



## Concepto 083731 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20236000083731\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000083731

Fecha: 27/02/2023 10:53:44 a.m.

Bogotá D.C.

Referencia: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Contratista. Radicado: 20239000037982 del 19 de enero de 2023.

En atención a la comunicación de la referencia, solicita se emita un concepto en respuesta a las siguientes preguntas:

1. *¿La cuñada del alcalde puede suscribir contrato de prestación de servicios de apoyo a la gestión en la personería del mismo municipio?*
2. *¿El sobrino del secretario de gobierno quien es ordenador del gasto del municipio puede suscribir contrato de prestación de servicios de apoyo a la gestión en la personería municipal?*

### FUNDAMENTOS DEL CONCEPTO

De conformidad con lo expuesto por la Corte Constitucional en reiterados pronunciamientos, 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 Estado 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.

Así, respecto a la designación de parientes del alcalde, el artículo 49 de la Ley 617 de 2000, «Por la cual se reforma parcialmente la Ley 136 de 1994, el Decreto Extraordinario 1222 de 1986, se adiciona la ley orgánica de presupuesto, el Decreto 1421 de 1993, se dictan otras normas tendientes a fortalecer la descentralización, y se dictan normas para la racionalización del gasto público nacional», estipula:

ARTÍCULO 49. Prohibiciones relativas a cónyuges, compañeros permanentes y parientes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales; concejales municipales y distritales. 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.

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.

El texto subrayado fue declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-903 de 2008; el resto del inciso fue declarado EXEQUIBLE, 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 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.

(...) (Subrayas de la Sala) (Negrita nuestra)

Conforme a lo anterior, los cónyuges o compañeros permanentes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales y concejales municipales y distritales, y sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad (padres, hijos, hermanos, tíos, sobrinos y primos), segundo de afinidad (suegros y cuñados) y primero civil (padre, madre o hijo adoptante) no pueden ser contratistas del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas.

Así, para determinar el grado de parentesco, los artículos 35 y siguientes del Código Civil Colombiano, definen que, el parentesco por consanguinidad es la relación o conexión existente 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; 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. En este entendido, al revisar el grado de parentesco de los cuñados, ellos, se encuentran en segundo grado de afinidad; es decir, dentro de los grados prohibidos por la ley.

De otra parte, respecto a la contratación de parientes de empleados del nivel directivo, se precisa el siguiente marco legal:

La Ley 80 de 1993, «Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública», frente a la inhabilidad para celebrar contrato de prestación de servicios, establece:

Artículo 8. De las inhabilidades e incompatibilidades para contratar.

2.- Tampoco podrán participar en licitaciones o concursos ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva:

(...)

b) Las personas que tengan vínculos de parentesco, hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil con los servidores públicos de los niveles directivo, asesor, ejecutivo o con los miembros de la junta o consejo directivo, o con las personas que ejerzan el control interno o fiscal de la entidad contratante.

(...)

La Corte Constitucional, en Sentencia C-429 de 1997, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero, preceptúa:

La inhabilidad para participar en licitaciones o concursos o para celebrar contratos estatales se predica de los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil con los empleados de los niveles directivo, asesor, ejecutivo o con los miembros de la junta o consejo directivo o con quienes ejercen el control interno o fiscal de la entidad contratante respectiva. Esto significa que para aplicar la correspondiente inhabilidad el operador jurídico debe dirigirse a las normas que definen los niveles de los empleos del poder público. Así, de

acuerdo con el Decreto 1042 de 1978, los empleos de la rama ejecutiva se clasifican en distintos grupos. El nivel directivo "comprende los empleos a los cuales corresponden funciones de dirección general de los organismos principales de la rama ejecutiva del poder público, de formulación de políticas y de adopción de planes y programas para su ejecución". En general se considera que los miembros de las juntas o consejos directivos de establecimientos públicos, sociedades comerciales del Estado, empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta, pertenecen a esta categoría de empleos.

De conformidad con el literal b), numeral 2 del artículo 8 del estatuto de contratación y lo dispuesto por la Corte Constitucional en la jurisprudencia antes citada, la inhabilidad para celebrar contratos estatales se predica de los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad (padres, hijos, nietos, abuelos, hermanos), segundo de afinidad (suegros y cuñados) o primero civil (hijos adoptivos y padres adoptantes) con los empleados de los niveles directivo, asesor, ejecutivo o con los miembros de la junta o consejo directivo o con quienes ejercen el control interno o fiscal de la entidad contratante respectiva. Por ende, para aplicar la correspondiente inhabilidad el operador jurídico debe dirigirse a las normas que definen los niveles de los empleos del poder público. En este entendido, de acuerdo con el Decreto Ley 785 de 2005 el empleo de secretario de despacho, código 020, es del nivel directivo (art. 16).

#### RESPUESTA A LAS PREGUNTAS OBJETO DE LA SOLICITUD DE CONCEPTO

Con fundamento en los criterios y disposiciones expuestos, damos respuesta a sus interrogantes en el mismo orden en que se formularon, concluyendo:

1. *¿La cuñada del alcalde puede suscribir contrato de prestación de servicios de apoyo a la gestión en la personería del mismo municipio?*

R/ La cuñada del alcalde, al ser pariente en segundo grado de afinidad, está inhabilitada para celebrar contrato de prestación de servicios con la personería del mismo municipio.

2. *¿El sobrino del secretario de gobierno quien es ordenador del gasto del municipio puede suscribir contrato de prestación de servicios de apoyo a la gestión en la personería municipal?*

R/ La inhabilidad para contratar, al ser pariente de un secretario de despacho se restringe bajo dos aspectos: uno, que sea en la misma entidad donde su pariente pertenece al nivel directivo y, dos, estar, entre otros, en el segundo grado de consanguinidad. En otras palabras, y como quiere que el sobrino es pariente en cuarto grado de consanguinidad, en criterio de esta Dirección Jurídica, puede suscribir contrato de prestación de servicios de apoyo a la gestión en la personería municipal sin incurrir en inhabilidad.

#### NATURALEZA DEL CONCEPTO

Este concepto lo emitimos en los términos y con los alcances dados por el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo - Ley 1437 de 2011.

Para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web [www.funcionpublica.gov.co/eva](http://www.funcionpublica.gov.co/eva), en el botón web *Gestor Normativo* puede consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica.

Cordialmente,

ARMANDO LOPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Angélica Guzmán

Revisó: Maia Borja

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-12-11 18:38:49