



Función Pública

Concepto 345471 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública

20206000345471

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20206000345471

Fecha: 29/07/2020 02:31:22 p.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Concejal. Prohibición para nombrar a parientes en primer grado civil. ESTABILIDAD LABORAL REFOZADA. Fuero de maternidad. RAD. 20202060309262 del 15 de julio de 2020.

En la comunicación de la referencia, solicita se absuelvan las siguientes inquietudes:

1. Si una persona que viene prestando los servicios profesionales en una en una empresa Comercial e industrial del estado que presta el servicio público de aseo, entidad que es descentralizada, con autonomía administrativa y patrimonio propio y su madrastra fue elegida en las elecciones del pasado mes de octubre del año 2019 como concejal del municipio, ¿estaría inmersa en una causal de inhabilidad para seguir contratando con dicha entidad desde su elección?

2. Si una persona viene prestando los servicios profesionales en una empresa Comercial e industrial del estado que presta el servicio público de aseo, entidad que es descentralizada, con autonomía administrativa y patrimonio propio, y queda en embarazo el mes de septiembre del año 2019 y su madrastra es nombrada concejal del municipio en las elecciones del mes de octubre del año 2019, ¿qué actuación debe adelantar la empresa? ¿Debe proceder o no a la renovación del contrato de prestación de servicios por el tema de la estabilidad laboral reforzada? ¿Debe hacerlo bajo las mismas condiciones del año anterior? ¿Puede la contratista una vez terminada su incapacidad por maternidad seguir contratando con dicha entidad? ¿Las causales de inhabilidad de la ley 80 aplica para los contratistas vinculados con anterioridad a la empresa?"

Sobre su solicitud, me permito manifestarle lo siguiente:

En cuanto a la inhabilidad por ser pariente de un concejal activo, el artículo 49 de la Ley 617 del 6 de octubre 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.

<Aparte tachado INEXEQUIBLE, Inciso CONDICIONALMENTE exequible, 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. 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.

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.”

Nótese que, en el texto citado, la prohibición contenida en el inciso segundo es designar a funcionarios en la respectiva entidad territorial, mientras que en el inciso tercero, la prohibición indica que no podrán ser contratistas de la respectiva entidad territorial o de sus entidades descentralizadas. En este caso, la conducta prohibida es tener la calidad del contratista.

Ahora bien, el inciso tercero de la norma indica que no pueden ser contratistas los cónyuges o compañeros permanentes de los concejales municipales, entre otros, y sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, o primero civil.

De conformidad con la legislación colombiana, la adopción establece parentesco civil entre el adoptivo y el adoptante. Esto supone el agotamiento del procedimiento señalado para tal fin¹.

De acuerdo con la información suministrada en la consulta, la relación del contratista con el concejal elegido es, en términos del consultante, “la madrastra”. Si esta relación incluye la adopción formal, en las condiciones expuestas en apartes anteriores, existirá entre ellos una relación parental civil, en primer grado. Si este es el caso, la persona adoptada, que tiene la calidad de contratista, en criterio de esta Dirección Jurídica estará incurso en la inhabilidad contenida en el inciso tercero del artículo 49 de la Ley 617, por cuanto goza de la calidad de contratistas y es pariente civil en primer grado de un concejal.

Si no media la formalidad propia de la adopción, no se configura la inhabilidad.

Ahora bien, respecto a la estabilidad laboral reforzada de una contratista en estado de embarazo, es pertinente citar la jurisprudencia nacional que se ha ocupado del asunto.

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejero ponente: Mauricio Torres Cuervo, en fallo del 14 de marzo de 2011, dentro del expediente con Radicación número: 25000-23-15-000-2010-03232-01(AC), indicó lo siguiente:

“Recuérdese que la actora se vinculó a la accionada por contrato de prestación de servicios, lo que en términos del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 sólo es posible cuando la planta de personal de la entidad contratante no es suficiente para cumplir sus funciones o cuando éstas requieren de personal con conocimientos específicos.

De manera que, si está probado que la terminación del contrato que la actora celebró con la Contraloría General de la República obedeció única y exclusivamente a que el plazo contractual y la labor contrata se cumplieron, no es posible aplicar el fuero de maternidad en el caso en estudio, pues la razón de ser de esta protección no es otra que evitar la discriminación laboral de la mujer embarazada, lo que se repite no aconteció en el *sub lite*.

Aunado a lo anterior, los otros requisitos para la aplicación del fuero de maternidad tampoco se cumplieron. Como acertadamente lo advirtió el *a quo*, no era necesario que la Contraloría pidiera permiso al inspector del trabajo para la terminación del mencionado contrato, en la medida que éste se rige por la normativa del Estatuto de la Contratación Estatal y no por el Código Sustantivo del Trabajo.

Y la tutelante no aportó ningún medio probatorio que acreditara que por la terminación del contrato de prestación de servicios se amenaza su mínimo vital y el del *nasciturus*. Nadie más que la actora estaba en condición de demostrar los gastos en que incurre para la satisfacción de sus necesidades mínimas; empero, más allá de sus manifestaciones no aportó a la actuación sustento alguno de aquéllos. Coherentemente, no es posible inferir que la terminación de la relación contractual supone para la accionante la ocurrencia de un perjuicio irremediable.” (Se subraya).

Según el fallo, una mujer embarazada que se encuentra vinculada a la administración mediante un contrato de prestación de servicios, no puede ser desvinculada por razón del embarazo. No obstante, la terminación del contrato supone una justa causa y, en este caso, no es aplicable el fuero de maternidad.

La misma corporación, en sentencia emitida por la Sección Primera el 27 de abril de 2017, con ponencia del Consejero Roberto Augusto Serrato Valdés, dentro del proceso con Radicación número: 19001-23-33-000-2016-00386-01(AC), indicó lo siguiente:

Respecto del alcance de la protección laboral reforzada a las trabajadoras en estado de embarazo, cabe recordar que la Corte Constitucional en Sentencia SU-070 de 13 de febrero de 2013, estableció unos criterios unificados y señaló diversas alternativas de solución. Lo hizo teniendo en cuenta: i) el conocimiento de dicha condición por parte del empleador y, ii) la alternativa laboral de la embarazada. Sin embargo, advirtió que el conocimiento del embarazo por parte del empleador no es requisito para la protección de la mujer embarazada sino para determinar el grado de protección.

Previo a ello, dejó en claro que la protección laboral reforzada derivada de la maternidad procede cuando se demuestre, sin ninguna otra exigencia adicional: i) la existencia de una “*relación laboral o de prestación*” y, ii) que la mujer se encuentre en estado de embarazo o dentro de los tres (3) meses siguientes al parto, en vigencia de dicha relación “*laboral o de prestación*”.

Ello significa que solo tales exigencias se constituyen como requisitos para la protección de la aforada, mientras que el alcance de dicha protección se determinará de conformidad con la modalidad bajo la cual se encuentre vinculada y el conocimiento o no por parte del empleador de su estado de gravidez.

En el fallo de unificación se decidieron 33 casos. En punto de las diversas medidas de protección a dispensar, se estableció su alcance o contenido de conformidad con las alternativas laborales derivadas de:

1). El contrato a término indefinido; 2) el contrato a término fijo; 3) el contrato de obra; 4) la labor realizada a través de cooperativas de trabajo asociado; 5) a través de empresas de servicios temporales; 6) el contrato de prestación de servicio; 7) la vinculación en provisionalidad de un cargo de carrera que sale a concurso o es suprimido; 8) la vinculación en cargos de libre nombramiento y remoción; y 9) la vinculación en cargos suprimidos por liquidación de la entidad pública o por la necesidad del servicio.

Aplicando los anteriores lineamientos jurisprudenciales al caso bajo estudio, resulta evidente que la situación de tutelante se encuadra en el supuesto descrito en el numeral 6.

Según la referida hipótesis, las medidas de protección a aplicar son las siguientes:

<<6. En el supuesto de vinculación de la mujer gestante o lactante mediante contrato de prestación de servicios, el juez de tutela debe analizar las circunstancias fácticas que rodean cada caso, para determinar si bajo dicha figura contractual no se está ocultando la existencia de una auténtica relación laboral. Si bien la acción de tutela no es el mecanismo judicial idóneo para declarar la configuración de un "contrato realidad", pues existen vías procesales ordinarias laborales o las contencioso administrativas, a través de las cuales se puede buscar el reconocimiento de una vinculación laboral, en los casos donde se encuentre en inminente riesgo de afectación el mínimo vital de la accionante u otro derecho constitucional fundamental, este estudio deberá ser realizado por el juez de tutela.

Bajo esta lógica, deberá verificarse la estructuración material de los elementos fundamentales de un contrato de trabajo, "independientemente de la vinculación o denominación que el empleador adopte para el tipo de contrato que suscriba con el trabajador"² Así, la jurisprudencia de la Corte ha reconocido que los elementos que configuran la existencia de un contrato de trabajo, son (i) el salario, (ii) la continua subordinación o dependencia y (iii) la prestación personal del servicio. Por lo tanto, si el juez de tutela concluye la concurrencia de estos tres elementos en una vinculación mediante contrato de prestación de servicios de una trabajadora gestante o lactante, podrá concluirse que se está en presencia de un verdadero contrato de trabajo.

(...).

Con todo, en el supuesto en que la trabajadora gestante o lactante haya estado vinculada mediante un contrato de prestación de servicios y logre demostrarse la existencia de un contrato realidad, la Sala ha dispuesto que se deberán aplicar las reglas propuestas para los contratos a término fijo, en razón a que dentro de las características del contrato de prestación de servicios, según lo ha entendido esta Corporación, se encuentra que se trata de un contrato temporal, cuya duración es por un tiempo limitado, que es además indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido>>. Negrillas fuera del texto.

De conformidad con lo expuesto, resulta obligado para la Sala verificar si en el caso concreto, mediante la suscripción de un contrato de prestación de servicios se esconde la existencia de un verdadero contrato de trabajo o contrato realidad. Para ello debe comprobarse la existencia de los siguientes requisitos o elementos: i) el salario; ii) la continua subordinación o dependencia y, iii) la prestación personal del servicio."

De los fallos citados, y para efectos de la consulta, se pueden extraer las siguientes premisas:

1. A una mujer embarazada que tenga un contrato de prestación de servicios, la administración no le puede terminar su contrato por razón de su embarazo. No obstante, la terminación del contrato pactado constituye una justa causa y en este caso no es aplicable el fuero de maternidad.
2. La protección laboral reforzada derivada de la maternidad para una mujer embarazada que tiene un contrato de prestación de servicios (no una relación laboral), procederá si se evidencia la existencia de un contrato realidad, en el que se presenten los elementos propios de una relación laboral: i) el salario; ii) la continua subordinación o dependencia y, iii) la prestación personal del servicio. No obstante, esta declaración sólo puede ser emitida por un juez de la república.

De acuerdo con los argumentos expuestos, esta Dirección jurídica concluye lo siguiente:

1. La persona que viene prestando los servicios profesionales en una en una empresa Industrial y Comercial del estado que presta el servicio público de aseo, entidad que es descentralizada, con autonomía administrativa y patrimonio propio, estará inhabilitada para continuar prestando

sus servicios en esta modalidad contractual, sólo si con su madrastra concejal tiene parentesco civil, obtenido de la formalización de una adopción, de acuerdo con la Ley. De ser el caso, deberá ceder su contrato o renunciar a su ejecución.

Si no existe una adopción formal, no se configura la inhabilidad.

1. A una mujer embarazada que presta sus servicios profesionales en una Empresa Comercial e Industrial del Estado que presta el servicio público de aseo, entidad que es descentralizada, no se le podrá terminar el contrato por esta causa, vale decir, por razón de su embarazo. No obstante, el cumplimiento del período pactado en el contrato constituye justa causa y en este caso, no es aplicable el fuero de maternidad. Esto significa que, al terminar el contrato, la administración no se encuentra en la obligación de contratarla nuevamente por el citado fuero.

Ahora bien, conforme con la respuesta del punto 1, si se encuentra en primer grado de parentesco civil (por adopción) con un concejal del municipio, no podrá ser contratada nuevamente por el municipio o alguna de sus entidades descentralizadas. Si no es el caso, no existe impedimento para que sea contratada nuevamente.

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 CORTÉS

Director Jurídico

Proyectó: Claudia Inés Silva

Revisó: José Fernando Ceballos

Aprobó: Armando López

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. Ley 1098 de 2006, “Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia”

2. Ver la sentencia T-848 de 2004. Corte Constitucional.

Fecha y hora de creación: 2025-03-03 01:22:23