



**Función Pública**

## Concepto 50721 de 2016 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20166000050721\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20166000050721

Fecha: 10/03/2016 09:47:41 a.m.

Bogotá D.C.

REF.- INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES.- ¿Se encuentra inhabilitado para continuar en el ejercicio del cargo el jefe de control interno, que fue designado en el empleo una vez elegido como alcalde su pariente (primo), pero que no se había posesionado? ¿Quién haya suscrito un contrato de prestación de servicios con una entidad del municipio, se encuentra inhabilitado para suscribir otros contratos con diferentes entidades públicas? RAD. 2016-206-02161-2 del 28 de Enero de 2016.

En atención a su consulta de la referencia, me permito dar respuesta en los siguientes términos:

### PLANTEAMIENTO JURIDICO

¿Se encuentra inhabilitado para continuar en el ejercicio del cargo el jefe de control interno, que fue designado en el empleo una vez elegido como alcalde su pariente (primo), pero que no se había posesionado?

¿Quién haya suscrito un contrato de prestación de servicios con una entidad del municipio, se encuentra inhabilitado para suscribir otros contratos con diferentes entidades públicas?

### FUENTES FORMALES

Con el fin de dar respuesta a su consulta, se considera procedente atender los pronunciamientos de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado; así como las disposiciones contenidas en el artículo 126 de la Constitución Política y la Ley 80 de 1993.

### ANALISIS

Inicialmente, es preciso indicar que de conformidad con lo expuesto por la Corte Constitucional en reiterados pronunciamientos<sup>1</sup>, 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>2</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”. (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.

Ahora bien, respecto de las prohibiciones para que parientes de los nominadores de las entidades públicas sean vinculados como empleados, la Constitución Política señala:

*“ARTÍCULO 126. Modificado por el art. 2, Acto Legislativo 02 de 2015. El nuevo texto es el siguiente: 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...”*

De conformidad con la norma constitucional citada se deduce que la prohibición para el empleado que ejerza la función nominadora, consiste en que no puede nombrar 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, como son padres, hijos, nietos, abuelos, hermanos, tíos, primos y sobrinos; segundo de afinidad-suegros, nueras y cuñados, o primero civil - hijos adoptivos y padres adoptantes; 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.

En ese sentido y como quiera que según su escrito, quien nombró como jefe de control interno fue el alcalde anterior, no su pariente, en criterio de esta Dirección Jurídica, no se encuentra inhabilitado en los términos del artículo 126 de la Constitución Política.

De otro lado, en virtud de la especial situación presentada en el caso objeto de su consulta, en el que se designa como empleado público (jefe de control interno) al pariente (primo) de quien ha sido elegido como alcalde, pero no ha tomado posesión de su cargo como mandatario local, se considera procedente traer a colación la sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, en

Sentencia del veinte (20) de junio de dos mil trece (2013), Radicación No. [17001-23-31-000-2012-002015-02 \(PI\)](#), Consejero Ponente: Guillermo Vargas Ayala, donde frente a la necesidad de posesionarse en un cargo expresó:

*“(iii) Ahora bien, debe precisarse que la causal de pérdida de investidura por violación del régimen de incompatibilidades de los concejales derivada de la aceptación o desempeño de un cargo en la administración municipal por parte de un concejal municipal no opera cuando no existe posesión en este último cargo.*

*En efecto, si la incompatibilidad consiste en la prohibición de ejercer dos actividades o realizar dos roles de manera simultánea (en este caso ocupar en dicha forma dos cargos públicos), y no existe posesión en el cargo de concejal municipal es claro que no habrá lugar a la incompatibilidad estudiada, porque no podrá darse, en ningún tiempo, la simultaneidad del cargo de concejal -que no se ejerce durante ningún momento del período respectivo ante la ausencia de la posesión- con otro empleo público que con posterioridad ejerza el elegido (y no posesionado) en dicho cargo durante ese mismo lapso.*

*Esta Sección ha puesto de presente ciertamente que la posesión es el acto de prestar ante el funcionario competente el juramento que ordena el artículo 122 de la Constitución Política; que de este acto da fe un acta suscrita por quien toma el juramento y quien lo pronuncia; y que sin esta solemnidad no puede entrarse a ejercer ningún cargo. Por ende, es evidente que la ausencia de la posesión en el cargo de concejal municipal impide que el mismo se ejerza y por ello no incurrirá en la incompatibilidad examinada el concejal municipal que sin posesionarse en dicho cargo acepte o desempeñe un cargo en la administración municipal, ya que no podrá existir en ese evento coetaneidad o simultaneidad en el ejercicio de tales cargos.*

*e.- Aplicadas las consideraciones precedentes al caso concreto, encuentra la Sala que no se configura la primera causal de pérdida de investidura invocada por el demandante, como quiera que con anterioridad al inicio del período constitucional para el cual fue elegido el demandado manifestó expresamente ante el Presidente del Concejo municipal de Chinchiná su deseo de posesionarse en el cargo de concejal municipal y en efecto no se posesionó en éste, de modo tal que no podría predicarse incompatibilidad alguna por el hecho de que luego de esa manifestación aquél fuese designado el día 2 de enero de 2012 para ocupar el cargo de Secretario de Desarrollo Social de esa municipalidad, pues es evidente la inexistencia de concomitancia entre el ejercicio del cargo de concejal (del cual no se posesionó) y el del mencionado cargo de la administración municipal.”*

En los términos de la anterior Sentencia, las inhabilidades e incompatibilidades asociadas a un empleo o cargo, se predicen una vez posesionado en el mismo.

En ese sentido, mientras la persona elegida alcalde no se posesione en el cargo, no genera prohibición alguna para que sus parientes se posesionen en un empleo en las entidades del nivel municipal; por el contrario, una vez posesionado en el cargo, sus parientes dentro de los grados que señala el inciso segundo del artículo 49 de la Ley [617](#) de 2000; es decir, en segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad y único civil, no podrán ser designados como empleados en las entidades públicas del respectivo municipio.

De otra parte, en consideración a la presunta inhabilidad para que parientes del alcalde designados como empleados antes de la posesión de su familiar, continúen en el ejercicio del empleo, se considera procedente lo dispuesto por el Consejo de Estado en concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil, de abril 26 de 2001, Consejero Ponente: Dr. Flavio Augusto Rodríguez Arce en consulta radicada con el No [1347](#) del 26 de abril de 2001, donde 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 tanto, tal facultad no es posible retrotraerla en el tiempo para darle un 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 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 la desvinculación.

Como no existe, que se conozca, tal precepto y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades es de aplicación restrictiva y respecto del mismo está proscrita la analogía y la extensión de las causales a casos no previstos en la ley, no resulta procedente interpretar la norma constitucional en el sentido que el servidor deba retirarse ante una relación de parentesco que no existía al momento de su nombramiento y que por lo mismo es anterior a la posesión del pariente, cónyuge o compañero permanente, titular actual de la potestad nominadora. (Resaltado nuestro)

Así, no se está en presencia de una inhabilidad sobreviniente, pues además de no estar prevista por el legislador, la establecida en el artículo 126 constitucional está referida al nombramiento o designación por el nominador recién posesionado y no a la efectuada con anterioridad a este hecho.

Al respecto ha dicho la Corte Constitucional sobre el alcance de este artículo - sentencia C-380 de 1997:

*“...dicha prohibición presenta como características esenciales las relativas a los límites impuestos por la misma Constitución al ejercicio de la atribución de nombrar servidores públicos por razones de parentesco ; a la restricción al derecho constitucional fundamental de acceso al ejercicio de funciones y cargos públicos para las personas directamente afectadas con la prohibición ; así como, la garantía al derecho a la igualdad frente a todos los demás ciudadanos que pretendiendo acceder al mismo cargo, puedan verse rechazados precisamente en razón a su origen familiar, opinión política, etc.*

*“De manera que, aunque la Constitución es la que consagra la prohibición en relación con el acceso al servicio público por razones familiares, es al legislador a quien corresponde desarrollarla haciendo uso de una relativa discrecionalidad, condicionada a las reservas, principios y valores que le impone el mismo ordenamiento superior y a las condiciones particulares de cada caso”. (Negrillas de la Sala)*

De lo expuesto se concluye que por vía de interpretación de los efectos del artículo 126 no es posible configurar una causal de inhabilidad respecto del servidor vinculado con anterioridad a la posesión de su pariente investido de la facultad nominadora.

Finalmente, se precisa que una vez posesionado el pariente nominador, la prohibición comprende los actos administrativos mediante los cuales se ejerza tal potestad, como son los de ascenso o promoción, excepción hecha de los provenientes de la aplicación de las normas de carrera.

En efecto, se exceptúan de la prohibición analizada los nombramientos efectuados en desarrollo de las normas sobre ingreso o ascenso por méritos, prevista en el inciso 2º del artículo en cita, evento en el cual la potestad nominadora se limita a formalizar los resultados de un proceso de selección que, por principio, se reputa adelantado en condiciones de igualdad.

Ahora bien, en relación con los funcionarios territoriales, la ley 617 de 2000 en el inciso 2º del artículo 49 desarrolla la prohibición referida, al establecer que no podrán ser designados funcionarios del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas, los cónyuges o compañeros permanentes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales y concejales municipales y distritales y miembros de juntas administradoras locales municipales y distritales y sus parientes dentro del segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o primero civil, que reitera la prohibición constitucional sobre la materia.

(...)

2. El empleado vinculado a la administración departamental con anterioridad a la posesión en un cargo de elección popular de su cónyuge, compañero permanente o pariente dentro de los grados señalados en la Constitución y en la Ley, no está inhabilitado para continuar desempeñando el cargo, por no estar consagrada expresamente en la Ley dicha situación como causal de inhabilidad sobreviniente” (Negrilla y

subrayado fuera de texto)

Para el caso objeto de consulta y de conformidad con lo señalado en el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en criterio de esta Dirección si el empleado se encuentra vinculado a la Administración Municipal o sus entidades descentralizadas con anterioridad a que su familiar se posesione como Alcalde en el mismo municipio, no estará inhabilitado para continuar desempeñando el empleo, en razón a que como lo expresa la Honorable Corporación, no existe ley que consagre esta situación como inhabilidad sobreviniente.

Tal como lo señala el Consejo de Estado, la conducta prohibida es la de “nombrar”, por lo 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. En consecuencia, tal facultad no es posible retrotraerla en el tiempo para darle el alcance que no se desprende de la norma constitucional.

2.- En atención a la segunda parte de su escrito, referente a establecer si se encuentra inhabilitado para suscribir contratos Estatales con otras entidades públicas, quien haya suscrito un contrato de prestación de servicios con la alcaldía municipal, me permito indicar:

Respecto de los contratos estatales, la Ley 80 de 1993, Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, señala:

*“ARTÍCULO 32.- De los Contratos Estatales. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:*

*“(…)”*

### *3. Contrato de prestación de servicios*

*Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad.*

*Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.*

*En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.”*

La Corte Constitucional en Sentencia [C-154](#) de 1997, Magistrado Ponente Dr. Hernando Herrera Vergara, respecto al contrato de prestación de servicios preceptuó:

*“El contrato de prestación de servicios se celebra por el Estado en aquellos eventos en que la función de la administración no puede ser suministrada por personas vinculadas con la entidad oficial contratante o cuando requiere de conocimientos especializados, para lo cual se establecen las siguientes características:*

*a. La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales. b. La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. c. La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido. Por último, no es posible admitir confusión alguna con otras formas contractuales y mucho menos con los elementos configurativos de la*

*relación laboral, razón por la cual no es procedente en aquellos eventos el reconocimiento de los derechos derivados de la subordinación y del contrato de trabajo en general, pues es claro que si se acredita la existencia de las características esenciales de éste quedará desvirtuada la presunción establecida en el precepto acusado y surgirá entonces el derecho al pago de las prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo."*

El Consejo de Estado mediante Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil de Mayo 10 de 2001, Radicación No. 1.344, Consejero Ponente: Flavio Augusto Rodríguez Arce, señaló:

*"La vinculación jurídica derivada del contrato de prestación de servicios es diferente de la que emana de la relación laboral de origen contractual con los trabajadores oficiales. En efecto, el de prestación se refiere a actividades relacionadas con la administración y funcionamiento de la entidad; el contratista es autónomo para ejecutar el contrato; no se causan prestaciones sociales y no responde disciplinariamente -Sentencia C-280/96-, mientras que el trabajador oficial, en su orden, labora en la construcción y sostenimiento de obras públicas o está vinculado a una empresa industrial o comercial del Estado; está, por esencia, subordinado a la administración; las prestaciones sociales le son consustanciales y responde disciplinariamente.*

*Es así como los trabajadores oficiales perciben por sus servicios un salario, que constituye asignación, la retribución de los contratistas de prestación de servicios son los honorarios, que no tienen tal carácter. Así, la fuente del reconocimiento es bien distinta: en el primero, la vinculación laboral administrativa y, en el segundo, el negocio jurídico, fundado en la autonomía de la voluntad.*

*De los presupuestos de la definición legal y de los elementos analizados, se concluye que particulares que colaboran con el Estado mediante un contrato de prestación de servicios o cualquier otro, tipificado en la ley 80 de 1993 o producto de la autonomía de la voluntad, no están subsumidos en el contexto de la función pública, ni son, por tanto, servidores públicos y, por lo mismo, no reciben "asignación" en los términos establecidos, lo que hace imposible aplicarles el régimen de estos."*

De acuerdo a lo anteriormente expuesto, los contratistas de prestación de servicios no están subsumidos en el contexto de la función pública, por lo tanto no son considerados servidores públicos.

Respecto a si un particular puede tener varios contratos de prestación servicios en una entidad, el Consejo de Estado en concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil, radicación No 1344 de mayo 10 de 2001, Consejero Ponente Flavio Augusto Rodríguez Arce, relativo al artículo 128 de la Carta Política, expresó:

*"... los artículos 128 de la Constitución Política y 19 de la ley 4a de 1992, no son aplicables al particular que celebra contratos con una entidad estatal. No sobra advertir, que no existe norma que establezca incompatibilidad al respecto por lo que, conforme al artículo 6° constitucional, al particular contratista sólo le es exigible la responsabilidad ante las autoridades por infringir la Constitución y la ley, en los términos que ellas señalen, circunstancia que impide, por lo demás, toda aplicación analógica o extensiva de las prohibiciones establecidas para los servidores públicos Por lo demás, el artículo 8° ibídem regula lo relativo a las inhabilidades e incompatibilidades para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales. Estas mismas razones explican la inexistencia de incompatibilidad para que una misma persona natural celebre más de un contrato de prestación de servicios." (Subraya fuera de texto)*

De acuerdo a lo expresado por el Consejo de Estado y lo establecido en la Ley 80 de 1993, no existe norma que limite la celebración de contratos de prestación de servicios a una misma persona natural durante un mismo lapso o que las inhabilite para suscribir más de un contrato de prestación de servicios.

De acuerdo con lo expuesto, es viable concluir que teniendo en cuenta que tanto las inhabilidades como las incompatibilidades, así como las demás calidades, exigencias o requisitos que deben reunir los candidatos para efectos de su incorporación al servicio del Estado, o para el ejercicio de una función pública deben estar consagradas en forma expresa y clara en el Estatuto General que rige la función pública y son taxativas y de interpretación restrictiva, se considera que no existe inhabilidad para que una persona natural pueda suscribir uno o más contratos de prestación de servicios con una o varias entidades públicas o privadas, siempre y cuando esté en capacidad de cumplir a cabalidad los objetos previstos en ellos.

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,

JOSE FERNANDO CEBALLOS ARROYAVE

Director Jurídico (E)

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.

Harold Herreño/ Monica Herrera/GCJ-601

600.4.8

---

Fecha y hora de creación: 2025-09-17 20:16:04