



Concepto 239241 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000239241

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000239241

Fecha: 01/07/2022 12:35:15 p.m.

Bogotá, D.C.,

REFERENCIA: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. ¿Existe impedimento para que el tío de dos contratistas de la alcaldía municipal, se inscriba como candidato a la alcaldía del mismo municipio? RADICADO: 20229000318272 del 11 de junio de 2022.

En atención a su interrogante contenido en el oficio de la referencia, relacionado con el eventual impedimento para que el tío de dos contratistas de la alcaldía municipal, se inscriba como candidato a la alcaldía del mismo municipio, me permito manifestarle lo siguiente:

Inicialmente es importante destacar que este Departamento en ejercicio de sus funciones contenidas en el Decreto 430 de 2016¹, realiza la interpretación general de las disposiciones legales relacionadas con el empleo público y la administración de personal; sin embargo, no le corresponde la valoración de los casos particulares, y carece de competencia para ordenar el reconocimiento de derechos; tampoco funge como ente de control ni es el competente para decidir sobre la legalidad de las actuaciones de las entidades del estado, de los servidores públicos y si una persona incurre o no en causal de inhabilidad, competencia atribuida a los jueces de la república.

Así las cosas, solo es dable realizar una interpretación general de las disposiciones legales relacionadas con la materia de su consulta.

De acuerdo con lo señalado y de manera general sobre la materia, tenemos que la Ley 136 de 1994² señala:

ARTÍCULO 43.- Inhabilidades. (Modificado por el Artículo 40 de la Ley 617 de 2000.) No podrá ser inscrito como candidato ni elegido concejal municipal o distrital:

(...)

4. Quien tenga vínculo por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, con funcionarios que dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección hayan ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo municipio o distrito; o con quienes dentro del mismo lapso hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el régimen subsidiado en el respectivo municipio o distrito. Así mismo, quien esté vinculado entre sí por matrimonio o unión permanente o parentesco dentro del segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, y se inscriba por el mismo partido o movimiento político para elección de cargos o de corporaciones públicas que deban realizarse en el mismo municipio o distrito en la misma fecha". (Negrilla y subrayado por fuera del texto original).

(Declarado exequible mediante sentencia de la Corte Constitucional C-837 de 2001)

De acuerdo a la norma citada y puntualmente frente al caso consultado, tenemos que no podrá ser alcalde quien tenga parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad, (padres, hijos, hermanos, abuelos, nietos,) primero de afinidad o único civil, con funcionarios que dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección hayan ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo municipio.

En cuanto a la celebración de un contrato estatal debe aclararse que los mismos, no corresponden a una vinculación legal o reglamentaria como empleado público, toda vez que hace alusión a una relación con particulares para que temporalmente estos ejerzan funciones públicas. En ese sentido, la Ley 80 de 1993³, sobre los contratos de prestación de servicios, señala:

ARTICULO 32. "DE LOS CONTRATOS ESTATALES. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:

(...)

3o. Contrato de prestación de servicios.

Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable."
(Subrayado fuera de texto)

Ahora bien, con el fin de determinar el grado de parentesco entre las personas, se considera procedente acudir a lo establecido en los artículos 35 y siguientes del Código Civil Colombiano, que determina lo siguiente:

ARTICULO 35. . 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."

"(...)"

ARTICULO 37. . Los grados de consanguinidad entre dos personas se cuentan por el número de generaciones. Así, el nieto está en segundo grado de consanguinidad con el abuelo, y dos primos hermanos en cuarto grado de consanguinidad entre sí."

"(...)"

ARTICULO 41. . En el parentesco de consanguinidad hay líneas y grados. Por línea se entiende la serie y orden de las personas que descienden de una raíz o tronco común."

"(...)"

ARTICULO 44. . La línea colateral, transversal u oblicua, es la que forman las personas que aunque no procedan las unas de las otras, si descienden de un tronco común, por ejemplo: hermano y hermana, hijos del mismo padre y madre; sobrino y tío que proceden del mismo tronco, el abuelo."

"(...)"

ARTICULO 46. . En la línea transversal se cuentan los grados por el número de generaciones desde el uno de los parientes hasta la raíz común, y desde éste hasta el otro pariente. Así, dos hermanos están en segundo grado; el tío y el sobrino en tercero, etc."

Es necesario aclarar que el parentesco por afinidad se encuentra definido en el artículo 47 de Código Civil Colombiano, así:

"Afinidad legítima es la que existe entre una persona que está o ha estado casada y los consanguíneos legítimos de su marido o mujer. La línea o grado de afinidad legítima de una persona con un consanguíneo de su marido o mujer, se califica por la línea o grado de consanguinidad legítima de dicho marido o mujer con el dicho consanguíneo. Así un varón está en primer grado de afinidad legítima, en la línea recta con los hijos habidos por su mujer en anterior matrimonio; y en segundo grado de afinidad legítima, en la línea transversal, con los hermanos legítimos

de su mujer". (Subrayado fuera de texto)

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 y que podemos resumir así para efectos de la consulta:

Primer grado de consanguinidad: padres e hijos.

Segundo grado de consanguinidad: abuelos, nietos y hermanos.

Tercer grado de consanguinidad: tíos y sobrinos.

Cuarto grado de consanguinidad: primos y sobrinos nietos.

Primer grado de afinidad: padres e hijos del esposo o compañero permanente del servidor.

Segundo grado de afinidad: abuelos, nietos y hermanos del esposo o compañero permanente del servidor.

Primer grado civil: hijos adoptados y padres adoptivos.

Como puede observarse en la norma que regula los contratos celebrados con entidades públicas, los contratos de prestación de servicios son una modalidad a través de la cual las entidades estatales pueden desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad y sólo pueden celebrarse con personas naturales cuando las actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados, guardando concordancia con lo establecido en el Artículo 123 de la Constitución Política en cuanto autoriza que los particulares temporalmente desempeñen funciones públicas.

En consecuencia, el contrato de prestación de servicios es una de las formas excepcionales y temporales a través de la cual los particulares pueden desempeñar funciones públicas, y su fin es satisfacer necesidades especiales de la Administración que no pueden estar previstas en la planta de personal. Los contratistas, según lo preceptuado en las disposiciones legales y lo expresado por el Consejo de Estado, no están subsumidos en el contexto de servidores públicos y, por lo mismo, no reciben "asignación" en los términos establecidos para los empleados públicos y trabajadores oficiales, lo que hace imposible aplicarles el régimen de éstos, razón por la cual no es procedente el reconocimiento de los derechos derivados de la subordinación y del contrato de trabajo en general.

Es decir, en el caso concreto no sería aplicable la inhabilidad por parentesco descrita en el artículo 43, numeral 4 de la Ley 136 de 1994 los Artículos de la Ley 617 de 2000 para aspirar a cargos de elección popular, ya que el candidato no tiene parentesco con funcionarios que dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección ejerzan autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo municipio o distrito o departamento, teniendo en cuenta que un contratista no tiene calidad de funcionario ni ejerce autoridad.

Así las cosas, conforme a las consideraciones expuestas en precedencia y una vez revisado el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los servidores públicos, no existe inhabilidad para que una persona se inscriba y aspire a ser elegido en cargos de elección popular porque su pariente es contratista del municipio, toda vez que la inhabilidad está encaminada para el familiar que haya ejercido como empleado público jurisdicción o autoridad civil, política, administrativa o militar en el municipio de elección, lo cual no se predica del contratista de prestación de servicios y adicionalmente porque en todo caso, en la situación planteada no se presenta el grado de parentesco (tercer grado de consanguinidad).

Por último, 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 [/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 imparte en los términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Maia Borja

Revisó: Harold Herreño

11602.8.4

1 "Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública".

2 "Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios".

3 "Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública".

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 08:34:10