



Función Pública

Concepto 140411 de 2019 Departamento Administrativo de la Función Pública

20196000140411

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20196000140411

Fecha: 06/05/2019 11:55:59 a.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Cargos de Elección Popular. Alcalde. Inhabilidad para aspirar a la alcaldía de un municipio cuando la hermana del candidato suscribió un contrato como representante legal de una empresa con el mismo municipio, dentro del año anterior a la elección. RAD.: 20192060105802 del 21 de marzo 2019.

Acuso recibo de la comunicación de la referencia, en la cual consulta si existe inhabilidad de un candidato para aspirar a la alcaldía de un municipio si su hermana suscribió un contrato como representante legal de una empresa contratista de las empresas públicas del municipio, dentro del año anterior a la elección. También se consulta si el aspirante a la alcaldía se encuentra inhabilitado por cuanto su hija ocupó un cargo del nivel asistencial en el respectivo municipio.

Para efectos de resolver sus interrogantes, se tiene que la Ley 617 de 2000, dispone:

"ARTÍCULO 37.- Inhabilidades para ser alcalde.- El Artículo 95 de la Ley 136 de 1994, quedará así:

"ARTÍCULO 95.- Inhabilidades para ser alcalde. 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.

(...)".

De conformidad con la norma transcrita, no podrá ser inscrito como candidato, ni elegido, ni designado Alcalde quien tenga vínculos por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad (padres, hijos, hermanos), 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.

Ahora bien, la Sala Plena del Consejo de Estado¹ 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).

Teniendo en cuenta lo señalado por el Consejo de Estado, las inhabilidades, como las demás calidades, exigencias o requisitos que deben reunir los candidatos para efectos de su incorporación al servicio del Estado, deben estar consagradas en forma expresa y clara en el Estatuto General que rige la función pública y son taxativas y de interpretación restrictiva, lo cual significa que deben sujetarse estrictamente a las causales previstas por el legislador.

Conforme con lo señalado anteriormente y una vez revisado el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, en criterio de esta Dirección Jurídica no se encuentra disposición alguna que consagre una inhabilidad para que la hermana de quien suscribió un contrato con un municipio en su condición de representante legal de una empresa dentro del año anterior a la elección, pueda aspirar a ser alcalde del respectivo municipio.

Por otro lado, el artículo 49 de la Ley 617 de 2000, modificada por el artículo 19 de la Ley 1148 de 2007, en cuanto a las prohibiciones relativas a cónyuges, compañeros permanentes y parientes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales; concejales municipales y distritales, consagra lo siguiente:

“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-903-08 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”.

PARÁGRAFO 3. Prohibiciones relativas a los cónyuges, compañeros permanentes y parientes de concejales de municipios de cuarta, quinta y sexta categoría. Tratándose de concejales de municipios de cuarta, quinta y sexta categoría, las prohibiciones establecidas en el presente artículo se aplicarán únicamente para los cónyuges o compañeros permanentes y parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil.”

<Los apartes subrayados de este artículo fueron declarados **CONDICIONALMENTE EXEQUIBLES**, por los cargos analizados, por la Corte Constitucional mediante Sentencia **C-029-09** de 28 de enero de 2009, Magistrado Ponente Dr. Rodrigo Escobar Gil, ‘... en el entendido de que en igualdad de condiciones, ellas comprenden también a los integrantes de las parejas de un mismo sexo’. >

De acuerdo con lo establecido por el artículo 49 de la Ley 617 de 2000, modificado por 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 –padres, hijos, hermanos, abuelos, nietos, tíos, sobrinos, primos-, segundo de afinidad –suegros, nueras, yernos, cuñados-, o primero civil –padres adoptantes e hijos adoptivos-, no podrán ser contratistas del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas, ni directa, ni indirectamente.

Ahora bien, la Ley 80 de 1993, "por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública", establece:

“ARTÍCULO 9. 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.

-
Cuando la inhabilidad o incompatibilidad sobrevenga en un proponente dentro de una licitación o concurso, se entenderá que renuncia a la participación en el proceso de selección y a los derechos surgidos del mismo.

Si la inhabilidad o incompatibilidad sobreviene en uno de los miembros de un consorcio o unión temporal, éste cederá su participación a un tercero previa autorización escrita de la entidad contratante. En ningún caso podrá haber cesión del contrato entre quienes integran el consorcio o unión temporal.” (Subraya fuera del texto)

De conformidad con el Estatuto General de Contratación, la persona que se encuentra vinculada a la Administración mediante contrato de prestación de servicios, y le llegase a sobrevenir una inhabilidad o incompatibilidad, deberá ceder el contrato previa autorización escrita de la entidad contratante o, si ello no fuere posible, renunciará a su ejecución.

Por lo tanto, en criterio de esta Dirección Jurídica, el cónyuge o compañero permanente de quien ha sido elegido como alcalde y que con anterioridad a la elección de su pariente había celebrado un contrato de prestación de servicios con una entidad pública del mismo municipio, le sobreviene la inhabilidad contemplada en el inciso tercero del artículo 49 de la Ley 617 de 2000, y por lo tanto, deberá ceder el contrato previa autorización escrita de la entidad contratante o de no ser posible, corresponderá renunciar a la ejecución del mismo de conformidad con el artículo 9° de la Ley 80 de 1993.

Es de precisar que la anterior inhabilidad se predica en el caso que su pariente llegase a ser elegido como alcalde; es decir, que mientras sea candidato no se considera que exista inhabilidad en razón a que sería una simple expectativa y la norma no contempla dicha situación como inhabilidad para el contratista.

En lo que se refiere a su segundo cuestionamiento, como lo señala el numeral 4 del artículo 95 de la Ley 136 de 1994, que fue modificado por la

Ley 617 de 2000, no podrá ser inscrito como candidato, ni elegido, ni designado Alcalde quien tenga vínculos por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad (padres, hijos, hermanos), 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.

Ahora bien, frente al ejercicio de autoridad civil, política o administrativa por parte de un empleado del nivel asistencial, se hace necesario acudir a las funciones generales asignadas para ese cargo. En ese sentido, el Decreto-Ley 785 de 2005, dispone:

“ARTÍCULO 4°. Naturaleza general de las funciones. A los empleos agrupados en los niveles jerárquicos de que trata el artículo anterior, les corresponden las siguientes funciones generales:

(...)

4.5. Nivel Asistencial. Comprende los empleos cuyas funciones implican el ejercicio de actividades de apoyo y complementarias de las tareas propias de los niveles superiores o de labores que se caracterizan por el predominio de actividades manuales o tareas de simple ejecución.”

De conformidad con lo anterior, un empleo adscrito al nivel asistencial, implica el ejercicio funciones y actividades de apoyo y complementarias de las tareas propias de los niveles superiores, o de labores que se caracterizan por el predominio de actividades manuales o tareas de simple ejecución tales como recibir, revisar, clasificar, radicar, distribuir y controlar documentos, datos, elementos y correspondencia, relacionados con los asuntos de competencia de la entidad.

Así las cosas, las funciones de un empleo del nivel asistencial no se enmarcan dentro del ejercicio de autoridad civil, política o administrativa contemplada en los artículos 188, 189 y 190 de la Ley 136 de 1994, por lo que, en criterio de esta Dirección Jurídica el parentesco en el primer grado de consanguinidad (padre e hija), entre el candidato a la alcaldía y una empleada pública que desempeñe labores asistenciales, no lo inhabilita para aspirar a ser elegido alcalde, toda vez que este no ejerce autoridad civil, política o administrativa en el municipio en donde tiene sus aspiraciones electorales.

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,

ARMANDO LÓPEZ CORTÉS

Director Jurídico

Proyectó: Melitza Donado.

Revisó: José Fernando Ceballos.

Aprobó: Armando López C.

12602.8.4

NOTAS DE PIE DE PAGINA

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

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 21:58:11