



Función Pública

## Concepto 321091 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20206000321091\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20206000321091

Fecha: 21/07/2020 04:06:03 p.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Concejal. Prohibición para nombrar a madre de concejal en fundación pública. RAD. 20209000299302 del 9 de julio de 2020.

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual consulta si se presenta inhabilidad para la madre de un concejal para que se vincule a laborar por medio de una Fundación Pública en un Hospital del mismo municipio teniendo en cuenta que la Fundación está constituida con un patrimonio público, con un 51% del Municipio y un 49% de la Hospital, 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:

“ARTÍCULO 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." (El resaltado es nuestro).

De conformidad con el inciso segundo del citado artículo, los cónyuges o compañeros permanentes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales y concejales municipales y distritales, y sus parientes dentro del segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, no podrán ser designados funcionarios del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas.

De acuerdo con la información suministrada en la consulta, se pretende vincular laboralmente a la señora madre de un concejal activo en una fundación pública.

Según el Código Civil colombiano, los padres-hijos se encuentran en primer grado de consanguinidad, es decir, dentro del rango señalado por la inhabilidad. Debe revisarse ahora si una fundación pública tiene la calidad de entidad descentralizada.

Sobre el particular, la Ley 489 de 1998, "*Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones*", dispone:

"ARTÍCULO 95. ASOCIACION ENTRE ENTIDADES PÚBLICAS. <Artículo CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE><sup>1</sup> Las entidades públicas podrán asociarse con el fin de cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar conjuntamente servicios que se hallen a su cargo, mediante la celebración de convenios interadministrativos o la conformación de personas jurídicas sin ánimo de lucro.

Las personas jurídicas sin ánimo de lucro que se conformen por la asociación exclusiva de entidades públicas, se sujetan a las disposiciones previstas en el Código Civil y en las normas para las entidades de este género. Sus Juntas o Consejos Directivos estarán integrados en la forma que prevean los correspondientes estatutos internos, los cuales proveerán igualmente sobre la designación de su representante legal.

PARÁGRAFO. <Parágrafo declarado INEXEQUIBLE>"

ARTÍCULO 96. CONSTITUCION DE ASOCIACIONES Y FUNDACIONES PARA EL CUMPLIMIENTO DE LAS ACTIVIDADES PROPIAS DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS CON PARTICIPACION DE PARTICULARES. Las entidades estatales, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo podrán, con la observancia de los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución, asociarse con personas jurídicas particulares, mediante la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas, para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna a aquéllas la ley.

Los convenios de asociación a que se refiere el presente artículo se celebrarán de conformidad con lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución Política, en ellos se determinará con precisión su objeto, término, obligaciones de las partes, aportes, coordinación y todos aquellos aspectos que se consideren pertinentes.

Cuando en virtud de lo dispuesto en el presente artículo, surjan personas jurídicas sin ánimo de lucro, éstas se sujetarán a las disposiciones previstas en el Código Civil para las asociaciones civiles de utilidad común.

(...)"

Como se aprecia, la legislación previó la creación de personas jurídicas sin ánimo de lucro, con entidades públicas y/o con personas jurídicas de derecho privado.

Sobre el tema, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, el 9 de noviembre de 2006 emitió el concepto No. 00079 de 2006, con ponencia del Consejero Flavio Augusto Rodríguez Arce, en el que indicó lo siguiente:

"2.3. Ubicación de las personas jurídicas que se conformen en virtud del artículo 95 de la ley 489 de 1998 en la estructura del Estado.

El artículo 38 de la ley 489 de 1998 establece que la rama ejecutiva del poder público en el orden nacional está integrada por los organismos y entidades del sector central y del sector descentralizado por servicios.

A su vez, el sector descentralizado por servicios está conformado, entre otros, por los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las superintendencias, las empresas sociales del Estado, los institutos tecnológicos y científicos, las sociedades públicas y de economía mixta, así como, por "las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público".

En concordancia con lo anterior, artículo 68 ibídem señala que son entidades descentralizadas del orden nacional, entre otras, "las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales y comerciales, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio".

A la luz de las disposiciones citadas, es claro que la ley 489 de 1998, al igual que la legislación anterior, clasifica las personas jurídicas sin ánimo de lucro, constituidas entre entidades públicas como entidades descentralizadas indirectas, y por consiguiente, pertenecen a la administración nacional, departamental o municipal, según el orden o nivel al que se adscriban, tema que a continuación se analizará.

(...)

Dispone el artículo 49 de la ley 489 de 1998:

<<ARTÍCULO 49. Creación de organismos y entidades administrativas. (...) Las entidades descentralizadas indirectas y las filiales de las empresas industriales y comerciales del Estado y de las sociedades de economía mixta se constituirán con arreglo a las disposiciones de la presente ley, y en todo caso previa autorización del Gobierno Nacional si se tratare de entidades de ese orden o del gobernador o el alcalde en tratándose de entidades del orden departamental o municipal.>>

Lo anterior, lleva a la Sala a afirmar que estas entidades tienen un régimen mixto, el consagrado en la ley 489 de 1998 en materia de autorizaciones para su creación y transformación, el de las entidades estatales que rige los actos unilaterales, contratos, responsabilidad y control y, el de derecho civil que regula su constitución, organización, funcionamiento y el procedimiento de transformación.

4.3. Ubicación de las personas jurídicas que se conformen en virtud del artículo 96 de la ley 489 de 1998.

Las personas jurídicas que se conformen por la asociación entre entidades estatales y particulares, cuyo objeto sea el cumplimiento de actividades relacionadas con los cometidos y funciones que les asigna la ley son una expresión de la descentralización y hacen parte de las "demás entidades de naturaleza especial creadas o autorizadas por la ley" contempladas en el artículo 38 de la ley 489.

Así lo reconoció, la Corte Constitucional en la sentencia C-230 de 1995, en la cual, expuso:

*“Las referidas corporaciones y fundaciones de participación mixta han sido reconocidas en nuestro derecho como entidades descentralizadas indirectas, es decir, constituyen modalidades de la descentralización por servicios. Por lo tanto, son entes que poseen una vinculación con el Estado en cuanto participan en el cumplimiento de actividades que constituyen objeto de los cometidos propios de éste, hasta el punto de que aquí al asociarse a ellas les entrega a título de aporte o participación bienes o recursos públicos (...).”*

En estos términos, al igual que las personas que nacen a la vida jurídica en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 95 de la ley 489 de 1998, las asociaciones de carácter mixto del artículo 96 ibídem, también tienen el carácter de entidades descentralizadas indirectas, según lo previsto en los artículos 38 y 68 de la misma ley.

De acuerdo con el carácter de entidades descentralizadas indirectas que ostentan, la Sala considera que éstas deberán adscribirse a un organismo o ente del sector central, pues la conexidad que debe existir entre el objeto de la misma y las funciones o cometidos de las entidades estatales que en ella participen, exigen un control directo de los organismos del nivel central, para de esta manera garantizar la coherencia de los proyectos que éstas desarrollen con la política del sector al cual pertenezcan. Lo anterior, sin perjuicio del control que se ejerza a través de la participación de las entidades públicas en la dirección de la asociación mixta en los términos del artículo 109 de la ley 489 de 1998.

En aplicación del artículo 50 ibídem, sus miembros deberán establecer en el acto de creación el ente u organismo del sector central del nivel nacional o territorial al cual deberán adscribirse. Cuando de la asociación hacen parte varias entidades estatales de diferente naturaleza y orden administrativo, se deberán ponderar entre ellas, los criterios generales sugeridos por esta Sala en el capítulo anterior, esto es, la naturaleza de las funciones administrativas o del servicio que se otorgue a la persona jurídica, el ámbito donde se ejercerán dichas funciones o prestar el servicio y la proporción de la participación de cada entidad

4.3. Alcance de la sujeción de las asociaciones de carácter mixto que se creen en virtud del artículo 96 de la ley 489 de 1993 a las normas del Código Civil.

EL ARTÍCULO 96 de la ley 489 de 1998 según el cual las personas jurídicas sin ánimo de lucro de carácter mixto que se conformen entre entidades estatales y particulares, se sujetarán a las disposiciones previstas en el Código Civil para las asociaciones civiles de utilidad común, fue declarado exequible por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-671 de 1999, sin condicionamiento alguno, lo que en concepto de la Sala, no impide, que en algunos aspectos, éste tipo de asociaciones se rijan por las normas propias del derecho público y los principios de la función administrativa.

En concepto de esta Sala, la conexidad que debe existir entre las actividades de la persona jurídica de carácter mixto y las funciones de las entidades estatales que la integran, así como, el carácter público de la participación de las entidades públicas, determinan su sujeción, en algunas materias, a las normas propias del derecho público, evitando que este tipo de entes se conviertan en un mecanismo de *“simple traslado de recursos públicos a particulares”*<sup>16</sup>

En consonancia con lo anterior, la Corte Constitucional en la sentencia C-230 de 1995, al revisar la constitucionalidad del literal a) del ordinal 2º del artículo 2º de la ley 80 de 1993<sup>17</sup>, analizó el régimen aplicable a las asociaciones de carácter mixto desprovistas de ánimo de lucro que se constituyeron en vigencia del artículo 6º del decreto ley 130 de 1976,<sup>18</sup> y manifestó que era perfectamente viable someter las asociaciones que cuenten con una participación pública mayoritaria, a las reglas y principios de la contratación administración pública.

(...)

En consecuencia, la remisión a las normas propias de las entidades sin ánimo de lucro del Código Civil se debe entender circunscrita al sometimiento de ellas para efectos de su constitución, organización y funcionamiento.

(...)

La sala responde

1. Las personas jurídicas que surjan en virtud de lo dispuesto en los artículos 95 y 96 de la ley 489 de 1998, forman parte de la Rama Ejecutiva del Poder.

2. Las personas jurídicas constituidas con fundamento en los artículos 95 y 96 de la ley 489 de 1998, en virtud de lo dispuesto en el artículo 50 ibídem, deben necesariamente adscribirse a un ente u organismo del nivel nacional o territorial, según lo determine el acto de creación.

(...).”

Conforme con el concepto citado, las corporaciones y fundaciones son reconocidas en nuestro derecho como entidades descentralizadas indirectas y forman parte de la Rama Ejecutiva del Poder.

De acuerdo con los argumentos expuestos, esta Dirección Jurídica considera que la señora madre de un concejal en ejercicio, se encuentra inhabilitada para ser designada en una fundación pública integrada por el municipio en un 51% y el hospital en un 49%, por cuanto este tipo de entidad es considerada como descentralizada indirecta y hace parte del municipio, y el grado de parentesco (primer grado de consanguinidad), está incluido en la prohibición descrita en el inciso segundo del artículo 49 de la Ley 617 de 2000.

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. ARTÍCULO declarado CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-671-99 de 9 de septiembre de 1999, Magistrado Ponente Dr. Alfredo Beltrán Sierra, 'bajo el entendido de que 'las personas jurídicas sin ánimo de lucro que se conformen por la asociación exclusiva de entidades públicas, se sujetan a las disposiciones previstas en el Código Civil y en las normas para las entidades de este género', sin perjuicio de que, en todo caso el ejercicio de las prerrogativas y potestades públicas, los regímenes de los actos unilaterales, de la contratación, los controles y la responsabilidad serán los propios de las entidades estatales según lo dispuesto en las leyes especiales sobre dichas materias."

---

*Fecha y hora de creación: 2024-12-04 14:20:44*