



Función Pública

Concepto 231011 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública

20206000231011

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20206000231011

Fecha: 12/06/2020 11:38:04 a.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Parentesco Concejal. RAD. 20209000190842 del 18 de mayo de 2020.

Acuso recibo de la comunicación de la referencia, mediante la cual consulta:

"1- ¿puede la hermana de un concejal, ser contratista de una empresa privada del mismo municipio?"

2- teniendo en cuenta que La empresa privada donde está vincula la hermana del concejal contrata con el respectivo municipio, existe alguna inhabilidad o no?"

Al respecto, me permito informarle lo siguiente:

Sea lo primero anotar que de acuerdo con lo establecido en el Decreto 430 de 2016¹, a este Departamento Administrativo le compete formular, implementar, hacer seguimiento y evaluar las políticas de desarrollo administrativo de la función pública, el empleo público, la gestión del talento humano en las entidades estatales, la gerencia pública, el desempeño de las funciones públicas por los particulares, la organización administrativa del Estado, la planeación y la gestión, el control interno, la participación ciudadana, la transparencia en la gestión pública y el servicio al ciudadano, propiciando la materialización de los principios orientadores de la función administrativa.

Por consiguiente, no tiene dentro de sus competencias la resolución de los casos particulares, tampoco funge como ente de control y no tiene dentro de sus funciones decidir si las actuaciones de las entidades del Estado están correctas o si están o no ajustadas a derecho; para tales efectos debe acudir al juez u órgano de control competente, previo agotamiento del procedimiento legalmente establecido.

Es consecuencia, solo es dable realizar una interpretación general de las disposiciones legales relacionadas con la materia de competencia.

Ahora bien, es preciso anotar que el artículo 49 de la Ley 617 del 6 de octubre de 2000², dispone:

“ARTICULO 49. PROHIBICIONES RELATIVAS A CÓNYUGES, COMPAÑEROS PERMANENTES Y PARIENTES DE LOS GOBERNADORES, DIPUTADOS, ALCALDES MUNICIPALES Y DISTRITALES; CONCEJALES MUNICIPALES Y DISTRITALES. (Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 1148 de 2007). Los cónyuges o compañeros permanentes, y parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales y concejales municipales y distritales, no podrán ser miembros de juntas o consejos directivos de entidades del sector central o descentralizados del correspondiente departamento, distrito o municipio, ni miembros de juntas directivas, representantes legales, revisores fiscales, auditores o administradores de las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el respectivo departamento o municipio.

(Inciso 2o. declarado EXEQUIBLE, salvo el aparte tachado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-903-08 de 17 de septiembre de 2008, Magistrado Ponente Dr. Jaime Araújo Rentería, 'en el entendido de que esta prohibición se predica de los parientes en el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad y único civil, como lo establece el artículo 292 de la Constitución Política). Los cónyuges o compañeros permanentes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales y concejales municipales y distritales, y sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, no podrán ser designados funcionarios del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas.

(Inciso modificado por el artículo 1 de la Ley 1296 de 2009). Los cónyuges o compañeros permanentes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales, concejales municipales y distritales y sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, o primero civil no podrán ser contratistas del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas, ni directa, ni indirectamente.

-
PARÁGRAFO 1o. Se exceptúan de lo previsto en este artículo los nombramientos que se hagan en aplicación de las normas vigentes sobre carrera administrativa.

-
PARÁGRAFO 2o. Las prohibiciones para el nombramiento, elección o designación de servidores públicos y trabajadores previstas en este artículo también se aplicarán en relación con la vinculación de personas a través de contratos de prestación de servicios.

PARÁGRAFO 3o. Prohibiciones relativas a los cónyuges, compañeros permanentes y parientes de concejales de municipios de cuarta, quinta y sexta categoría. Tratándose de concejales de municipios de cuarta, quinta y sexta categoría, las prohibiciones establecidas en el presente artículo se aplicarán únicamente para los cónyuges o compañeros permanentes y parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil.” (Subrayado fuera de texto).

La Corte Constitucional en Sentencia C-348 de 2004, Magistrado Ponente, Dr. Jaime Córdoba Triviño, precisó:

“3.6. Finalmente, en relación con las normas sobre la inhabilidad para ser directa o indirectamente contratistas del respectivo departamento, distrito o municipio o de sus entidades descentralizadas o para ser vinculados por contratos de prestación de servicios, la Corte resalta que estas disposiciones hacen parte del desarrollo de la atribución dada por el artículo 150 inciso final de la Constitución, según el cual compete al Congreso de la República expedir el estatuto general de contratación de la administración pública.

-
Estas medidas constituyen igualmente un desarrollo legislativo razonable y proporcionado, como instrumento necesario e idóneo para el logro de los principios rectores de la actuación administrativa y garantizar que las actuaciones públicas estén despojadas de propósitos o intenciones ajenos al servicio público y al interés general. Lo que buscan las disposiciones demandadas es evitar, entre otros efectos, la ingerencia indebida de los miembros de las corporaciones públicas en la gestión pública del orden territorial y a favor de sus allegados, lo cual no puede entenderse como una sanción legislativa a los parientes de los diputados y concejales. De tal suerte que las inhabilidades en referencia constituyen una garantía de imparcialidad, transparencia y moralidad de la gestión pública en los departamentos, distritos y municipios.

(...)

La Corte concluye entonces que las medidas adoptadas representan la voluntad del legislador, que, a partir de su propia verificación de las experiencias conocidas y la evaluación de la gestión territorial, ha estimado pertinente fijar tales restricciones, sin que ellas afecten de manera irrazonable o desproporcionada los derechos a la igualdad, trabajo o acceso a cargos y funciones públicas de los parientes de diputados y concejales. (...)

En consecuencia, se declarará la exequibilidad de los apartes demandados del inciso tercero y el parágrafo 2º del artículo 1º de la Ley 821 de 2003, pero precisando que las prohibiciones allí previstas surtan efectos únicamente dentro del ámbito territorial de competencias del respectivo diputado o concejal.” (Subrayado fuera de texto)

Es importante tener en cuenta la Sentencia C- 899 del 2 de diciembre 2009, Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva, mediante la cual la Corte Constitucional se declaró inhibida para emitir pronunciamiento de fondo sobre la demanda presentada contra el artículo 1º de la Ley 1296 de 2009, por ineptitud sustantiva de la demanda, al respecto dispone:

“La Ley objeto de demanda - 1296/09 - modificó el inciso tercero relativo a las inhabilidades de los cónyuges, compañeros permanentes, y parientes de los gobernadores, diputados, alcaldes y concejales, para ser contratistas, directa o indirectamente, del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas, estableciendo como umbral de la prohibición el parentesco ubicado dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad primero civil.

El demandante contrasta este contenido con el inciso segundo del artículo 292 de la Constitución, según el cual, “no podrán ser designados funcionarios de la correspondiente entidad territorial los cónyuges o compañeros permanentes de los diputados o concejales, ni sus parientes en el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil.” (Se destaca). Este es el único referente constitucional que menciona el demandante para la construcción del cargo, e implícitamente parte del supuesto de que se trata de una norma que incluye en su ámbito a los contratistas de la administración territorial y descentralizada, sin que aporte ninguna razón para equiparar estas disímiles formas de vinculación a la administración.

Aunque la ley prevé tratamientos y alcances similares a las prohibiciones derivadas de los vínculos familiares aplicables a los aspirantes a funcionarios públicos y a contratistas de la administración territorial, no es posible equiparar, como implícitamente lo hace el demandante, la situación de quien aspira a tener un vínculo laboral subordinado con un organismo del Estado para desarrollar funciones dentro del radio de competencia que le asigna la Constitución, la ley o el reglamento, con la de la persona natural o jurídica que aspira a celebrar un contrato con las entidades descentralizadas territorialmente, para el desarrollo de una obra o cometido determinados.

Observa la Corte que el demandante no hace ningún tipo de cuestionamiento acerca del trato diferente que en virtud del inciso segundo del artículo 292 de la Constitución se establece entre aspirantes a funcionarios y candidatos a contratistas en el nivel territorial, simplemente parte del supuesto erróneo de que la situación de hecho regulada en el artículo 1º de la Ley 1296 de 2009 (prohibiciones para contratistas), es igual a la prevista en el inciso 2º del artículo 292 de la Constitución (inhabilidades para funcionarios); esta distorsión sobre el contenido normativo acusado estructura, sin duda, la falta de certeza en la formulación del cargo.

3.4.2. De la situación anteriormente descrita surge a su vez la falta de especificidad del cargo, por cuanto el demandante no logra plantear una oposición objetiva y verificable entre el contenido normativo del artículo 1º de la Ley 1296, y el artículo 292 inciso 2º de la Carta; no suministra un solo argumento orientado a demostrar por qué considera que las prohibiciones derivadas del parentesco, aplicables a los contratistas de las entidades territoriales, contravienen la norma superior invocada relativa a las inhabilidades para ser designado funcionario en el mismo ámbito de la administración.

3.4.3. Finalmente, las anteriores falencias de la demanda confluyen a su vez en la ausencia de suficiencia en el planteamiento del cargo, dado que como acertadamente lo señala alguno de los intervinientes la argumentación esbozada por el demandante resulta deficiente en la medida que se centra en cuestionar el umbral de parentesco que establece la norma acusada como fuente de la inhabilidad (cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad), sin incorporar en su análisis el resto del precepto que refiere esa prohibición a los “contratistas”. No suministra ninguna razón que prima facie despierte dudas acerca de la constitucionalidad de esa regulación, frente al umbral de parentesco establecido en el inciso 2º artículo 292 de la Carta para quienes aspiren a vincularse como funcionarios de los entes territoriales.

Establecida la falta de certeza, especificidad y suficiencia en las razones que sustentan el único cargo planteado en la demanda, la Corte procederá a declararse inhibida para emitir pronunciamiento de fondo sobre la constitucionalidad del artículo 1° de la Ley 1296 de 2009.” (Subrayado fuera de texto).

De acuerdo con lo consagrado en el inciso 3 del artículo 49 de la Ley 617 de 2000, modificado por el artículo 1 de la Ley 1296 de 2009, los cónyuges o compañeros permanentes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales, concejales municipales y distritales y sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad (padres, hijos, hermanos, nietos, abuelos, tíos, sobrinos y primos), segundo de afinidad (nuero, yerna, suegros, cuñado), o primero civil no podrán ser contratistas del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas, ni directa, ni indirectamente.

No obstante, tratándose de concejales de municipios de cuarta, quinta y sexta categoría, las prohibiciones establecidas en el presente artículo se aplicarán únicamente para los cónyuges o compañeros permanentes y parientes hasta el segundo grado de consanguinidad (padres, hijos, abuelos, nietos y hermanos), primero de afinidad (suegros, yerno, nuera) o único civil.

Ahora bien, cabe recordar que de acuerdo con lo establecido en los artículos 35 y siguientes del Código Civil, el parentesco que existe hermanos es en segundo grado de consanguinidad.

Por consiguiente, la hermana (segundo grado de consanguinidad) de un concejal no podrá ser contratistas del respectivo municipio o de sus entidades descentralizadas, ni directa, ni indirectamente.; en consecuencia, en criterio de esta Dirección Jurídica, la hermana del concejal no se encontraría inhabilitada para ser contratista de una empresa privada.

No obstante, deberá tener presente en cuanto a la contratación indirecta o por interpuesta persona que, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo -Sección Quinta, Consejero Ponente: Darío Quiñones Pinilla en Radicación Número: [68001-23-15-000-2004-00002-02](#)(3875) de Enero 19 de 2006, señaló:

“Ciertamente, esta Sala ha dicho que el contrato por interpuesta persona se configura mediante sociedades de personas de las que sea socio quien interviene en la negociación, de tal manera que la interpuesta persona es la propia sociedad³. En otras palabras, la celebración de contratos bajo esta modalidad implica que quien aparece como contratista, aunque formalmente, aparentemente, figure como tal, en realidad, no es la persona que lo celebra y ejecuta.

Tal figura constituye un medio para obtener beneficios que de otra manera no podrían obtenerse o para eludir las inhabilidades o incompatibilidades en las que pueda estar incurso una persona determinada”. (Subrayas fuera de texto).

Así las cosas, en criterio de esta Dirección no es viable por sí o por interpuesta persona, celebrar contratos de cualquier tipo con entidades estatales si la figura planteada en su consulta constituye un medio para obtener beneficios que de otra manera no podrían obtenerse o para eludir las inhabilidades o incompatibilidades en las que pueda estar incurso una persona determinada.

En caso de 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

Proyectó. D. castellanos

Revisó: José Fernando Ceballos Arroyave

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PAGINA

1. Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública.
2. Por la cual se reforma parcialmente la Ley 136 de 1994, el Decreto Extraordinario 1222 de 1986, se adiciona la ley orgánica de presupuesto, el Decreto 1421 de 1993, se dictan otras normas tendientes a fortalecer la descentralización, y se dictan normas para la racionalización del gasto público nacional.
3. Sentencias del 2 de noviembre de 2001, expediente 2697; y del 30 de noviembre de 2001, expediente 2736.

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 14:18:31