrar a un cuñado que, según el Código civil colombiano, se encuentra en el segundo grado de afinidad, es decir, dentro de la limitación contenida en el artículo 126 de la Carta. En tal virtud, el nominador de la entidad deberá abstenerse de efectuar este nombramiento.

Esta prohibición opera para todos los nominadores de las entidades públicas, de cualquier nivel.

Respecto a la posibilidad de que un ex servidor público del Nivel Directivo, la Ley 80 de 1993, "Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública", determina en su artículo 8:

"Artículo 8º.- De las Inhabilidades e Incompatibilidades para Contratar:

(...)

2o. Tampoco podrán participar en licitaciones o concursos ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva: La expresión "Concursos" fue derogada por el art. 32 de la Ley 1150 de 2007

a) Quienes fueron miembros de la junta o consejo directivo o servidores públicos de la entidad contratante. Esta incompatibilidad solo 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.

(...)

f) 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." (Subrayado fuera del texto)."

De acuerdo con el literal a), no podrá participar en licitaciones o concursos ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva quienes fueron, entre otros, servidores públicos de la entidad contratante 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. En cuanto al literal b), tendrán limitación para contratar con la entidad en la cual prestaron sus servicios quienes

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.

Con base en los argumentos expuestos, esta Dirección Jurídica concluye lo siguiente:

¿Se encuentra inhabilitado para ser nombrado en un cargo de libre nombramiento y remoción, de nivel directivo, una persona quien se encuentren dentro del segundo grado segundo de afinidad (cuñado) del representante legal de una entidad territorial?

En virtud del artículo 126 de la Constitución Política, los nominadores de todas las entidades públicas, de cualquier nivel, no pueden designar o nombrar a parientes que se encuentren en segundo grado de afinidad, entre otros. Así, el representante legal de la entidad, nominador de la misma, no podrá designar a su cuñado, por encontrarse en el grado de afinidad señalado.

En caso de encontrarse inhabilitado una persona quien se encuentren dentro del segundo grado segundo de afinidad (cuñado) del representante legal de una entidad territorial, ¿Esta inhabilitación se predica también a las entidades descentralizadas del mismo municipio?

La prohibición contenida en el artículo 126 de la Carta, opera para todos los nominadores de las entidades públicas, incluyendo las entidades descentralizadas, respecto de sus propios parientes. En otras palabras, la limitación no opera en otras entidades si no existe parentesco con el nominador.

¿La inhabilitación de 2 años para ejercer un cargo de contrato estatal, en caso de haber ocupado previamente un cargo de nivel directivo, se aplica exclusivamente para la celebración de contratos estatales con las entidades públicas en las que se tuvo dicho nivel directivo, o también para un nuevo nombramiento por libre nombramiento y remoción en un cargo directivo diferente dentro de la misma entidad o en otra entidad pública descentralizada dentro del mismo territorio?

La inhabilitación para contratar a ex servidores con la misma entidad pública, contenida en los literales a) y f) del numeral 2° del artículo 8° de la Ley 80 de 1993, está referida a los contratos administrativos, no a las vinculaciones laborales como sería el caso de un nombramiento en un cargo de libre nombramiento y remoción. En el primer caso, el vínculo obtenido es de contratista. En el segundo, el vínculo laboral convierte al nombrado en un servidor público.

En caso 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”: <http://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 CORTES

Director Jurídico

Elaboró: Claudia Inés Silva

Revisó: Harold Herreño

Aprobó: Armando López Cortes

NOTAS DE PIE DE PAGINA

Sentencia proferida dentro del Expediente No. 11001-03-15-000-2010-00990-00(PI) Demandante: César Julio Gordillo Núñez.

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 07:58:30