



Función Pública

Concepto 315351 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública

20206000315351

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20206000315351

Fecha: 17/07/2020 04:46:34 p.m.

Bogotá D.C.

REF. INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Pariente. Inhabilidades para la suscripción de contratos Estatales con entidades públicas municipales. RAD. 2020-206-031067-2 del 15 de julio de 2020.

En atención a su comunicación, mediante la cual presenta interrogantes relacionados con presuntas inhabilidades para celebrar contratos estatales con entidades públicas del nivel municipal, me permito indicar lo siguiente:

1. A su primer y segundo interrogantes, mediante los cuales consulta si existe inhabilidad para que el pariente (tío y sobrino) de un concejal suscriba un contrato estatal con entidades del respectivo municipio, como es el caso de la Empresa Social del Estado ESE, me permito indicar lo siguiente:

Respecto de las inhabilidades para que parientes de un concejal suscriban contratos con entidades públicas del respectivo municipio, me permito indicarle que la Ley 617 de 2000, señala:

“ARTICULO 49. PROHIBICIONES RELATIVAS A CÓNYUGES, COMPAÑEROS PERMANENTES Y PARIENTES DE LOS GOBERNADORES, DIPUTADOS, ALCALDES MUNICIPALES Y DISTRITALES; CONCEJALES MUNICIPALES Y DISTRITALES. <Apartes subrayados CONDICIONALMENTE exequibles> <Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 1148 de 2007. El nuevo texto es el siguiente:> 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.

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 2o. declarado EXEQUIBLE, salvo el aparte tachado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-903 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.')

<Inciso modificado por el artículo 1 de la Ley 1296 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:> 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.

(Subraya fuera de texto)

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." (Apartes 'compañero permanente' del texto artículo 1 de la Ley 1148 de 2009 declarado **CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE**, por los cargos analizados, por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-029 de 28 de enero de 2009, Magistrado Ponente Dr. Rodrigo Escobar Gil, '... en el entendido de que, en igualdad de condiciones, ellas comprenden también a los integrantes de las parejas de un mismo sexo".

De acuerdo con lo señalado en el inciso tercero del artículo 49 de la Ley 617 de 2000, modificado por el artículo 1 de la Ley 1296 de 2009, es claro que los parientes en cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil de los concejales no podrán suscribir contratos con entidades del respectivo municipio, ni directa, ni indirectamente.

No obstante, en virtud de lo señalado en el parágrafo tercero del artículo 49 ibidem, tratándose de municipios de cuarta, quinta o sexta categoría, dicha restricción deberá aplicarse a los parientes de los concejales en segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil.

Ahora bien, de acuerdo con lo establecido en los artículos 35 y siguientes del Código Civil, el parentesco de consanguinidad es 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, mientras que los grados de consanguinidad entre dos personas se cuentan por el número de generaciones; por su parte, el parentesco por afinidad es el que existe entre una persona que está o ha estado casada y los consanguíneos legítimos de su marido o mujer.

De lo anterior se infiere que el tío para con el sobrino se encuentra en tercer grado de consanguinidad.

De acuerdo con lo expuesto, es viable concluir lo siguiente:

Los parientes en tercer grado de consanguinidad de un concejal se encuentran dentro de los grados que la ley ha determinado como restringidos para la celebración de contratos, en ese sentido, se considera que existe inhabilidad para que el tío o el sobrino (parientes en tercer grado de consanguinidad) del concejal celebren contratos con entidades públicas del respectivo municipio ya sea en forma directa, o indirectamente.

No obstante, en el caso que se trate de un municipio de cuarta, quinta o sexta categoría, dicha restricción se aplicará para los parientes en segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, por lo que, en ese caso, no existiría inhabilidad para que el pariente en tercer grado de consanguinidad (tío o sobrino) del concejal celebren algún tipo de contrato estatal con entidades públicas del respectivo

municipio. Dicho análisis deberá realizarlo el interesado teniendo en cuenta la categoría del municipio.

2. En atención al tercer interrogante de su escrito, mediante el cual consulta si existe inhabilidad para que quien ejerció como alcalde encargado en el año 2019, se vincule como empleado público en la Empresa Social del Estado ESE, le indico:

En cuanto a las incompatibilidades de los alcaldes, y a propósito de la inquietud relacionada con la suscripción de contratos Estatales con entidades del mismo municipio; así como el ejercicio de cargos públicos una vez termina su período constitucional, precisamos que la Ley 617 de 2000 "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.", señala:

"ARTICULO 38. INCOMPATIBILIDADES DE LOS ALCALDES. Los alcaldes, así como los que los reemplacen en el ejercicio del cargo no podrán:

1. Celebrar en su interés particular por sí o por interpuesta persona o en representación de otro, contrato alguno con el respectivo municipio, con sus entidades públicas o privadas que manejen o administren recursos públicos provenientes del mismo.

2. Tomar parte en las actividades de los partidos sin perjuicio de ejercer el derecho al sufragio.

3. Intervenir en cualquier forma, fuera del ejercicio de sus funciones, en la celebración de contratos con la administración pública.

4. Intervenir, en nombre propio o ajeno, en procesos o asuntos, fuera del ejercicio de sus funciones, en los cuales tenga interés el municipio, distrito, o sus entidades descentralizadas.

5. Ser apoderado o gestor ante entidades o autoridades administrativas o jurisdiccionales, o que administren tributos.

6. Desempeñar simultáneamente otro cargo o empleo público o privado.

7. Inscribirse como candidato a cualquier cargo de elección popular durante el período para el cual fue elegido.

PARAGRAFO. Lo dispuesto en el presente artículo se entiende sin perjuicio de las excepciones a las incompatibilidades de que tratan los literales a, b, c, y d. del artículo 46 de la Ley 136 de 1994.

ARTICULO 39. DURACION DE LAS INCOMPATIBILIDADES DEL ALCALDE MUNICIPAL DISTRITAL. <Ver Notas del Editor> Artículo CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE> Las incompatibilidades de los alcaldes municipales y distritales a que se refieren los numerales 1 y 4, tendrán vigencia durante el período constitucional y hasta doce (12) meses después del vencimiento del mismo o de la aceptación de la renuncia. En el caso de la incompatibilidad a que se refiere el numeral 7 tal término será de veinticuatro (24) * meses en la respectiva circunscripción." (Subrayado fuera de texto).*

De acuerdo con la anterior norma, existe prohibición para que quien fue elegido como alcalde, dentro de los 24 meses siguientes a la finalización de su período se vincule como empleado público en las entidades del respectivo municipio.

Ahora bien, respecto de la aplicación de las inhabilidades e incompatibilidades para quien ejerció un empleo mediante encargo, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, en sentencia con Radicación número: 76001-23-31-000-2007-01477-02 del 31 de julio de 2009, Consejera ponente: María Nohemí Hernández Pinzón, señaló:

"(...) No sobra agregar que la tesis según la cual las inhabilidades derivadas del ejercicio de cargos públicos no se configuran cuando se desempeñan a título de encargo, fue desvirtuada por la Sección en varias oportunidades; así, en sentencia de 5 de octubre de 2001, exp. 2001-0003 (2463), determinó lo siguiente:

"Esta Sala sostiene que con el ejercicio del cargo, a cualquier título, se configura la inhabilidad, vale decir, no sólo cuando se ejerce en propiedad sino también mediante otra forma de provisión, como por ejemplo, en provisionalidad, en comisión o por encargo, porque la norma hace referencia al ejercicio y no a la titularidad del cargo.

Al respecto se observa:

Según los artículos 23 del Decreto Ley 2400 de 1968 y 34 del Decreto Reglamentario 1950 de 1973, el encargo es una situación administrativa que implica el desempeño temporal, por un empleado, de funciones propias de otro cargo, en forma parcial o total, por ausencia temporal o definitiva del titular.

El concepto de encargo trae implícito el desempeño de funciones constitucionales y legales asignadas al titular, como lo ha afirmado esta Corporación en forma reiterada¹. Así se pronunció al respecto:

“El encargo implica de por sí para quien lo asuma, el desempeño de las funciones propias del empleo para el cual se ha producido el encargo, en forma parcial o total de las mencionadas funciones, según lo señale el acto administrativo que lo confiere sin que se requiera por dicha razón, de una delegación de funciones. Ha de entenderse, asimismo, que si el acto que confiere el encargo no establece expresamente qué clase de funciones puede ejercer la persona en el empleo para el cual ha sido encargada, ella está en capacidad de cumplir todas aquellas funciones propias o inherentes del cargo que se va a desempeñar temporalmente.”²

En sentencia de 17 de febrero de 2005 se reiteró la tesis expuesta en precedencia, y se agregó que:

“Adicional a lo anterior debe señalarse que el encargo, como una situación administrativa que es, corresponde a una figura jurídica empleada para proveer los cargos ante vacancias definitivas o temporales, encomendando el ejercicio de esas funciones a otro empleado, quien puede ser desvinculado o no, de las funciones inherentes a su cargo (D.L. 2400 de 1968 art. 23 y D.R. 1950 de 1973 art. 34). Según el tenor literal de la primera disposición “Los empleados podrán ser encargados parcial o totalmente las funciones de empleos diferentes de aquéllos para los cuales han sido nombrados por ausencia temporal o definitiva del titular”, lo cual conduce a pensar que si en el acto de encargo no se delimitan las funciones, es claro que el encargado está habilitado para ejercerlas a plenitud, sin que del mismo puede predicarse, como lo hace el apoderado del accionado, que sea un simple administrador por tan precaria condición.” (Negrillas y subrayas de la Sala)

Tan irrelevante es el título que sirve de fundamento al ejercicio de funciones públicas para efectos de la configuración de inhabilidades que incluso esta Sección ha considerado que éstas se extienden a los funcionarios de facto o de hecho, es decir, a quienes carecen de investidura o la tienen de manera irregular y desempeñan funciones que corresponden efectivamente a un empleo público debidamente creado con la creencia del funcionario y de los asociados de que las ejerce legítimamente.³

(...)”

De acuerdo con la Sentencia del Consejo de Estado, las inhabilidades que se predicen a un empleo se configuran aun en el caso que el empleo se ejerza mediante encargo, en razón a que cuando se ejerce un empleo por encargo, quien lo desempeña realiza la totalidad de funciones constitucionales y legales asignadas al mismo.

Por lo anterior, en criterio de esta Dirección Jurídica, quien ejerció como alcalde encargado de un municipio se le aplican las inhabilidades e incompatibilidades que la norma establece para el cargo.

Así las cosas, se tiene que quien ejerció como alcalde encargado durante el año 2019, se encuentra inhabilitado para vincularse como empleado en una entidad del respectivo municipio durante 24 meses posteriores al vencimiento del período o de la aceptación de la renuncia.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público, las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos; así como la normatividad que ha emitido el Gobierno Nacional a propósito de la emergencia ocasionada por el covid - 19, me permito indicar que en el link <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo> y <https://coronaviruscolombia.gov.co/Covid19/index.html> podrá encontrar conceptos y normativa relacionados con el tema.

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: Harold Herreño

Revisó: José Fernando Ceballos Arroyave

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. Ver sentencias de 21 de abril de 1992, 9 de septiembre del mismo año y del 2 de noviembre de 1995, de la Sección Segunda, Expedientes 4134, 3526 y 5672, respectivamente. Magistrados ponentes Alvaro Lecompte Luna y Dolly Pedraza de Arenas.

2. Primera sentencia antes citada.

3. Auto de 13 de enero de 1994, exp. 1090 y sentencia de 13 de octubre de 2005 exp, 3816.

Fecha y hora de creación: 2025-03-02 13:59:21