



Función Pública

Concepto 055051 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública

20206000055051

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20206000055051

Fecha: 12/02/2020 01:46:15 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Parentesco. Radicado: 20202060015172 del 13 de enero de 2020

En atención a la comunicación de la referencia, relacionada con la vinculación de parientes del personero, en 3° y 4° grado de consanguinidad, en calidad de empleados públicos o como contratistas del mismo municipio, me permito manifestarle lo siguiente:

Inicialmente, atendiendo el criterio expuesto por la Sala Plena del Consejo de Estado en Sentencia dictada el 8 de febrero de 2011, las inhabilidades, como las demás calidades, exigencias o requisitos que deben reunir los candidatos para efectos de su incorporación al servicio del Estado, deben estar consagradas en forma expresa y clara en el Estatuto General que rige la función pública y son taxativas y de interpretación restrictiva, lo cual significa que deben sujetarse estrictamente a las causales previstas por el legislador.

En este entendido, las inhabilidades para ser elegido personero se encuentran consagradas expresamente en el artículo 174 de la Ley 136 de 1994; razón por la cual, no es procedente aplicar lo establecido en el artículo 126 de la Constitución Política y en el numeral 2, artículo 8° de la Ley 80 de 1993, por cuanto, como se dejó indicado las inhabilidades son taxativas.

Así, frente al caso en particular, 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 77 de 1987», establece:

«ARTÍCULO 19.- El artículo 87 del Código de Régimen Municipal (Decreto - ley número 1333 de 1986), quedará así:

Los concejales principales y suplentes, no podrán ser nombrados empleados oficiales del respectivo municipio, a menos que fuese en los cargos de alcalde, por designación o nombramiento. En tal caso se producirá pérdida automática de su investidura a partir de la fecha de su posesión.

El cónyuge, compañero o compañera permanente, ni los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil del 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». (Subrayado fuera de texto).

De acuerdo con lo anterior, el cónyuge, compañero o compañera permanente, ni los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad (padres, hijos, hermanos, nietos, abuelos, sobrinos, tíos y primos), segundo de afinidad o primero civil del Personero, 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.

Sobre la vigencia 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, de los diputados, concejales, gobernadores, alcaldes, pero no para todos los demás cargos dispuestos en esta normativa, pues no se refirió a los contralores, ni personeros, ni secretario del concejo, ni los auditores o revisores. Con fundamento en este análisis, en dicha oportunidad el Consejo de Estado concluyó 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 el Consejo de Estado, no hay una derogación expresa del inciso segundo del artículo 87 del Decreto Ley 1333 de 1986, modificado por el artículo 19 de la Ley 53 de 1990, por cuanto no se encuentra una norma legal posterior que así lo declare explícitamente.

Por consiguiente, en criterio de esta Dirección Jurídica se considera que los parientes en tercer y cuarto grado de consanguinidad del personero municipal, 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 fue elegido.

No obstante, lo anterior, en el evento que la vinculación o la suscripción del contrato por orden de prestación de servicios se hubiera efectuado con anterior al inicio del periodo como personero, es preciso tener en cuenta, los siguientes argumentos:

La Ley 80 de 1993, «Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública», establece:

«ARTÍCULO 8. DE LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES PARA CONTRATAR.

1o. Son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales:

a) Las personas que se hallen inhabilitadas para contratar por la Constitución y las leyes.

(...)

ARTÍCULO 9. DE LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES SOBREVINIENTES. Si llegare a sobrevenir inhabilidad o incompatibilidad en el contratista, éste 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 una licitación o concurso, 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, éste 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». (Subraya fuera del texto)

La Corte Constitucional en Sentencia [C-221](#) de 1996, Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo, respecto a las inhabilidades e incompatibilidades sobrevinientes, preceptúa:

«Se trata de evitar que contraten con el Estado quienes se ubican en alguna de las situaciones contempladas por el artículo 8º de la Ley 80 de 1993, a la cual pertenece también la disposición demandada.

Como tales incompatibilidades e inhabilidades no siempre surgen desde el comienzo de los trámites previos a la contratación, debe la ley ocuparse en la determinación clara de las reglas que han de observarse si ellas aparecen de manera sobreviniente, esto es, cuando la relación contractual ya se había establecido o dentro del tiempo de una licitación o concurso ya iniciados.

A juicio de la Corte, en nada se ofende el imperio de la Constitución por haberse establecido que el hecho de sobrevenir una causal de inhabilidad o incompatibilidad en cabeza de quien ya es contratista da lugar a la obligación de éste de ceder el contrato previa autorización escrita de la entidad contratante, o a la de renunciar a su ejecución si aquello no fuere posible. Tampoco se vulnera la Carta por consagrar que quien participa en un proceso de licitación o concurso y resulta intempestivamente afectado por inhabilidades o incompatibilidades deba renunciar a dicha participación, ni se desconoce la normatividad superior por prever, como lo hace la norma, la cesión en favor de un tercero de la participación en el consorcio o unión temporal que licita o es contratista cuando la causa de inhabilidad o incompatibilidad se radica en uno de sus miembros.

Se trata de evitar en tales casos que el contratista, pese a su situación, prosiga vinculado contractualmente con el Estado, o que el aspirante a serlo continúe tomando parte en los procesos de adjudicación y selección, y ello independientemente de si la persona incurrió en la causal correspondiente por su propia voluntad o por un motivo ajeno o externo a su deseo, puesto que la ley parte del supuesto, enteramente ajustado a la Carta, de que en las aludidas condiciones, de todas maneras, no es posible ya la contratación, por lo cual debe interrumpirse si se ha iniciado, o impedir que se perfeccione con el afectado en el evento de que todavía no exista vínculo contractual.

Es que las consecuencias señaladas en la norma que se demanda no corresponden a sanciones o castigos derivados de la conducta observada por la persona en la cual recae la incompatibilidad o inhabilidad, por lo cual, para que estas situaciones se configuren no hace falta establecer la culpabilidad de aquélla.

Las previsiones mencionadas no tienen, pues, un sentido sancionatorio sino el carácter de reglas objetivas, correspondientes a situaciones de la misma índole, en guarda de la pureza y la transparencia de la contratación administrativa.

Considera la Corte que la naturaleza misma de los efectos que el mandato legal estatuye para las distintas hipótesis en él reguladas impide cualquier relación entre aquéllos y la apreciación de situaciones individuales de orden subjetivo, ya que -se repite- lo que se busca es impedir la contratación o evitar su continuidad por razones institucionales fundadas en los principios de la Carta Política que inspiran la gestión administrativa.

Uno de tales postulados es precisamente el de la igualdad, que se preserva adecuadamente al proscribir la contratación con personas que, dadas ciertas hipótesis, como las consagradas en el artículo 8 de la Ley 80 de 1993, establecerían su relación con el Estado sobre la base de unas ventajas individuales, las que, de persistir, implicarían ruptura del necesario equilibrio entre los contratantes, concursantes o licitantes, en abierta contradicción con el artículo 13 del Estatuto Fundamental.

Si la Corte accediera a declarar la inconstitucionalidad solicitada, se tendría por consecuencia la desaparición de las reglas aplicables a los casos de inhabilidades o incompatibilidades sobrevinientes, sin motivo alguno para ella, ya que, por lo expuesto, ningún precepto de la Carta Política ha sido vulnerado, y, en cambio, sería posible una contratación que seguiría llevándose adelante pese a la existencia de tales situaciones jurídicas, con grave deterioro de la moralidad y la pureza de las correspondientes relaciones entre el Estado y los particulares.

Y no es el caso de indemnizar al contratante que en esas circunstancias renuncia ni al licitante o concursante que debe retirarse del proceso administrativo de selección, pues los eventuales daños que puedan sufrir no son consecuencia de una decisión o actuación antijurídicas provenientes de la administración, sino del hecho sobreviniente que consiste en la imprevista presencia de las causas de inhabilidad o incompatibilidad. Así, pues, no se configuran los presupuestos contemplados en el artículo 90 de la Constitución, a cuyo tenor "el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas».

De conformidad con las normas del Estatuto General de Contratación y lo dispuesto por la Corte Constitucional, el pariente de un personero que con anterioridad a la posesión del mismo, haya celebrado un contrato de prestación de servicios con una Empresa Social del Estado del mismo municipio, le sobreviene la inhabilidad contemplada en el artículo 19 de la Ley 53 de 1990, y por lo tanto, debe ceder el contrato previa autorización escrita de la entidad contratante o de no ser posible, corresponderá renunciar a la ejecución del mismo de conformidad con el artículo 9° de la Ley 80 de 1993.

Por el contrario, para quienes se encuentran vinculadas en el respectivo municipio, el literal a), artículo 174 de la Ley 136 de 1994 remite a las disposiciones en materia de inhabilidades que se hubieran establecido para ser alcalde.

Así, la Ley 617 de 2000, expresa:

«ARTÍCULO 37. Inhabilidades para ser alcalde. El artículo 95 de la Ley 136 de 1994, quedará así:

"ARTÍCULO 95. Inhabilidades para ser alcalde. No podrá ser inscrito como candidato, ni elegido, ni designado alcalde municipal o distrital:

(...)

4. Quien tenga vínculos por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, con funcionarios que dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección hayan ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo municipio; o con quienes dentro del mismo lapso hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social de salud en el régimen subsidiado en el respectivo municipio. (...). (subrayado fuera de texto)

Es decir, en el caso que los parientes en 3° y 4° grado de consanguinidad se hubieran vinculado con el municipio, con anterioridad a la fecha de elección de su pariente como personero, no se configura la inhabilidad prevista por cuanto, la misma es extensiva hasta el segundo grado de consanguinidad.

Para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web www.funcionpublica.gov.co/eva en el link «Gestor Normativo» donde podrá consultar entre otros temas, los conceptos 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 LOPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Angélica Guzmán Cañón

Revisó: José Fernando Ceballos Arroyave

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2025-03-02 14:13:21