



Concepto 019731 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

20236000019731

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000019731

Fecha: 19/01/2023 02:42:34 p.m.

Bogotá D.C.

Ref.: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Inhabilidades para que parientes de los alcaldes suscriban contratos estatales con las entidades públicas del respectivo municipio. RAD.- 20239000029082 del 16 de enero de 2023.

En atención a la comunicación de la referencia, mediante el cual consulta si existe algún tipo de inhabilidad o incompatibilidad para que un cuñado del alcalde municipal suscriba un contrato estatal con la alcaldía y con la Empresa Social del Estado ESE del respectivo municipio, me permito señalar lo siguiente:

Inicialmente, es preciso indicar que de conformidad con lo expuesto por la Corte Constitucional en reiterados pronunciamientos¹, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, como las demás calidades, exigencias o requisitos que debe reunir quien aspire a ingresar o a permanecer al servicio del Estado, deben estar consagradas en forma expresa y clara en la Constitución y en Ley.

Por su parte, la Sala Plena del Consejo de Estado² en sentencia dictada el 8 de febrero de 2011, respecto del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, consideró lo siguiente:

“Las inhabilidades e incompatibilidades, en tanto limitan la libertad y los derechos de las personas, son de origen constitucional y legal. La tipificación de sus causas, vigencia, naturaleza y efectos es rígida y taxativa; su aplicación es restrictiva, de manera que excluye la analogía legis o iuris, excepto en lo favorable; están definidas en el tiempo, salvo aquellas de carácter constitucional (verbi gratia arts. 179 No.1, 197 y 267 C.P.); y, además, hacen parte de un conjunto de disposiciones que integran un régimen jurídico imperativo y de orden público, razón por la cual no son disponibles ni pueden ser derogadas por acuerdo o convenio”. (Las negrillas y subrayas son de la Sala).

Conforme lo anterior, las inhabilidades son restricciones fijadas por el constituyente o el legislador para limitar el derecho de acceso al ejercicio de cargos o funciones públicas, ello quiere decir, que tienen un carácter prohibitivo, y por consiguiente, estas son taxativas, es decir, están expresamente consagradas en la Constitución o en la Ley y su interpretación es restrictiva, razón por la cual no procede la aplicación analógica ni extensiva de las mismas.

Ahora bien, en atención al primer interrogante de su escrito, respecto de la prohibición para que los servidores públicos celebren contratos con sus parientes, es preciso señalar que la Constitución Política, señala:

“ARTICULO 126. Modificado por el art. 2, Acto Legislativo 02 de 2015. El nuevo texto es el siguiente: Los servidores públicos no podrán en ejercicio de sus funciones, nombrar, postular, ni contratar con personas con las cuales tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil, o con quien estén ligados por matrimonio o unión permanente.

Tampoco podrán nombrar ni postular como servidores públicos, ni celebrar contratos estatales, con quienes hubieren intervenido en su postulación o designación, ni con personas que tengan con estas los mismos vínculos señalados en el inciso anterior.

Se exceptúan de lo previsto en este artículo los nombramientos que se hagan en aplicación de las normas vigentes sobre ingreso o ascenso por méritos en cargos de carrera...” (Subraya fuera de texto)

De conformidad con la norma constitucional, se deduce que, la prohibición para el empleado que ejerza la función nominadora, consiste en que no puede nombrar o suscribir contratos estatales en la entidad que dirige a personas con las cuales tenga relación de parentesco en los grados señalados en la citada norma constitucional, es decir, hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil, o con quien estén ligados por matrimonio o unión permanente.

De otra parte, para determinar el grado de parentesco entre las personas, es importante 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 descenden 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.

De lo anterior se infiere que los cuñados se encuentran en segundo grado de afinidad.

Así las cosas, y como quiera que, de conformidad con lo previsto en el numeral 3° del artículo 315 Constitucional y el numeral 2° del literal d) del artículo 91 de la Ley 136 de 1994, el alcalde ejerce la función nominadora en la alcaldía, en criterio de esta Dirección Jurídica, se considera que existe inhabilidad para que el alcalde municipal suscriba un contrato estatal con sus parientes dentro del segundo grado de afinidad, como es el caso de su cuñado.

Respecto de la eventual suscripción de un contrato estatal por parte del cuñado de un alcalde con una entidad del respectivo municipio, como es el caso de la Empresa Social del Estado ESE, le indico que el inciso segundo del artículo 49 de la Ley 617 de 2000 prescribe que los cónyuges o compañeros permanentes y los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, de entre otros, el alcalde municipal, no podrán ser contratistas del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas, ni directa, ni indirectamente.

Así las cosas, y como quiera que los cuñados se encuentran en segundo grado de afinidad, se colige que, por expresa disposición legal, existe inhabilidad para que el pariente (cuñado) de un alcalde suscriba contratos estatales con entidades del respectivo municipio, aun cuando el ordenador del gasto no sea el alcalde.

De acuerdo con lo expuesto, es viable concluir que tanto las inhabilidades como las incompatibilidades al ser restricciones fijadas por el constituyente o el legislador encaminadas a limitar el derecho de acceso al ejercicio de cargos o funciones públicas, son taxativas, es decir, están expresamente consagradas en la Constitución o en la Ley y su interpretación es restrictiva, razón por la cual no procede la aplicación analógica ni extensiva de las mismas.

De otro lado, existe la prohibición Constitucional para que los servidores públicos suscriban contratos estatales con sus parientes que se encuentren dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.

Así las cosas, y en atención puntual de su primer interrogante, en el que consulta: “1 Si el alcalde de Monguú puede nombrar directamente a su cuñado como jurídico de la alcaldía y del hospital del municipio.” Le manifiesto que, por expresa disposición Constitucional, el alcalde no podrá suscribir contratos estatales con sus parientes, entre ellos, sus cuñados.

De igual forma, por expresa disposición legal, los parientes del alcalde, entre ellos, sus cuñados, no podrán suscribir contratos estatales con las entidades del respectivo municipio, como es el caso de la ESE.

En atención al segundo interrogante de su escrito, mediante el cual consulta: “2 Si el contrato como jurídico se puede disfrazar con otro contrato, pues en el municipio todos sabemos que el cuñado del alcalde es el jurídico de la alcaldía y el hospital, pero al revisar los contratos su objeto es diferente al que realmente está ejerciendo.”, le manifiesto lo siguiente:

Es pertinente indicar que, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 430 de 2016³, este Departamento Administrativo tiene como objeto el fortalecimiento de las capacidades de los servidores públicos y de las entidades y organismos del Estado, su organización y funcionamiento, el desarrollo de la democratización de la gestión pública, el empleo público, la gestión del talento humano en las entidades estatales, la gerencia pública, la organización administrativa del Estado, la planeación y la gestión, el control interno, la transparencia en la gestión pública y el servicio al ciudadano, mediante la formulación, implementación, seguimiento y evaluación de políticas públicas, la adopción de instrumentos técnicos y jurídicos, la asesoría y la capacitación entre otros en materia salarial y prestacional a favor de los servidores públicos.

De lo anterior se colige que esta entidad no cuenta con la facultad legal para pronunciarse en materia de contratación estatal, dicha facultad ha sido atribuida a la Agencia Nacional de Contratación Colombia Compra Eficiente, entidad a la que podrá elevar sus consultas frente al tema, no obstante, y de manera general, se considera pertinente indicar que atendiendo los principios de la contratación estatal contenidos en la Ley 80 de 1993, es deber de los contratistas cumplir de manera estricta las obligaciones contenidas en el contrato.

A su tercer interrogante, mediante el cual consulta: “3 quiero saber si el alcalde al contratar y firmar directamente el contrato con su cuñado para que sea el jurídico del pueblo incurre en alguna falta disciplinaria.”, le manifiesto que de las funciones previstas a este Departamento Administrativo en el Decreto 430 de 2016, arriba referenciado, no se evidencia una que lo faculte para pronunciarse en materia disciplinaria, o en relación a calificar la conducta oficial de quien ejerce función pública, dicha facultad ha sido atribuida a las oficinas de control disciplinario interno de cada entidad, a las personerías municipales y en forma preferente⁴ a la Procuraduría General de la Nación PGN, en consecuencia, no es procedente realizar un pronunciamiento particular frente al caso planteado.

No obstante, de manera general, es importante tener en cuenta que, de conformidad con lo previsto en el artículo 6° de la Constitución Política, los servidores públicos son responsables por infringir la Constitución y las leyes y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones; en consecuencia, los servidores públicos podrán actuar en el marco de las facultades y competencias atribuidas por las normas.

En ese sentido, en el caso que considere que un servidor público, como es el caso de un alcalde, ha vulnerado el régimen de inhabilidades o de incompatibilidades, podrá poner en conocimiento de las anteriores autoridades dicha circunstancia, junto con las pruebas que considere pertinentes, de tal manera que, en el marco del debido proceso y con la valoración de las pruebas del caso, determinen si existe vulneración al ordenamiento jurídico y la eventual responsabilidad del servidor público.

A su cuarto y quinto interrogantes de su escrito, mediante el cual consulta: "4 quiero saber si el alcalde y el jurídico contratista incurren en algún delito y falta disciplinaria al efectuar un contrato con un objeto diferente al que realmente está? Ejerciendo, y 5. Quiero saber si en caso de que se presente algún delito y falta disciplinaria por parte del alcalde de Mongui y el contratista jurídico, las líneas de atención para denunciar.", le reitero la conclusión de la respuesta al anterior interrogante, particularmente, en relación a que en el caso que considere que un servidor público, como es el caso de un alcalde, ha vulnerado el régimen de inhabilidades o de incompatibilidades, podrá poner en conocimiento de las anteriores autoridades (oficinas de control disciplinario interno de cada entidad, a las personerías municipales y en forma preferente a la Procuraduría General de la Nación PGN) dicha circunstancia, junto con las pruebas que considere pertinentes, de tal manera que, en el marco del debido proceso y con la valoración de las pruebas del caso, determinen si existe vulneración al ordenamiento jurídico y la eventual responsabilidad del servidor público.

Adicionalmente, en el caso que considere que existe vulneración a la ley penal, podrá acudir igualmente a la Fiscalía General de la Nación y presentar la denuncia correspondiente, junto con las pruebas a que haya lugar.

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 <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestornormativo> 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: Maia Borja

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 Corte Constitucional en Sentencia No. C-546 de 1993, Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz

2 Sentencia proferida dentro del Expediente N°: 11001-03-15-000-2010-00990-00(PI) Demandante: Cesar Julio Gordillo Núñez.

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

4 Numeral 6° del Artículo 277 de la Constitución Política

Fecha y hora de creación: 2025-03-03 01:18:11