



Función Pública

Concepto 211741 de 2016 Departamento Administrativo de la Función Pública

20166000211741

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20166000211741

Fecha: 03/10/2016 12:10:42 p.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Inhabilidad de la sobrina de un Gobernador para realizar su año rural en una Empresa Social del Estado del respectivo Departamento. RAD.: 20169000226082 del 22 de agosto de 2016.

En atención a la comunicación de la referencia, me permito dar respuesta a la misma en los siguientes términos:

1.- La Ley 50 de 1981, "Por la cual se crea el Servicio Social Obligatorio en todo el Territorio Nacional", establece:

"ARTÍCULO 1°. Créase el Servicio Social Obligatorio, el cual deberá ser prestado dentro del territorio nacional por todas aquellas personas con formación tecnológica o universitaria, de acuerdo con los niveles establecidos en el artículo 25 del Decreto Ley 80 de 1980. El término de la prestación del Servicio Social Obligatorio, será hasta de un año.

PARÁGRAFO. El cumplimiento del Servicio Social Obligatorio se hará extensivo a los nacionales y extranjeros graduados en el exterior, que pretendan ejercer su profesión en el país, sin perjuicio de lo establecido en los tratados internacionales.

ARTÍCULO 2°. El Servicio Social Obligatorio se prestará con posterioridad a la obtención del respectivo título y será requisito indispensable y previo para obtener la refrendación de dicho título, para vincularse a cualquier organismo del Estado y para ejercer la profesión dentro del territorio nacional.

PARÁGRAFO 1°. Toda persona, al recibir el título, deberá dirigirse a la autoridad delegada por el Consejo Nacional Coordinador del Servicio Social Obligatorio creado por la presente Ley, con el objeto de inscribirse para el cumplimiento de dicho servicio.

PARÁGRAFO 2°. Basado en la inscripción de que trata el párrafo anterior, el Consejo Nacional Coordinador del Servicio Social Obligatorio, o la autoridad en la cual éste delegue, procederá a efectuar la adjudicación de los cupos necesarios del Servicio Social Obligatorio y a expedir la licencia provisional para el ejercicio de la profesión durante el cumplimiento de dicho servicio.

(...)

ARTÍCULO 6°. Las tasas remunerativas y el régimen prestacional al cual serán sometidos quienes prestan el Servicio Social Obligatorio serán los propios de la institución a la cual se vincule el personal para cumplimiento de dicho servicio y se aplicarán bajo la supervisión y control del Consejo Nacional Coordinador del Servicio Social Obligatorio. (Subrayado fuera de texto)

Por su parte, el Decreto 2396 de 1981, "Por el cual se dictan disposiciones relacionadas con el Servicio Social Obligatorio del área de la Salud", consagra:

"ARTÍCULO 1°. Los egresados de los siguientes programas universitarios y tecnológicos que hayan obtenido el respectivo título, y quienes habiéndolo obtenido en el exterior lo hayan convalidado, cumplirán con el Servicio Social Obligatorio:

a. Medicina

b. Odontología

c. Microbiología, Bacteriología, Laboratorio Clínico

d. Enfermería con formación tecnológica o universitaria.

PARÁGRAFO. Los egresados de los restantes programas del área de la Salud cumplirán con el Servicio Social Obligatorio cuando así lo determine el Gobierno Nacional a propuesta del Consejo Nacional Coordinador del Servicio Social Obligatorio.

ARTÍCULO 2°. La duración del Servicio Social Obligatorio para los egresados de los programas enunciados en el artículo 1° del presente Decreto será de un (1) año y exigirá dedicación de tiempo completo.

ARTÍCULO 3°. El Servicio Social Obligatorio en los programas universitarios o tecnológicos de que trata el artículo 1° del presente Decreto será prestado en entidades oficiales y en entidades de salud de carácter privado sin ánimo de lucro. Dichas entidades se encontrarán ubicadas en zonas rurales o en zonas marginadas de los centros urbanos, o en su defecto desarrollarán programas de salud que atiendan emergencias, calamidades públicas o programas docentes de tipo científico o investigativo.

ARTÍCULO 4°. El Ministerio de Salud, de conformidad con la delegación conferida por el Acuerdo No. 001 del 20 de agosto de 1981, emanado del Consejo Nacional Coordinador del Servicio Social Obligatorio, seleccionará y aprobará por el término de un (1) año las localidades, programas y servicios en donde puede cumplir el Servicio Social Obligatorio al cual hace referencia el presente Decreto, igualmente, procederá a efectuar la inscripción y adjudicación de los cupos necesarios.

ARTÍCULO 5°. Las personas que se desempeñen en los cargos previamente determinados para el cumplimiento del Servicio Social Obligatorio están autorizadas para el ejercicio de la profesión u oficio, solamente para los fines y por el término del Servicio Social Obligatorio.

ARTÍCULO 6°. Las personas que deban cumplir con el Servicio Social Obligatorio quedarán sujetas a las disposiciones que en materia de personal rijan en las entidades a las cuales se vinculen.

ARTÍCULO 7°. El Ministerio de Salud, para dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 6°. De la Ley 50 de 1981, informará semestralmente al Consejo Coordinador del Servicio Social Obligatorio sobre las tasas remunerativas y el régimen prestacional de quienes presten el Servicio Social Obligatorio.”

La Ley 1164 de 2007, “Por la cual se dictan disposiciones en materia del Talento Humano en Salud”, dispone:

“ARTÍCULO 33. Del Servicio Social. Créase el Servicio Social Obligatorio para los egresados de los programas de educación superior del área de la salud, el cual debe ser prestado en poblaciones deprimidas urbanas o rurales o de difícil acceso a los servicios de salud, en entidades relacionadas con la prestación de servicios, la dirección, la administración y la investigación en las áreas de la salud. El Estado velará y promoverá que las instituciones prestadoras de servicios (IPS), Instituciones de Protección Social, Direcciones Territoriales de Salud, ofrezcan un número de plazas suficientes, acorde con las necesidades de la población en su respectiva jurisdicción y con el número de egresados de los programas de educación superior de áreas de la salud. El servicio social debe prestarse, por un término no inferior a seis (6) meses, ni superior a un (1) año.

El cumplimiento del Servicio Social se hará extensivo para los nacionales y extranjeros graduados en el exterior, sin perjuicio de lo establecido en los convenios y tratados internacionales.

PARÁGRAFO 1°. El diseño, dirección, coordinación, organización y evaluación del Servicio Social creado mediante la presente ley, corresponde al Ministerio de la Protección Social. Igualmente, definirá el tipo de metodología que le permita identificar las zonas de difícil acceso y las poblaciones deprimidas, las entidades para la prestación del servicio social, las profesiones objeto del mismo y los eventos de exoneración y convalidación.

PARÁGRAFO 2°. El Servicio Social creado mediante la presente ley, se prestará por única vez en una profesión de la salud, con posterioridad a la obtención del título como requisito obligatorio y previo para la inscripción en el Registro Único Nacional.

PARÁGRAFO 3°. La vinculación de los profesionales que presten el servicio debe garantizar la remuneración de acuerdo al nivel académico de los profesionales y a los estándares fijados en cada institución o por la entidad territorial y la afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud y a Riesgos Profesionales. En ningún caso podrán ser vinculados a través de terceras personas jurídicas o naturales.

PARÁGRAFO 4°. El personal de salud que preste el Servicio Social en lugares de difícil acceso, tendrá prioridad en los cupos educativos de programas de especialización brindados por las universidades públicas, siempre y cuando cumplan con los demás requisitos académicos exigidos, igualmente gozarán de descuentos en las matrículas de conformidad con los porcentajes establecidos por las entidades educativas. El Gobierno Nacional reglamentará los incentivos para las entidades públicas o privadas de los lugares de difícil acceso que creen cupos para la prestación del servicio social.

PARÁGRAFO 5°. El Servicio Social creado en la presente ley sustituye para todos los efectos del personal de la salud, al Servicio Social Obligatorio creado mediante la Ley 50 de 1981. No obstante, mientras se reglamenta la presente ley continuarán vigentes las normas que rigen el Servicio Social Obligatorio para los profesionales de la salud”.

La Resolución No. 1058 del 23 de marzo de 2010, expedida por el Ministro de la Protección Social, “Por medio de la cual se reglamenta el Servicio Social Obligatorio para los egresados de los programas de educación superior del área de la salud y se dictan otras disposiciones” establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 1°. Objeto y campo de aplicación. La presente resolución tiene por objeto definir las reglas relacionadas con el diseño, dirección, coordinación, organización y evaluación del Servicio Social Obligatorio creado por la Ley 1164 de 2007, las cuales son de obligatorio cumplimiento para los egresados de los programas de educación superior del área de la salud y para las Instituciones que participen en el

desarrollo del Servicio Social Obligatorio en Salud.

ARTÍCULO 2°. *Objetivos. El Servicio Social Obligatorio en Salud estará orientado a:*

a) *Mejorar el acceso y calidad de los servicios de salud, especialmente en poblaciones*

deprimidas urbanas y rurales o de difícil acceso a los servicios de salud.

b) *Estimular una adecuada distribución geográfica del talento humano en salud.*

c) *Propiciar espacios para el desarrollo personal y profesional del talento humano que inicia su vida laboral en el sector salud.*

ARTÍCULO 3°. *Definiciones. Para efectos de la aplicación de la presente resolución, se adoptan las siguientes definiciones:*

Servicio Social Obligatorio: Es el desempeño de una profesión con carácter social, mediante el cual los egresados de los programas de educación superior del área de la salud contribuyen a la solución de los problemas de salud desde el campo de su competencia profesional, como uno de los requisitos para obtener la autorización del ejercicio, en los términos que definan las normas vigentes.

Plazas de Servicio Social Obligatorio: Son cargos o puestos de trabajo establecidos por instituciones públicas o privadas, que permiten la vinculación legal, contractual o reglamentaria, con carácter temporal, de los profesionales de la salud, cumpliendo con las condiciones establecidas en la presente resolución para desarrollar el Servicio Social Obligatorio. Estas plazas deben ser previamente aprobadas por la autoridad competente”.

Ahora bien, la Resolución No. 2358 del 16 de junio de 2014, expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social, “Por la cual se establece el procedimiento para la asignación de las plazas del Servicio Social Obligatorio – SSO-, de las profesiones de medicina, odontología, enfermería y bacteriología, en la modalidad de prestación de servicios de salud y se dictan otras disposiciones”, señala:

“ARTÍCULO 1°. *Objeto. La presente resolución tiene por objeto establecer el procedimiento para la asignación de las plazas del Servicio Social Obligatorio – SSO-, de medicina, odontología, enfermería y bacteriología, en la modalidad de prestación de servicios de salud, por parte de este Ministerio.”*

“ARTÍCULO 3°. *Períodos de los procesos de asignación de plazas. Este Ministerio adelantará durante el año, cuatro (4) procesos de asignación de plazas Servicio Social Obligatorio – SSO- en la modalidad de prestación de servicios, para ocupar las que queden vacantes en los siguientes periodos:*

<i>Proceso de asignación</i>	<i>Periodo</i>
1	1 de febrero a 30 de abril
2	1 de mayo a 31 de julio
3	1 de agosto a 31 de octubre
4	1 de noviembre a 31 de enero

Las plazas se asignarán mediante un proceso que tenga en cuenta las condiciones de prioridad y preferencia manifestadas por los profesionales aspirantes en el formato destinado para la inscripción, así como las necesidades de las Instituciones prestadoras de Servicios de salud que tienen aprobadas plazas por asignar.”

“ARTÍCULO 7°. *Reporte y publicación de plazas a asignar. Las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud reportarán a las Direcciones*

Departamentales de Salud o quienes hagan sus veces, y a la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá, las plazas que participarán en los procesos de asignación.

Las entidades territoriales, en su jurisdicción, verificarán que las instituciones prestadoras de servicios de salud cuenten con los recursos suficientes que garanticen la retribución económica de los servicios que prestarán los profesionales; tal información será reportada a este Ministerio en las fechas establecidas para el efecto en el cronograma de asignación de plazas.

Este Ministerio publicará en su página web las plazas reportadas bajo el Código Único de identificación de Plaza, asignado por la Dirección de Desarrollo del Talento Humano en Salud.

PARÁGRAFO. Las plazas que no sean reportadas por parte de las Direcciones Departamentales de Salud o quienes hagan sus veces, y la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá a este Ministerio, no serán válidas para el cumplimiento del Servicio Social Obligatorio - SSO-."

A su vez, el Ministerio de Salud mediante Concepto No 2482 de mayo 16 de 2002, expresó:

"1. Legislación Servicio Social Obligatorio:

El artículo 6 de la Ley 50 de 1981, establece que las tasas remunerativas y el régimen prestacional para quienes presten el Servicio Social Obligatorio serán los propios de la institución a la cual se vincule el personal para el cumplimiento de dicho servicio y se aplicará bajo la supervisión y control del Consejo Nacional Coordinador del Servicio Social Obligatorio.

El artículo 6 del Decreto 2396 de 1981, señala que las personas que cumplan con el Servicio Social Obligatorio quedarán sujetas a las disposiciones que en materia de personal rijan a las entidades a las cuales se vinculen.

Los numerales 7 y 8 del artículo 1 de la Resolución No.00795 de 1995, prevé que la remuneración del personal que preste el Servicio Social Obligatorio no podrá ser inferior a los cargos de planta de las instituciones en la cual presten sus servicios y que dichos profesionales gozarán de las mismas garantías del personal de planta, en cuanto a honorarios, compensatorios, etc.

Por su parte el artículo 12 de la Resolución en comento señala que los profesionales que cumplan el Servicio Social Obligatorio estarán sujetos a las disposiciones vigentes que en materia de personal, salarios y prestaciones sociales rijan a las entidades donde presta dicho servicio."
(Subraya fuera del texto)

De conformidad con lo expuesto, quienes prestan el servicio social obligatorio están sujetos a las disposiciones vigentes en materia de personal que rijan en la entidad donde prestan el servicio.

La Corte Constitucional, en sentencia T-109 de 2012, M.P. María Victoria Calle Correa, preceptuó:

"El servicio social es un requisito para el ejercicio de la medicina. Sus características lo hacen diferente de otras condiciones para el ejercicio de diversas profesiones, así como de aquellos exigidos para la obtención del título de idoneidad en medicina. De forma sucinta, (i) el servicio es prestado por egresados, es decir, por personas que han obtenido el título profesional superando todos los requisitos académicos para el efecto. Por lo tanto, son profesionales idóneos y no estudiantes en práctica; (ii) el carácter social del servicio se manifiesta en la pretensión legislativa de mejorar el acceso a los servicios de salud en poblaciones marginales y/o frente a grupos humanos vulnerables. En ese sentido, constituye una carga impuesta a los profesionales del área de la salud, derivada del principio de solidaridad y justificada a partir de propósitos constitucionalmente legítimos que se cifran en la obtención de beneficios para el sistema de salud, llevando servicios sanitarios a sectores que enfrentan dificultades de acceso al mismo, y (re)configurando la distribución geográfica de los profesionales en el área de la salud. (iii) Además,

los egresados que prestan el servicio reciben una remuneración económica, así como el reconocimiento de prestaciones sociales, por lo que la Corte ha considerado que en el desarrollo del SSO pueden presentarse los elementos del contrato de trabajo (ver, supra, considerando 1.4). Por ello, (iv) si bien es evidente que el SSO tiene incidencia en la formación del médico, es importante reconocer que no se trata propiamente de un requisito académico, dado que las personas que lo prestan ya han superado las pruebas de idoneidad, llevan servicios de calidad a poblaciones que los requieren, y obtienen sus primeros recursos y experiencia derivados del ejercicio profesional. Esas características impiden concebirlo de forma exclusiva como una obligación de los profesionales en el área de la salud. Si bien una dimensión constituye, en efecto, una carga derivada del principio de solidaridad social, el SSO posee otra dimensión, estrechamente vinculada a la satisfacción del derecho al trabajo, que lo convierte en un bien de importancia jurídica para esos egresados, pues su desempeño redundará en beneficio de sus condiciones de ingreso a la vida laboral.”

La Procuraduría Tercera Delegada ante el Consejo de Estado, en concepto No. 089-2014 del 14 de abril de 2014, dentro del Expediente No. 13001233100020010179401 (1701-2013), precisó:

“El Servicio Social Obligatorio fue creado mediante la Ley 50 de 1981, y en el artículo 1º indica que dicho servicio deberá ser prestado por todas aquellas personas con formación tecnológica o universitaria, de acuerdo con los niveles establecidos en el artículo 25 del Decreto-Ley 80 de 1980.

El artículo 2 ibídem, establece que su prestación se hará con posterioridad a la obtención del respectivo título y será requisito indispensable y previo para obtener la refrendación de la profesión. Por su parte, el artículo 6 ídem, consagra que:

“Las tasas remunerativas y el régimen prestacional al cual serán sometidos quienes presten el Servicio Social Obligatorio serán los propios de la institución a la cual se vincule el personal para cumplimiento de dicho servicio y se aplicarán bajo la supervisión y control del Consejo Nacional Coordinador del Servicio Social Obligatorio.”

La mencionada Ley 50 de 1981, fue reglamentada por el Decreto 2396 del mismo año, disponiendo en su artículo 1, que los egresados de los programas de Medicina, Odontología, Microbiología, Bacteriología, Laboratorio Clínico y Enfermería con formación tecnológica o universitaria, que hayan obtenido el respectivo título, o quienes habiéndolo obtenido en el exterior lo hayan convalidado, deberán cumplir el Servicio Social Obligatorio. El artículo 2 ibídem, exigió dedicación de tiempo completo y una duración del servicio de un (1) año, con el siguiente tenor literal:

“La duración del Servicio Social Obligatorio para los egresados de los programas enunciados en el artículo 1 del presente Decreto será de un (1) año y exigirá dedicación de tiempo completo.”

Con posterioridad, se expidió la Resolución 795 de 22 de marzo de 1995, emanada del Ministerio de Salud, “Por la cual se establecen los Criterios Técnicos Administrativos para la Prestación del Servicio Social Obligatorio”, contemplando en los numerales 7º y 8º del artículo 1, lo siguiente:

“La vinculación de los Profesionales deberá contar con la disponibilidad presupuestal respectiva y en ningún caso su remuneración será inferior a los cargos de planta de las instituciones en la cuales presten sus servicios”.

“El profesional que presta el Servicio Social Obligatorio gozará de las mismas garantías del personal de planta, en cuanto a honorarios, compensatorios etc.”

A su vez, el artículo 10 ibídem, indicó: “Las Direcciones de Salud, así como las instituciones prestadoras de servicios de salud públicas o privadas deberán hacer la equivalencia salarial de los cargos del Servicio Social Obligatorio a los de planta de personal de la respectiva entidad, para las mismas profesiones.”, y finalmente el artículo 12 previó que “Los profesionales que cumplan con el Servicio Social Obligatorio estarán sujetos a las disposiciones vigentes que en materia de administración de personal, salarios y prestaciones sociales rijan en las entidades donde presten dicho servicio”.

En este orden de ideas, y sobre los tipos de vinculación, es necesario aclarar que el servicio social obligatorio puede ser prestado en entidades oficiales y en entidades de salud de carácter privado sin ánimo de lucro.

Para quienes presten dicho servicio en entidades de carácter público, resulta indispensable aclarar que el personal al servicio del Estado puede tener varias clases de vinculación con él: como empleado público, como trabajador oficial o como contratista de prestación de servicios.

Ahora bien, de conformidad con lo señalado en el artículo 6° del Decreto 2396 de 1981, las personas que deban cumplir con el Servicio Social Obligatorio quedarán sujetas a las disposiciones que en materia de personal rijan en las entidades a las cuales se vinculen.

Así mismo, la Resolución No. 1058 del 23 de marzo de 2010, expedida por el Ministro de la Protección Social, señaló que las plazas de servicio social obligatorio son cargos o puestos de trabajo establecidos por instituciones públicas o privadas, que permiten tres tipos de vinculación:

- Legal,

- Contractual o

- Reglamentaria

Conforme a lo indicado anteriormente, debe diferenciarse si en las plazas del servicio social obligatorio se permite la vinculación legal y reglamentaria en un empleo público, la vinculación por contrato como trabajador oficial o trabajador privado o la vinculación por prestación de servicios, toda vez que dependiendo de cada una de estas modalidades se derivan los derechos y obligaciones de las partes en la relación.

2.- Ahora bien, frente a la inhabilidad para vincular parientes de un Gobernador le informo que el artículo 49 de la Ley 617 del 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", 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.

<Inciso 2o. declarado EXEQUIBLE, salvo el aparte tachado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-903 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 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.

(...)"

Tal como lo establece la anterior norma, los cónyuges o compañeros permanentes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales y concejales municipales y distritales, y sus parientes en el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad y único civil no podrán ser designados empleados públicos del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas.

Por su parte, la Corte Constitucional en Sentencia C-903 de 2008, respecto a las inhabilidades consagradas en la Ley 1148 de 2007, estableció:

"Otra de las mencionadas excepciones al derecho de acceso a los cargos públicos está contemplada en el Art. 292, inciso 2°, superior, en virtud del cual no podrán ser designados funcionarios del correspondiente departamento, distrito o municipio los cónyuges o compañeros permanentes de los diputados o concejales, ni sus parientes en el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil.

Esta disposición sólo es aplicable en el orden territorial y tiene como fundamento un hecho natural, esto es, el nacimiento dentro de una determinada familia y el consiguiente parentesco, o la condición de cónyuge o compañero o compañera permanente, de los diputados o concejales.

"(...)"

De otro lado, la legislación electoral impone una carga a los parientes de los aspirantes a los cargos de diputados y concejales, en cuanto los obliga a retirarse de determinados cargos que estén desempeñando en el respectivo departamento, distrito o municipio, con el fin de que no se configure una inhabilidad de aquellos para ser inscritos como candidatos ni para ser elegidos.

Por ello, aunque la inhabilidad prevista en el Art. 292 de la Constitución persigue garantizar la moralidad y la imparcialidad de los servidores públicos allí señalados en el ejercicio de sus funciones, los cuales son fines constitucionalmente valiosos, no es legítimo dar a dicha disposición una interpretación que sacrifique el acceso de los ciudadanos al ejercicio de los cargos públicos sin una justificación objetiva y razonable, o sea, en forma desproporcionada.

En este sentido, no es constitucionalmente admisible otorgar a la inhabilidad consagrada en la citada disposición una vis expansiva de índole indefinida que a la postre convertiría la excepción en la regla general, en contradicción con el texto de la norma, y originaría la muerte en el campo político de muchos ciudadanos que no podrían acceder a los cargos públicos, más allá de un límite razonable.

Por estas razones, la Corte considera que los grados de parentesco que determinan la inhabilidad contemplada en el Art. 292 de la Constitución son taxativos o cerrados, de suerte que el legislador no puede establecer dicha inhabilidad con base en otros grados. En cambio, la inhabilidad allí prevista respecto de los diputados y de los concejales puede ser establecida por el legislador, hasta los grados indicados, también en relación con otros servidores públicos del orden territorial, como son, por ejemplo, los gobernadores y los alcaldes distritales o municipales.

Con base en estas consideraciones, se puede concluir que el inciso 2° del Art. 1° de la Ley 1148 de 2007, demandado en esta oportunidad, al disponer que no podrán ser designados funcionarios del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas, los parientes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales y concejales municipales y distritales, dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, desbordó el límite de los grados de parentesco establecido en el Art. 292, inciso 2°, de la Constitución. En consecuencia, la Corte declarará inexecutable la expresión “dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil” contenida en dicho inciso.

Por otra parte, en lo que concierne al resto del inciso demandado, cuyo texto es “los cónyuges o compañeros permanentes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales y concejales municipales y distritales, y sus parientes no podrán ser designados funcionarios del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas”, es evidente que contraría el Art. 292, inciso 2°, de la Constitución, ya que la prohibición allí contenida no tendría un límite por razón de los grados de parentesco. Por tanto, la Corte lo declarará executable en forma condicionada, en el entendido de que la prohibición se predica de los parientes en el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad y único civil, como lo establece dicha norma superior.” (Subraya fuera del texto)

De acuerdo con el anterior pronunciamiento, la Corte declaró condicionalmente executable el inciso segundo del artículo 1 de la Ley 1148 de 2007, que modificó el artículo 49 de la Ley 617 de 2000, en el entendido que la prohibición para ser designados empleados del respectivo territorio a los parientes de los alcaldes, gobernadores, concejales y diputados, será hasta el segundo grado de consanguinidad (como son padres, hijos, abuelos, nietos, hermanos), primero de afinidad (como son suegros, nueras, yernos) y único civil (como son padres adoptantes, hijos adoptivos).

Ahora bien, de acuerdo con lo consagrado en el artículo 1 de la Ley 1296 de 2009, 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. Estas inhabilidades fueron expresamente consagradas por el Legislador en desarrollo de la atribución dada por el artículo 150 inciso final de la Constitución, según el cual compete al Congreso de la República expedir el estatuto general de contratación de la administración pública, y no están sujetas a los límites del artículo 292 de la Constitución Política.

La Corte Constitucional en Sentencia C-348 de 2004, Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño, precisó:

“3.6. Finalmente, en relación con las normas sobre la inhabilidad para ser directa o indirectamente contratistas del respectivo departamento, distrito o municipio o de sus entidades descentralizadas o para ser vinculados por contratos de prestación de servicios, la Corte resalta que estas disposiciones hacen parte del desarrollo de la atribución dada por el artículo 150 inciso final de la Constitución, según el cual compete al Congreso de la República expedir el estatuto general de contratación de la administración pública.

Estas medidas constituyen igualmente un desarrollo legislativo razonable y proporcionado, como instrumento necesario e idóneo para el logro de los principios rectores de la actuación administrativa y garantizar que las actuaciones públicas estén despojadas de propósitos o intenciones ajenos al servicio público y al interés general. Lo que buscan las disposiciones demandadas es evitar, entre otros efectos, la ingerencia indebida de los miembros de las corporaciones públicas en la gestión pública del orden territorial y a favor de sus allegados, lo cual no puede entenderse como una sanción legislativa a los parientes de los diputados y concejales. De tal suerte que las inhabilidades en referencia constituyen una garantía de imparcialidad, transparencia y moralidad de la gestión pública en los departamentos, distritos y municipios.

(...)

La Corte concluye entonces que las medidas adoptadas representan la voluntad del legislador, que, a partir de su propia verificación de las experiencias conocidas y la evaluación de la gestión territorial, ha estimado pertinente fijar tales restricciones, sin que ellas afecten de manera irrazonable o desproporcionada los derechos a la igualdad, trabajo o acceso a cargos y funciones públicas de los parientes de diputados y concejales. (...)

En consecuencia, se declarará la exequibilidad de los apartes demandados del inciso tercero y el parágrafo 2º del artículo 1º de la Ley 821 de 2003, pero precisando que las prohibiciones allí previstas surtan efectos únicamente dentro del ámbito territorial de competencias del respectivo diputado o concejal.” (Subrayado fuera de texto)

Es importante tener en cuenta la Sentencia C- 899 de 2009, Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva, mediante la cual la Corte Constitucional se declaró inhibida para emitir pronunciamiento de fondo sobre la demanda presentada contra el artículo 1º de la Ley 1296 de 2009, por ineptitud sustantiva de la demanda, en el que se afirma:

“La Ley objeto de demanda - 1296/09 - modificó el inciso tercero relativo a las inhabilidades de los cónyuges, compañeros permanentes, y parientes de los gobernadores, diputados, alcaldes y concejales, para ser contratistas, directa o indirectamente, del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas, estableciendo como umbral de la prohibición el parentesco ubicado dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad primero civil.

El demandante contrasta este contenido con el inciso segundo del artículo 292 de la Constitución, según el cual, “no podrán ser designados funcionarios de la correspondiente entidad territorial los cónyuges o compañeros permanentes de los diputados o concejales, ni sus parientes en el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil.” (Se destaca). Este es el único referente constitucional que menciona el demandante para la construcción del cargo, e implícitamente parte del supuesto de que se trata de una norma que incluye en su ámbito a los contratistas de la administración territorial y descentralizada, sin que aporte ninguna razón para equiparar estas disímiles formas de vinculación a la administración.

Aunque la ley prevé tratamientos y alcances similares a las prohibiciones derivadas de los vínculos familiares aplicables a los aspirantes a funcionarios públicos y a contratistas de la administración territorial, no es posible equiparar, como implícitamente lo hace el demandante, la situación de quien aspira a tener un vínculo laboral subordinado con un organismo del Estado para desarrollar funciones dentro del radio de competencia que le asigna la Constitución, la ley o el reglamento, con la de la persona natural o jurídica que aspira a celebrar un contrato con las entidades descentralizadas territorialmente, para el desarrollo de una obra o cometido determinados.

Observa la Corte que el demandante no hace ningún tipo de cuestionamiento acerca del trato diferente que en virtud del inciso segundo del artículo 292 de la Constitución se establece entre aspirantes a funcionarios y candidatos a contratistas en el nivel territorial, simplemente parte del supuesto erróneo de que la situación de hecho regulada en el artículo 1º de la Ley 1296 de 2009 (prohibiciones para contratistas), es igual a la prevista en el inciso 2º del artículo 292 de la Constitución (inhabilidades para funcionarios); esta distorsión sobre el contenido normativo acusado estructura, sin duda, la falta de certeza en la formulación del cargo.

3.4.2. De la situación anteriormente descrita surge a su vez la falta de especificidad del cargo, por cuanto el demandante no logra plantear una oposición objetiva y verificable entre el contenido normativo del artículo 1º de la Ley 1296, y el artículo 292 inciso 2º de la Carta; no suministra un solo argumento orientado a demostrar por qué considera que las prohibiciones derivadas del parentesco, aplicables a los contratistas de las entidades territoriales, contravienen la norma superior invocada relativa a las inhabilidades para ser designado funcionario en el mismo ámbito de la administración.

3.4.3. Finalmente, las anteriores falencias de la demanda confluyen a su vez en la ausencia de suficiencia en el planteamiento del cargo, dado que como acertadamente lo señala alguno de los intervinientes la argumentación esbozada por el demandante resulta deficiente en la medida que se centra en cuestionar el umbral de parentesco que establece la norma acusada como fuente de la inhabilidad (cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad), sin incorporar en su análisis el resto del precepto que refiere esa prohibición a los “contratistas”. No suministra ninguna razón que prima facie despierte dudas acerca de la constitucionalidad de esa regulación, frente al umbral de parentesco establecido en el inciso 2º artículo 292 de la Carta para quienes aspiren a vincularse como funcionarios de los entes territoriales.

Establecida la falta de certeza, especificidad y suficiencia en las razones que sustentan el único cargo planteado en la demanda, la Corte procederá a declararse inhibida para emitir pronunciamiento de fondo sobre la constitucionalidad del artículo 1º de la Ley 1296 de 2009.”

De lo anterior puede inferirse que para los contratos de prestación de servicios se aplica la inhabilidad general para contratistas establecida en

el inciso tercero del Artículo 49 de la Ley 617 de 2000, modificado por el artículo 1 de la Ley 1296 de 2009, es decir, no podrán ser contratistas del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas, ni directa, ni indirectamente 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.

3.- Para establecer el grado de parentesco entre tío y sobrino, es importante acudir a lo establecido en los artículos 35 y siguientes del Código Civil Colombiano, así:

“ARTÍCULO 35. <PARENTESCO DE CONSANGUINIDAD>. 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.”

(...)

“ARTÍCULO 37. <GRADOS DE CONSANGUINIDAD>. 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.”

(...)

“ARTÍCULO 41. <LINEAS Y GRADOS DEL PARENTESCO>. 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.”

(...)

“ARTÍCULO 44. <LINEA COLATERAL>. 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.” (...)

“ARTÍCULO 46. LINEA TRANSVERSAL. 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.” (Subrayado fuera de texto)

De acuerdo con lo establecido en los artículos 35 y siguientes del Código Civil, el parentesco que existe entre el tío (a) y el sobrino (a) es el de tercer grado de consanguinidad

En consecuencia esta Dirección Jurídica considera que la sobrina de un Gobernador se encontrará inhabilitada para realizar su servicio social obligatorio en una Empresa Social del Estado del respectivo departamento, si dicha vinculación se realiza mediante un contrato de prestación de servicios, toda vez que de conformidad con el inciso tercero del Artículo 49 de la Ley 617 de 2000, modificado por el artículo 1 de la Ley 1296 de 2009, los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad de los gobernadores no podrán ser contratistas del respectivo departamento, o de sus entidades descentralizadas, ni directa, ni indirectamente.

No obstante lo anterior, si la vinculación de la sobrina en la Empresa Social del Estado es mediante una relación legal y reglamentaria, no se configuraría la inhabilidad contemplada en el artículo 1 de la Ley 1148 de 2007, que modificó el artículo 49 de la Ley 617 de 2000, en el entendido que la prohibición para ser designados empleados del respectivo territorio a los parientes de los gobernadores, será hasta el segundo grado de consanguinidad, circunstancia que no se configura en el presente caso.

Para mayor información al respecto, le informo que a través de la página web www.funcionpublica.gov.co/eva en el link “Gestor Normativo”, podrá consultar más de 3000 conceptos emitidos por la Dirección Jurídica en temas de su competencia.

El anterior concepto se emite en los términos establecidos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

MONICA LILIANA HERRERA MEDINA

Asesora con funciones de la Dirección Jurídica

Ernesto Fagua/MLHM/GCJ

600.4.8.

Fecha y hora de creación: 2024-12-27 10:02:11