



Concepto 80301 de 2019 Departamento Administrativo de la Función Pública

20196000080301

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20196000080301

Fecha: 13-03-2019 03:29 pm

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Cargos de Elección Popular. Alcalde. ¿Puede aspirar a ser alcalde una persona cuyo hermano está vinculado en carrera administrativa en el mismo municipio? ¿Puede aspirar a ser alcalde una persona cuyo sobrino es tío del concejal del mismo municipio? ¿Puede aspirar a la alcaldía quien presta servicios en un hospital público a través de un contrato con una cooperativa? RAD.: 20199000032952 del 31 de enero de 2019.

En atención a la comunicación de la referencia, en la cual formula varios interrogantes acerca de las inhabilidades para ser alcalde, me permito manifestarle lo siguiente:

1. Inhabilidad para ser alcalde cuando el hermano del aspirante está vinculado como empleado de carrera administrativa en el mismo municipio:

La Ley 136 de 1994, por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios, dispone:

“ARTÍCULO 95. INHABILIDADES PARA SER ALCALDE. <Artículo modificado por el artículo 37 de la Ley 617 de 2000. El nuevo texto es el siguiente:> No podrá ser inscrito como candidato, ni elegido, ni designado alcalde municipal o distrital:

(...)

4. Quien tenga vínculos por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco hasta el 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 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 de salud en el régimen subsidiado en el respectivo municipio.(...)” (Subrayado fuera de texto)

Conforme al numeral 4 del artículo transcrito, puede inferirse quien tenga vínculos de parentesco hasta el 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, política, administrativa o militar en el respectivo municipio; no podrá ser inscrito como candidato, ni elegido, ni designado Alcalde Municipal o Distrital.

Con respecto a lo que debe entenderse por ejercicio de cargos con autoridad, la Ley 136 de 1994, por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios, señala:

“ARTÍCULO 188. AUTORIDAD CIVIL. Para efectos de lo previsto en esta Ley, se entiende por autoridad civil la capacidad legal y reglamentaria que ostenta un empleado oficial para cualquiera de las siguientes atribuciones:

1. Ejercer el poder público en función de mando para una finalidad prevista en esta Ley, que obliga al acatamiento de los particulares y en caso de desobediencia, con facultad de la compulsión o de la coacción por medio de la fuerza pública.

2. Nombrar y remover libremente los empleados de su dependencia, por si o por delegación.

3. Sancionar a los empleados con suspensiones, multas o destituciones”

“ARTÍCULO 189. AUTORIDAD POLÍTICA. Es la que ejerce el alcalde como jefe del municipio. Del mismo modo, los secretarios de la alcaldía y jefes de departamento administrativo, como miembros del gobierno municipal, ejercen con el alcalde la autoridad política.

Tal autoridad también se predica de quienes ejerzan temporalmente los cargos señalados en este artículo.”

“ARTÍCULO 190. DIRECCIÓN ADMINISTRATIVA. Esta facultad además del alcalde, la ejercen los secretarios de la alcaldía, los jefes de departamento administrativo y los gerentes o jefes de las entidades descentralizadas, y los jefes de las unidades administrativas especiales, como superiores de los correspondientes servicios municipales.

También comprende a los empleados oficiales autorizados para celebrar contratos o convenios; ordenar gastos con cargo a fondos municipales; conferir comisiones, licencias no remuneradas, decretar vacaciones y suspenderlas, para trasladar horizontal o verticalmente los funcionarios subordinados reconocer horas extras, vincular personal supernumerario o fijarle nueva sede al personal de planta; a los funcionarios que hagan parte de las unidades de control interno y quienes legal o reglamentariamente tengan facultades para investigar las faltas disciplinarias.”
(Subraya fuera del texto)

Sobre este particular, el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, mediante concepto con número de Radicación 413 de Noviembre de 5 de 1991, expresó:

“La nueva Constitución, que no menciona específicamente, como lo hacía la anterior, determinados cargos genéricamente disponen que no podrán ser elegidos congresistas “quienes hubieren ejercido, como empleados públicos, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar dentro de los doce meses anteriores a la fecha de la elección (Artículo 179); tampoco gobernadores quienes ejerzan esos mismos cargos en los seis meses que precedan a las votaciones (Artículo 18 Transitorio)

En realidad, como se afirma en el contexto de la consulta, la nueva Constitución agregó a los cargos con autoridad civil, política o militar los que implican el ejercicio de la autoridad administrativa.

5. Los cargos con autoridad, a que se refiere la constitución tienen las siguientes características:

a) Los cargos con autoridad política, son los que exclusivamente atañen al manejo del Estado, como los de Presidente de la República, ministros y directores de departamentos administrativos que integran el Gobierno.

b) Los cargos con autoridad administrativa son todos los que correspondan a la administración nacional, departamental y municipal, incluidos los órganos electorales y de control, que impliquen poderes decisorios, de mando o imposición, sobre los subordinados o la sociedad. Tales son, por ejemplo, los cargos de directores o gerentes de establecimientos públicos o empresas industriales y comerciales del Estado de los departamentos y municipios; gobernadores y alcaldes; Contralor General de la Nación defensor del pueblo, miembro del Consejo Nacional Electoral y Registrador Nacional del Estado Civil.

c) Los cargos con autoridad militar son todos los que, pertenecen a la Fuerza Pública, según el artículo 216 de la Constitución, tienen jerarquía y mando militar.

d) La autoridad civil corresponde, en principio, a todos los cargos cuyas funciones no implican ejercicio de autoridad militar". (Subrayado fuera de texto)

La misma corporación, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejero Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, en sentencia de fecha 20 de agosto de 2004, Radicación número: 50001-23-31-000-2004-0008-01(PI), respecto al concepto de autoridad civil, sostuvo:

"En torno al tema, esta Corporación, en sentencia de 1º de febrero de 2000 (Expediente AC-7974, Actor: Manuel Alberto Torres Ospina, Consejero ponente doctor Ricardo Hoyos Duque), hizo las siguientes precisiones que, por su importancia y pertinencia, se reiteran en esta oportunidad: "...La autoridad civil confiada a un servidor público por razón de sus funciones consiste en la potestad de mando, de imposición, de dirección que ejerce sobre la generalidad de las personas. Su expresión puede ser diversa y puede consistir en competencias reglamentarias, o de designación y remoción de los empleados, o en potestades correccionales o disciplinarias o de imposición de sanciones distintas, o de control que comporte poder de decisión sobre los actos o sobre las personas controladas....El concepto de autoridad civil no resulta excluyente sino comprensivo de la autoridad administrativa que relacionada con las potestades de servidor público investido de función administrativa, bien puede ser, y por lo general es, al mismo tiempo autoridad civil. En otros términos, si bien los conceptos de autoridad militar y jurisdiccional tienen contornos precisos, los linderos se dificultan tratándose de la autoridad política, civil y administrativa. Entendida la primera como la que atañe al manejo del Estado y se reserva al Gobierno (art. 115 C.P.) y al Congreso (art. 150 ibídem) en el nivel nacional, no queda duda de que la autoridad civil es comprensiva de la autoridad administrativa sin que se identifique con ella, pues entre las dos existirá una diferencia de género a especie. Una apreciación distinta conduciría a vaciar completamente el contenido del concepto autoridad civil, pues si ella excluye lo que se debe entender por autoridad militar, jurisdiccional, política y administrativa no restaría prácticamente ninguna función para atribuirle la condición de autoridad civil...". Igualmente, en el proveído mencionado la Sala señaló que "... la determinación en cada caso concreto de si un servidor público ejerce o no autoridad civil, debe partir del análisis del contenido funcional que tenga su cargo y así se podrá establecer el tipo de poderes que ejerce y las sujeciones a las cuales quedan sometidos los particulares. Si dichas potestades revisten una naturaleza tal que su ejercicio permita tener influencia en el electorado, las mismas configuran la autoridad civil que reclama la Constitución para la estructuración de la causal de inhabilidad de que se trata. En consecuencia, lo que pretende la institución constitucional es impedir que la influencia sobre el electorado proveniente del poder del Estado se pueda utilizar en provecho propio...o en beneficio de parientes o allegados... pues tales circunstancias empañarían el proceso político-electoral, quebrantando la igualdad de oportunidades de los candidatos...". (Subrayado fuera de texto)

De conformidad con lo señalado en los artículos 188, 189 y 190 de la Ley 136 de 1994 y lo establecido por el Consejo de Estado, el ejercicio de autoridad está ligado a dos aspectos; el primero, se deriva del hecho de ocupar un cargo con autoridad política, como por ejemplo, los de Presidente de la República, ministros y directores de departamentos administrativos que integran el Gobierno, Contralor General de la Nación, el Defensor del pueblo, miembro del Consejo Nacional Electoral y Registrador Nacional del Estado Civil, esto en el nivel nacional.

El otro aspecto que permite establecer que un servidor público ejerce autoridad conforme lo señala la ley citada, se obtiene del análisis del contenido funcional del respectivo empleo para determinar si el mismo implica poderes decisorios, es decir, que estos impliquen atribuciones de mando o imposición, sobre los subordinados o la sociedad.

Por consiguiente, para establecer si se configura la inhabilidad referida, se deberá determinar si quien está vinculado como empleado de carrera en el respectivo municipio tiene la facultad de celebrar contratos o convenios; ordenar gastos con cargo a fondos municipales; conferir comisiones, licencias no remuneradas, decretar vacaciones y suspenderlas, para trasladar horizontal o verticalmente los funcionarios subordinados reconocer horas extras, vincular personal supernumerario o fijarle nueva sede al personal de planta; a los funcionarios que hagan parte de las unidades de control interno y quienes legal o reglamentariamente tengan facultades para investigar las faltas disciplinarias en el respectivo municipio; todo ello para verificar si las funciones que desempeña el servidor se enmarcan dentro del ejercicio de autoridad civil, política o administrativa contempladas en los artículos 188, 189 y 190 de la Ley 136 de 1994.

En consecuencia, si el hermano de un aspirante a la alcaldía, que está vinculado en carrera administrativa en el mismo municipio, ejerce autoridad política, administrativa o militar en el respectivo ente territorial, se configuraría la inhabilidad contenida en el numeral 4 del artículo 95 de la ley 136 de 1994.

2. Inhabilidad para ser alcalde cuando el sobrino del aspirante es concejal en el mismo municipio:

Respecto de su segundo interrogante, debe señalarse que el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, en sentencia de fecha 13 de mayo de 2005, expediente N° 3588, Magistrado Ponente: Darío Quiñones Pinilla, ha señalado con relación a la calidad de los Concejales:

“Para la Sala es claro que la causal de inelegibilidad del numeral 2° del artículo 37 de la Ley 617 de 2000, que modificó el artículo 95 de la Ley 136 de 1994, no se aplica al Alcalde que se haya desempeñado como Concejal dentro de los doce meses anteriores a la fecha de su elección, por cuanto el Concejal no tiene la calidad de empleado público.

En efecto, el artículo 123 de la Carta Política adopta la denominación genérica de servidores públicos para referirse a las personas que prestan sus servicios al Estado. Según esa norma, los servidores públicos comprenden las siguientes categorías: la de los miembros de las corporaciones públicas, la de los empleados públicos y la de los trabajadores oficiales.

Quiere decir lo anterior que el concepto de servidores públicos es genérico y está integrado por las especies ya señaladas.

De manera que el Concejal, según el artículo 123 de la Carta, es un servidor público de la especie miembro de corporación pública, pues, además, expresamente el artículo 312 ibídem señala que no tiene la calidad de empleado público, lo cual está en armonía con lo ya dicho, dado que los empleados públicos son otra especie del género servidores públicos.

En ese orden de ideas, una correcta interpretación de la inhabilidad para ser Alcalde cuando ha desempeñado el cargo de Concejal debe armonizarse con el artículo 312 constitucional, que define la naturaleza jurídica del cargo de Concejal, excluyéndoles la calidad de empleados públicos a los Concejales.

En consecuencia, los Concejales son servidores de elección popular directa que no tienen la calidad de empleados públicos. Por lo tanto, la causal de inelegibilidad de los Alcaldes que consagra el del numeral 2° del artículo 37 de la Ley 617 de 2000, que modificó el artículo 95 de la Ley 136 de 1994, no se refiere a los Concejales sino a los servidores que son empleados públicos.” (Subrayado fuera de texto)

De conformidad con la sentencia transcrita, los concejales no son titulares de autoridad civil, política o administrativa, por cuanto éstos, por definición constitucional, no son empleados públicos sino servidores públicos sujetos a las responsabilidades que la ley les atribuye. De otro lado los artículos 188, 189 y 190 de la Ley 136 de 1994, definen la autoridad civil, política y dirección administrativa respectivamente, señalando quienes la ejercen a nivel municipal, evidenciándose que el concejal no es titular de aquellas.

la causal de inelegibilidad de los Alcaldes que consagra el del numeral 4 del artículo 37 de la Ley 617 de 2000, que modificó el artículo 95 de la Ley 136 de 1994, no hace referencia a los Concejales sino a los servidores que son empleados públicos.

Así las cosas, se considera que el tío de un concejal no se encuentra inhabilitado para aspirar a ser alcalde en el mismo municipio, por cuanto la causal de inelegibilidad de los Alcaldes que consagra el del numeral 4 del artículo 37 de la Ley 617 de 2000, que modificó el artículo 95 de la Ley 136 de 1994, hace referencia a los servidores que son empleados públicos.

3. Inhabilidad para ser alcalde cuando el aspirante presta servicios a la ESE municipal a través de un contrato suscrito con una cooperativa.

Finalmente, en relación con su inquietud respecto a la inhabilidad de un aspirante a la alcaldía que tiene un contrato a través de una cooperativa para prestar servicios en un hospital público del mismo municipio, debe señalarse que la Ley 136 de 1994 establece:

"ARTÍCULO 95. INHABILIDADES PARA SER ALCALDE. <Artículo modificado por el artículo 37 de la Ley 617 de 2000. El nuevo texto es el siguiente:> No podrá ser inscrito como candidato, ni elegido, ni designado alcalde municipal o distrital:

(...)

3. Quien dentro del año anterior a la elección haya intervenido en la gestión de negocios ante entidades públicas del nivel municipal o en la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel en interés propio o de terceros, siempre que los contratos deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio. Así mismo, quien dentro del año anterior a la elección, haya sido representante legal de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social de salud en el régimen subsidiado en el respectivo municipio.

Por otra parte, en cuanto a la naturaleza jurídica de las Cooperativas de Trabajo Asociado a fin de determinar su régimen, se tiene que el artículo 70 de la Ley 79 de 1988, por la cual se actualiza la legislación cooperativa, dispone:

"ARTICULO 70. Las cooperativas de trabajo asociado son aquellas que vinculan el trabajo personal de sus asociados para la producción de bienes, ejecución de obras o la prestación de servicios."

A su vez, el Decreto 4588 de 2006, por el cual se reglamenta la organización y funcionamiento de las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado, establece:

"ARTÍCULO 3°. NATURALEZA DE LAS COOPERATIVAS Y PRECOOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO. Son organizaciones sin ánimo de lucro pertenecientes al sector solidario de la economía, que asocian personas naturales que simultáneamente son gestoras, contribuyen económicamente a la cooperativa y son aportantes directos de su capacidad de trabajo para el desarrollo de actividades económicas, profesionales o intelectuales, con el fin de producir en común bienes, ejecutar obras o prestar servicios para satisfacer las necesidades de sus asociados y de la comunidad en general."

"ARTÍCULO 5°. OBJETO SOCIAL DE LAS COOPERATIVAS Y PRECOOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO. El objeto social de estas organizaciones solidarias es el de generar y mantener trabajo para los asociados de manera autogestionaria, con autonomía, autodeterminación y autogobierno. En sus estatutos se deberá precisar la actividad socioeconómica que desarrollarán, encaminada al cumplimiento de su naturaleza, en cuanto a la generación de un trabajo, en los términos que determinan los organismos nacionales e internacionales, sobre la materia."

"PARÁGRAFO. Las Cooperativas de Trabajo Asociado cuya actividad sea la prestación de servicios a los sectores de salud, transporte, vigilancia y seguridad privada y educación, deberán ser especializadas en la respectiva rama de la actividad; en consecuencia, las cooperativas que

actualmente prestan estos servicios en concurrencia con otro u otros, deberán desmontarlos, especializarse y registrarse en la respectiva superintendencia o entidad que regula la actividad.”

Con relación a la naturaleza jurídica de las Cooperativas de Trabajo Asociado, la Corte Constitucional mediante sentencia T-063/06 del 2 de febrero de 2006, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, expresó:

“Las cooperativas de trabajo asociado son aquellas que vinculan el trabajo personal de sus asociados para la producción de bienes, ejecución de obras o la prestación de servicios” [1]. Por ende, el principal aporte de los asociados en esta clase de organizaciones es su trabajo.

En las cooperativas de trabajo asociado, los asociados son al mismo tiempo los aportantes de capital y los gestores de la empresa. Además de lo anterior, “el régimen de trabajo, de previsión, seguridad social y compensación”, debe estar consagrado en los estatutos y reglamentos de dichas organizaciones en razón a que “se originan en el acuerdo cooperativo” y, por consiguiente sus miembros no estarán sujetos “a la legislación laboral aplicable a los trabajadores dependientes y las diferencias que surjan, se someterán al procedimiento arbitral previsto en el Título XXXIII del Código de Procedimiento Civil o a la justicia laboral ordinaria. En ambos casos, se deberán tener en cuenta las normas estatutarias, como fuente de derecho.” [2]

Al respecto, en sentencia C-211 de 2000[3], MP. Carlos Gaviria Díaz, la Corte sostuvo que las características más relevantes de las mencionadas cooperativas son las siguientes: “La asociación es voluntaria y libre, Se rigen por el principio de igualdad de los asociados, No existe ánimo de lucro, La organización es democrática, El trabajo de los asociados es su base fundamental, Desarrolla actividades económico sociales, Hay solidaridad en la compensación o retribución, Existe autonomía empresarial”.

Así mismo, en la mencionada providencia se estimó que las “cooperativas de trabajo asociado nacen de la voluntad libre y autónoma de un grupo de personas que decide unirse para trabajar mancomunadamente, bajo sus propias reglas contenidas en los respectivos estatutos o reglamentos internos. Dado que los socios son los mismos trabajadores éstos pueden pactar las reglas que han de gobernar las relaciones laborales, al margen del código que regula esa materia. Todos los asociados tienen derecho a recibir una compensación por el trabajo aportado, además de participar en la distribución equitativa de los excedentes que obtenga la cooperativa”.

Como se dejó dicho, los asociados de dichas cooperativas además de tener obligaciones tienen derechos, entre ellos, los de “Participar en las actividades de la Cooperativa y en su administración mediante el desempeño de cargos sociales, Ser informados de la gestión de la cooperativa de acuerdo con las prescripciones estatutarias, Ejercer actos de decisión y elección en las asambleas generales y Fiscalizar la gestión de la cooperativa”, facultades que están condicionadas al cumplimiento de los deberes. [4]

De igual forma, la Corte concluyó que las cooperativas de trabajo asociado se diferencian de las demás en el sentido de que los asociados son simultáneamente los dueños de la entidad y los que aportan el trabajo, es decir, que “existe identidad entre asociado y trabajador”. En virtud de lo anterior, la Corte consideró que “no es posible hablar de empleadores por una parte, y de trabajadores por la otra, como en las relaciones de trabajo subordinado o dependiente. Esta la razón para que a los socios-trabajadores de tales cooperativas no se les apliquen las normas del Código Sustantivo del Trabajo, estatuto que regula solamente el trabajo dependiente, esto es, el que se presta bajo la continuada dependencia o subordinación de un empleador y por el cual el trabajador recibe una retribución que se denomina salario”. [5]

Sin embargo, en la citada providencia se precisaron algunos casos en los cuales a los trabajadores vinculados con las aludidas Cooperativas se les aplica la legislación laboral [6]. Una de esas situaciones es cuando las cooperativas contratan trabajadores ocasionales o permanentes [7], lo cual es de carácter excepcional debido a su propia naturaleza “asociación para trabajar”, pues en estos casos sí se dan todos los supuestos de una relación laboral subordinada, a saber: “existe un empleador, un trabajador que labora bajo la subordinación de aquél, y una remuneración o salario” [8]

El otro suceso se configura bajo la regla de que “la vinculación formal a una cooperativa de trabajo asociado no excluye que en la práctica entre ésta y el trabajador asociado surja una relación laboral” [9], es decir, cuando el cooperado no trabaja directamente para la cooperativa, sino para un tercero, respecto del cual recibe ordenes y cumple horarios y la relación con el tercero surge por mandato de la Cooperativa. [10]

En consecuencia, y por regla general, a las cooperativas de trabajo asociado no se les puede aplicar la legislación laboral prevista para los trabajadores dependientes, ya que, “no es posible hablar de empleadores por una parte, y de trabajadores por la otra, como en las relaciones de trabajo subordinado o dependiente”, pues además de ser socios, aportan su trabajo y laboran bajo sus propias reglas, es decir, las previstas en los estatutos o reglamentos.

No obstante, hay casos excepcionales en los que las cooperativas de trabajo asociado contratan con personal ocasional o permanente o que el cooperado no trabaja directamente para la cooperativa sino para un tercero respecto del cual recibe órdenes y cumple horarios y la relación con este último surge por mandato de aquella, en los que sí es aplicable la legislación laboral vigente.

Además de los anteriores casos en los que se aplica la legislación laboral vigente, hay otros, que también puede surgir al interior de una Cooperativa de Trabajo Asociado, esto es, cuando en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales (artículo 53 de la Constitución Política), concurren los tres elementos esenciales de un contrato de trabajo (artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo).” (Subrayado fuera de texto)

Conforme lo anterior se infiere que una Cooperativa de Trabajo Asociado es una persona jurídica de derecho privado cuyas actividades deben cumplirse con fines de interés social y sin ánimo de lucro, en virtud de la cual se vincula el trabajo personal de sus asociados para la producción de bienes, ejecución de obras o la prestación de servicios.

Frente a su régimen laboral, es viable que se vincule el trabajo personal de sus asociados y gestores para la producción de bienes, ejecución de obras o la prestación de servicios, en cuyo caso, el régimen de trabajo, de previsión, seguridad social y compensación, será establecido en los estatutos y reglamentos en razón a que se originan en el acuerdo cooperativo y, por consiguiente, no estará sujeto a la legislación laboral aplicable a los trabajadores dependientes y las diferencias que surjan, se someterán al procedimiento arbitral previsto en el Título XXXIII del Código de Procedimiento Civil o a la justicia laboral ordinaria. En ambos casos, se deberán tener en cuenta las normas estatutarias, como fuente de derecho. Excepcionalmente puede vincularse a trabajadores ocasionales o permanentes no asociados, en cuyo caso, estas relaciones se rigen por las normas de la legislación vigente.

Por lo tanto, es posible concluir que en su calidad de trabajador en una Cooperativa de Trabajo Asociado que presta sus servicios a una Empresa Social del Estado, no ostenta la calidad de empleado público.

El Consejo de Estado en Sentencia con Radicación número: 1498 de mayo 9 de 1996, de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo Consejero ponente: MARIO ALARIO MÉNDEZ, señaló:

“El segundo cargo se hace consistir en que la firma Aprosaud Ltda. celebró contrato de prestación de servicios de salud, con el Instituto de Seguros Sociales del Chocó y con la Caja de Previsión Social del municipio de Quibdó durante el término de vigencia de la inhabilidad legal; concretamente por ostentar el demandado la calidad de socio en ambas sociedades y estimarse que en esta condición celebró a través de las sociedades o intervino en la celebración de esos contratos. Respecto a este cargo la jurisprudencia de la sección ha venido sosteniendo que la inhabilidad deprecada, solo puede darse con la intervención personal del demandado en la celebración, posición asumida en diferentes fallos; criterio cimentado en el artículo 98 del inciso 2 del C de Ccio., según el cual “La Sociedad, una vez constituida legalmente, forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados”. Pero es conveniente observar que la jurisprudencia tomada como guía u orientación en los varios pronunciamientos emitidos en relación con asunto similar al aquí debatido, no mira el citado precepto como un concepto absoluto, ni en su aplicación en materia electoral le da alcance distinto al de la intervención personal, puesto que de su mismo contexto es lo que en principio se deduce. Ahora siendo la jurisprudencia conforme al artículo 230 de la C.N., un criterio auxiliar de la actividad del Juez, en su desarrollo debe adecuarse a las circunstancias cambiantes que tienden a modificarla o complementarla. Es indudable que los precedentes criterios, el que constituye perspectiva jurisprudencial en esta sección, debe ponerse acorde con el sentado por la Sala Plena, en el sentido de que la forma de intervención en la celebración de contratos para efectos del artículo 95 numeral 5 de la Ley 136 de 1994, también puede darse por el demandado a través de la persona jurídica de la que es socio, cuando esta se constituye para burlar la prohibición consagrada en dicho precepto pues siendo este el propósito desaparece la personalidad jurídica de la sociedad, pudiéndose llegar hasta los individuos que la componen, en búsqueda de la verdad, labor que corresponde al juez y para desentrañarla, no debe basarse únicamente en la confrontación de las partes en el contrato, sino que el estudio deberá comprender todas las circunstancias que permitan establecer cualquier acto de intervención que se relacione con el socio demandado y la correspondiente entidad estatal, como por ejemplo la actuación de soslayo

ante éstas para obtener privilegios, escudado en que la legalización de esos actos se hacen para la Sociedad a través de su representante sin que esa participación influyente del socio quede registrada en el contrato, resoluciones de reconocimiento, cuenta de cobro, órdenes de pago, etc., pero que en de últimas y dada la finalidad del ente el beneficiado es aquel. Analizada la prueba recauda se deniegan las pretensiones de la demanda. Consecuente con los anteriores predicamentos y ante la no prosperidad del cargo, la sentencia apelada será revocada y en su lugar se denegarán las pretensiones de la demanda.”

En consecuencia, en los términos de la jurisprudencia citada, se configurará la inhabilidad contenida en el numeral 3 del artículo 95 de la Ley 136 de 1994, cuando se verifique la intervención personal del aspirante a la alcaldía en la celebración del contrato entre la ESE y la cooperativa de trabajo, tarea que corresponderá al juez respectivo, el cual deberá analizar las circunstancias que permitan establecer cualquier acto de intervención que se relacione con el socio y la correspondiente entidad estatal.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público; así como las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos, me permito indicar que en el link <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo> podrá encontrar conceptos relacionados con el tema, que han sido 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,

JOSE FERNANDO CEBALLOS ARROYAVE

Asesor con Funciones de la Dirección Jurídica

MDDG/JFCA

12602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-09-30 13:58:55