



Función Pública

## Concepto 211151 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20216000211151\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000211151

Fecha: 17/06/2021 12:00:29 p.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Servidor público. Aplicación de inhabilidades a parientes de concejal vinculados por tercerización. RAD. 20212060440342 del 24 de mayo de 2021.

En la comunicación de la referencia, informa que es prima de un concejal activo y va a ser contratada por una cooperativa para desempeñarse como enfermera del Hospital Local de Yumbo. Con base en esta información consulta si existe algún impedimento para ser contratista directa con el municipio o si puede hacerlo mediante la cooperativa.

Sobre las inquietudes expuestas, 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 2000, que incluye la modificación realizada por la Ley 1296 de 2009, 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 Araujo 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 1. Se exceptúan de lo previsto en este artículo los nombramientos que se hagan en aplicación de las normas vigentes sobre carrera administrativa.

PARÁGRAFO 2. 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 3. 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."

Del texto legal expuesto, los cónyuges o compañeros permanentes de los concejales municipales y distritales, entre otros 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.

Sobre la contratación indirecta, 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) en sentencia emitida el 19 de enero 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 sociedad. 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.»

Para el caso objeto de la consulta, el consultante deberá verificar si quien se pretende contratar es o no socia de la cooperativa.

Ahora bien, de acuerdo con el Código Civil colombiano, los primos se encuentran en cuarto grado de consanguinidad, es decir, dentro de la prohibición descrita en el artículo 49 citado.

Debe analizarse si la contratación mediante una cooperativa está cobijada por la prohibición en estudio. Sobre el particular, la Ley 1438 de 2011, *"Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones"*, determina lo siguiente:

"ARTÍCULO 59. OPERACIÓN CON TERCEROS. <Artículo CONDICIONALMENTE exequible> Las Empresas Sociales del Estado podrán desarrollar sus funciones mediante contratación con terceros, Empresas Sociales del Estado de mayor nivel de complejidad, entidades privadas o con operadores externos, previa verificación de las condiciones de habilitación conforme al sistema obligatorio de garantía en calidad."

Sobre esta figura la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-171-12 de 7 de marzo de 2012, Magistrado Ponente Dr. Luis Ernesto Vargas Silva, en la que declaró exequible el artículo 59 de la Ley 1438 de 2001, *"en el entendido de que la potestad de contratación otorgada por este artículo a las Empresas Sociales del Estado para operar mediante terceros, solo podrá llevarse a cabo siempre y cuando no se trate de funciones permanentes o propias de la entidad, cuando estas funciones no puedan llevarse a cabo por parte del personal de planta de la Empresa Social del Estado o cuando se requieran conocimientos especializados"*.

Según lo expuesto, la operación con terceros supone:

Un contrato entre la entidad de servicios temporales y la entidad pública

El personal en misión es empleado de la empresa de servicios temporales y no de la entidad pública. En tal virtud, no gozan de la calidad de servidores públicos.

Las tareas efectuadas por los empleados en misión no pueden tratarse de funciones permanentes o propias de la entidad, y sólo serán viables cuando aquellas no puedan llevarse a cabo por parte del personal de planta de la entidad o cuando se requieran conocimientos especializados. Bajo estos lineamientos, los empleados en misión no ejercen funciones públicas.

Así las cosas, quien actúa como contratista es la entidad que suministra los servicios a la ESE, para el caso, la cooperativa.

Con base en los argumentos expuestos, esta Dirección Jurídica concluye lo siguiente:

Un primo de un concejal en ejercicio no puede ser contratado por una entidad pública del municipio de manera directa ni indirecta, de acuerdo con la definición indicada por el Consejo de Estado (que sea socio de la sociedad que interviene en la negociación).

Las personas vinculadas mediante la figura de tercerización señalada en la Ley y que prestan sus servicios a entidades privadas dedicadas a este objeto social, no tienen la calidad de contratistas ni servidores de la entidad pública ESE. Quien goza de la calidad de contratista es la entidad privada u operadores externo, para el caso, la cooperativa. En tal virtud, no se configuraría la inhabilidad prevista en el artículo 49 de la Ley 617 de 2000.

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 CORTÉS

Director Jurídico

Elaboró: Claudia Inés Silva

Revisó: José Fernando Ceballos

Aprobó Armando López Cortés

11602.8.4

---

*Fecha y hora de creación: 2024-12-04 13:50:06*