



**Función Pública**

## Concepto 74361 de 2019 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20196000074361\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20196000074361

Fecha: 11-03-2019 10:37 am

Bogotá D.C.

REF.- INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. - Inhabilidades para aspirar a cargos de elección popular. RAD. 2019-206-003391-2 del 31 de enero de 2019.

En atención a la comunicación de la referencia, remitida a este Departamento por parte del Consejo Nacional Electoral, me permito dar respuesta a la misma en el mismo orden de su presentación así:

1.- En atención a la primera parte de su escrito, mediante el cual señala que dos parientes (hermanos) prestan sus servicios en la misma alcaldía, uno en calidad de empleado secretario de despacho y el otro como contratista, me permito indicar lo siguiente:

Respecto de las inhabilidades para contratar con el Estado, la Ley 80 de 1993, "Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública", 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.*

(...)

ARTÍCULO 9º.- *De las Inhabilidades e Incompatibilidades Sobrevinientes. Si llegare a sobrevenir inhabilidad o incompatibilidad en el contratista, éste cederá el contrato previa autorización escrita de la entidad contratante o, si ello no fuere posible, renunciará a su ejecución...*"

De acuerdo con lo dispuesto en el literal b) del numeral segundo del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 no podrá contratar con la respectiva entidad pública los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad (padres, hijos, abuelos nietos, hermanos), segundo de afinidad (suegro, nuera, yerno, cuñado) primero civil (hijo adoptivo, padre adoptante), de un servidor público de la misma entidad de los niveles directivo, asesor o ejecutivo, independientemente de si su pariente (el del contratista) es o no quien celebre el contrato.

Frente a la facultad que le asiste al Legislador para señalar inhabilidades para contratar con el Estado, la Corte Constitucional en Sentencia C-348 de 2004, Magistrado Ponente, Dr. 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 injerencia 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 párrafo 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)*

Ahora bien, para determinar si existe inhabilidad en el caso planteado se hace necesario revisar dos circunstancias particulares, por una parte el grado parentesco entre hermanos y por otra el nivel jerárquico del empleado (secretario de despacho).

En atención al primer presupuesto, se tiene que de conformidad con lo dispuesto 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 hermanos se encuentran en segundo grado de consanguinidad.

En cuanto al segundo presupuesto, tenemos que de acuerdo con el párrafo del artículo 4 del Decreto Ley 785 de 2005, el empleo de secretario de despacho pertenece al nivel directivo de la entidad territorial.

## CONCLUSIONES

De acuerdo con lo expuesto, se considera procedente concluir que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley 80 de 1993, el pariente en segundo grado de consanguinidad de un empleado del nivel directivo se encuentra inhabilitado para ser contratista de la entidad.

En ese sentido, se colige que en el caso que la alcaldía municipal cuente con planta globalizada, se considera que el hermano de un empleado del nivel directivo (secretario de despacho), se encuentra inhabilitado para suscribir contratos con la entidad, en el caso de haberlo suscrito anterioridad a la posesión de su pariente, le sobreviene una inhabilitación al contratista, en consecuencia, este deberá ceder el contrato, o en su defecto renunciar a la ejecución del mismo.

2.- En atención a la segunda parte de su escrito, referente a establecer si existe algún tipo de inhabilitación o incompatibilidad para que un contratista se postule a ser elegido como alcalde de un municipio diferente al que presta sus servicios, me permito indicar lo siguiente:

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 3) del artículo 95 de la Ley 136 de 1994, no podrá ser inscrito como candidato, ni elegido, ni designado alcalde municipal o distrital quien dentro del año anterior a la elección haya celebrado 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.

De conformidad con las anteriores disposiciones, se infiere que si la persona estuvo vinculada mediante contrato de prestación de servicios con entidades públicas de cualquier nivel (nacional, departamental o municipal) en interés propio o de terceros, cuyo objeto debiera ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio, éste debió ceder el contrato o renunciar a la ejecución del mismo, en el año anterior a la elección.

No obstante lo anterior, se considera que quien suscribió un contrato de prestación de servicios con entidades públicas de cualquier nivel en interés propio o de terceros, cuyo objeto no debía ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio, deberá ceder el contrato o renunciar a su ejecución hasta antes de tomar posesión como alcalde y ser acreditado como tal.

Con respecto a la diferencia entre la celebración y suscripción de contratos, el Consejo de Estado en Sentencia del 31 de agosto de 2006, radicado 4033, Magistrado Ponente: Reinaldo Chavarro Buriticá, señaló:

*"...De otra parte, ha establecido que lo que constituye causal de inhabilitación es la intervención en la celebración de contratos y no su ejecución<sup>1</sup>. Igual consideración expresó respecto de la intervención en la gestión de negocios".*

*En la sentencia C- 618 de 27 de noviembre de 1997 la Corte Constitucional señaló que dicha inhabilitación perseguía las siguientes finalidades constitucionales:*

*"evitar una confusión entre intereses públicos y privados. En efecto, quien ha intervenido en nombre propio o de terceros en la celebración de un contrato con la administración, en principio defiende los intereses particulares frente a los intereses del Estado, mientras que el alcalde tiene exactamente la función contraria, pues su función es la preservación de los intereses del municipio, por lo cual le corresponde incluso ejercer un control sobre los propios contratistas. Por ello, y como bien lo señalan los intervinientes, resulta razonable evitar que llegue a ser jefe de la administración local quien, como particular, ha participado en una contratación que interesa al municipio, sin que medie un plazo prudente que garantice la no incidencia del funcionario en las medidas, recursos y evaluaciones que se encuentran en cabeza de la administración.*

De otro lado, la inhabilidad también puede cumplir otra finalidad constitucionalmente relevante, pues obstaculiza el aprovechamiento de recursos públicos para desfigurar los procesos electorales. En efecto, un contratista, por el hecho de adelantar obras de "utilidad para la comunidad, puede llegar a ejercer una cierta influencia local, que podría aprovechar en los procesos electorales municipales, con lo cual se viola la igualdad en este campo y se altera la propia dinámica de la participación política.

La Sección, por su parte, sostuvo en varias ocasiones que la inhabilidad solo podía predicarse frente a quienes intervienen en la celebración de contratos en interés particular (propio o de un tercero) y no frente a quienes celebraran contratos en su calidad de funcionarios públicos y en nombre de entidades públicas, pues en tal caso actúan como representantes del interés general y en cumplimiento de un deber legal.<sup>2.</sup>" (Subrayado fuera de texto)

De acuerdo con el anterior pronunciamiento, lo que constituye causal de inhabilidad es la intervención en la celebración de contratos y no su ejecución. En consecuencia, puede inferirse que la fecha a tener en cuenta para que se configure la causal de inhabilidad relacionada con la celebración de contratos es el momento de su suscripción y no su ejecución.

Ahora bien, como quiera que según su escrito su aspiración política se encuentra dirigida a un municipio diferente al que suscribió y ejecutó el contrato, no se considera que se encuentre en inhabilidad para postularse al cargo de elección popular en el cargo de alcalde de un municipio diferente al que suscribió el contrato.

No obstante lo anterior, en el evento que resulte elegido alcalde municipal, deberá iniciar las gestiones pertinentes que deriven en la cesión o renuncia del contrato en virtud de lo plasmado en el numeral tercero del artículo 38 de la Ley 617 de 2000, en el entendido que el intervenir en cualquier forma, fuera del ejercicio de sus funciones, en la celebración de contratos con la administración pública, se considera una incompatibilidad para los alcaldes.

3.- En atención a la tercera parte de su escrito, referente a establecer si existe algún tipo de inhabilidad o incompatibilidad para que parientes se postulen para ser elegidos como alcalde y concejal en el mismo municipio por el mismo partido político, me permito indicar que de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, no podrá ser inscrito como candidato ni elegido como concejal quien esté vinculado por parentesco dentro del segundo grado de consanguinidad y se inscriba por el mismo partido o movimiento político para elección de cargos o de corporaciones públicas que deban realizarse en el mismo municipio o distrito en la misma fecha.

El Consejo de Estado en sentencia Radicación número: [070012331000200700084 01](#) de octubre 9 de 2008 de la Sección Quinta, Sala de lo Contencioso Administrativo, Consejero ponente Dr. Mauricio Torres Cuervo, respecto a la elección de hermanos por el mismo partido, señaló lo siguiente:

*"Sobre el tema es conveniente precisar que si bien es cierto esta Sección en una primera etapa sostuvo que es la segunda inscripción la que genera la inhabilidad, que sería la única que podría ser objeto de anulación porque es la que origina la coexistencia de las dos candidaturas; la tesis vigente adoptada por la Sala, determinó que la inhabilidad abarca a todas las personas que dentro, de los grados de parentesco señalados por la norma, se inscriban en cualquier momento como candidatos por el mismo partido o movimiento político, al considerar que: "la inhabilidad es recíproca, nace en el preciso instante en que se produce la segunda inscripción pero se consolida con la elección de los candidatos, de todos los que en esas condiciones irregulares resulten ungidos con los votos de la ciudadanía. Es indiferente establecer cuál de las dos inscripciones se hizo primero, puesto que la norma no hace distinciones a este respecto y tampoco le es permitido al juzgador darle un alcance que no tiene. Del factor tiempo no se ocupa la disposición que consagra esta clase de inhabilidad, sino de la coexistencia de inscripciones de las candidaturas, en forma simultánea o sucesiva, siendo esto último indiferente. Se requiere, entonces, que dentro de la misma justa electoral se inscriban dos o más candidatos unidos por los lazos de consanguinidad o afinidad prohibidos, sin que sea determinante ni importante el orden de la inscripción; que lo hagan para la elección de cargos (como es el caso de los alcaldes) o para la de corporaciones públicas (como es el caso de los concejales); que participen por el mismo partido o movimiento político y que resulten electos."<sup>11</sup> (Subraya fuera del texto).*

Desde la señalada providencia, existe en la Sala un criterio uniforme respecto de esta materia<sup>12</sup>. Se agrega que la inhabilidad en estudio no atiende criterios temporales respecto de la inscripción porque el numeral 5° del artículo 33 de la Ley 617 de 2000 no prevé que la inhabilidad se configure únicamente respecto de los parientes que inscriban su candidatura con posterioridad al primero, en otras palabras, la norma no señaló que el primer candidato inscrito esté excluido de la inhabilidad porque si, como ocurre en este caso dos hermanos resultaron elegidos, ambos

*con inscripciones de sus candidaturas válidas, no puede ser pasible de nulidad la elección del que se inscribió en segundo lugar y la otra incólume; en consecuencia, la inelegibilidad recae sobre todas las personas que se hayan inscrito como candidatos por el mismo movimiento o partido político para participar en las mismas elecciones en el mismo departamento, sin que importe cuál inscripción se efectuó en primer lugar.*

De acuerdo con las normas y jurisprudencia citadas, la inhabilidad se predica de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad que se inscriban por el mismo partido político o movimiento político para elección de cargos o de corporaciones públicas que deban realizarse en el mismo departamento en la misma fecha.

En cuanto al grado de parentesco entre los primos, tenemos que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 35 y siguientes del Código Civil, los primos se encuentran en cuarto grado de consanguinidad.

#### CONCLUSION

En este orden de ideas, dando respuesta a su consulta, respecto de si existe algún tipo de inhabilidad o incompatibilidad para que primos hermanos puedan postularse por el mismo partido para ser elegidos como concejal y alcalde del mismo municipio, teniendo en cuenta los pronunciamientos del Consejo de Estado, para que se configure la inhabilidad deben acreditarse los siguientes supuestos:

- 1.- El parentesco; se encuentran inhabilitados los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad (hijos, padres, abuelos, nietos, hermanos).
- 2.- Que los parientes se inscriban como candidatos por el mismo partido o movimiento político;
- 3.- Que con la elección se provean cargos o corporaciones públicas del mismo territorio;
- 4.- Que las elecciones se realicen en la misma fecha.

En virtud de lo anterior, el primer supuesto relacionado con el grado de parentesco no se cumpliría en el caso de los primos, lo cual hace innecesario estudiar la ocurrencia de los otros aspectos, toda vez que para que se tipifique la causal de inhabilidad contemplada en el numeral 4 del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, modificado por la Ley 617 de 2000, es requisito indispensable que la persona tenga el parentesco en los grados señalados en la norma, lo cual, en el caso en estudio no ocurre, por consiguiente, en criterio de esta Dirección, no estaría incurso en la inhabilidad señalada.

En el evento de requerir mayor información respecto de las normas de administración de personal del sector público, podrá encontrar información en el siguiente link <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo>, allí además encontrará conceptos relacionados con el tema objeto de su consulta, los cuales 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

Harold Herreño/JFCA/ GCJ-601

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PAGINA

1. Sentencia de 6 de marzo de 2003 proferido por la Sección 58 de la Sala de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, entre otras.
2. Sentencias 2143 de 11 de febrero de 1999 y de 24 de agosto de 2001, radicación 2583, proferidas por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativa del Consejo de Estado.

---

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