



Función Pública

Concepto 115551 de 2019 Departamento Administrativo de la Función Pública

20196000115551

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20196000115551

Fecha: 15/04/2019 02:24:08 p.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Concejal. Llamado a concejal. Contratista. RAD. 20192060087352 el 07 de marzo de 2019.

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual consulta:

1. Si un candidato a concejal, que ocupó el segundo lugar en la lista de su partido, puede ser llamado a ocupar la curul por renuncia del titular, teniendo en cuenta que luego de las elecciones fue vinculado como contratista en el municipio.
2. Si el primo de un concejal puede ser vinculado mediante contrato de prestación de servicios con el mismo municipio.
3. Si una entidad sin ánimo de lucro o Cooperativa de servicios públicos domiciliarios puede firmar un convenio directamente para administrar el centro de Bienestar del adulto mayor sin tener experiencia e idoneidad para administrarlo o el cuidado de adultos mayores de ese municipio.
4. Si el hermano del alcalde puede ser el revisor fiscal de la de una Cooperativa sin ánimo de lucro, la cual recibe dineros públicos de la alcaldía municipal.

Al respecto, me permito informarle:

En primer lugar, debe anotarse que de acuerdo con lo establecido en el Decreto [430](#) de 2016¹, a este Departamento Administrativo le compete formular, implementar, hacer seguimiento y evaluar las políticas de desarrollo administrativo de la función pública, el empleo público, la gestión del talento humano en las entidades estatales, la gerencia pública, el desempeño de las funciones públicas por los particulares, la organización administrativa del Estado, la planeación y la gestión, el control interno, la participación ciudadana, la transparencia en la gestión pública y el servicio al ciudadano, propiciando la materialización de los principios orientadores de la función administrativa.

Por consiguiente, no es competente de efectuar una valoración concreta de casos particulares, ni se encuentra facultado para declarar derechos individuales; tampoco tiene competencia para pronunciarse en temas relativos a los procedimientos de contratación pública y mucho menos le compete el conocimiento de los nombramientos que se hagan en entidades sin ánimo de lucro o cooperativas que prestan servicios domiciliarios, las cuales no se gobiernan por un régimen de derecho público.

Así las cosas, la pregunta formulada en el numeral 3 de su presente petición será remitida a la Agencia Nacional de Contratación Pública-Colombia Compra Eficiente, por tratarse de materias de su competencia.

En cuanto a la pregunta formulada en el numeral 4 de la presente petición, me permito recordar que a este Departamento Administrativo no le es competente conocer sobre los procedimientos internos de selección de empleados de entidades que no se gobiernan por un régimen de derecho público; por consiguiente, para determinar si el hermano de un alcalde puede ejercer como revisor fiscal de una cooperativa deberá remitirse a lo señalado en los estatutos de la misma y demás normas que la gobiernen.

Impera recordar que las inhabilidades para vincular como empleado público o contratar a los parientes de los alcaldes municipales, son las señaladas en la Constitución Política y la ley (artículo 126 de la Constitución Política, artículo 49 de la Ley 617 de 2000).

1.- Frente a la posibilidad de que una persona vinculada mediante contrato de prestación de servicios sea llamado a ocupar una curul de concejal, por renuncia de su titular, me permito señalar que esta Dirección Jurídica mediante concepto No. 20196000026441 del 04 de febrero de 2019, se pronunció frente a consulta similar, la cual se anexa con la presente, en la cual se determinó:

“Por su parte, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, en sentencia con Radicación número: [18001-23-31-000-2005-00566-02\(4135\)](#) del 7 de diciembre de 2006, Consejero ponente: Reinaldo Chavarro Buritica, afirmó:

“...es necesario precisar que en el evento de presentarse respecto de un llamado una causal de inhabilidad que le impida ser elegido o desempeñar el cargo o la ausencia de calidades legales para ser elegido, el examen correspondiente solo puede tener lugar en el momento del llamado o de la posesión, a través del ejercicio de la acción contencioso electoral a fin de determinar si al momento de la elección se encontraba incurso en una de dichas causales o carecía de las referidas calidades. Al respecto se pronunció la Sala Plena de esta Corporación en sentencia de mayo 15 de 2.001², en los siguientes términos:

“Cuando el artículo 181 en su inciso 2 señala que “quien fuere llamado a ocupar el cargo, quedará sometido al mismo régimen de inhabilidades e incompatibilidades a partir de su posesión”, está precisando que las personas no elegidas que sean llamadas a ocupar la vacante dejada por un Congresista, están igualmente sometidas a las inhabilidades consagradas en la Constitución. Y resulta palmario que la norma haga referencia a la posesión, pues si no existe ésta en el caso de los “llamados” no se adquiere la dignidad de Congresista, ya que la posesión es un requisito previo para el desempeño de funciones; por ello, si ésta no se da no es posible estar incurso en las inhabilidades e incompatibilidades prescritas constitucionalmente. Es entonces el momento en que se adquiere la dignidad de Congresista en el caso de los “llamados”, que tiene significación el régimen de incompatibilidades e inhabilidades, pues sólo a partir de tal momento, podrá el juez pronunciarse sobre la existencia o no de las conductas enlistadas como no permitidas, no obstante que su ocurrencia tenga lugar en las elecciones que originaron, para el caso de los “llamados a cubrir la vacante”, su vocación de congresista.”

De la lectura de la jurisprudencia transcrita se colige que la verificación de la existencia de inhabilidades o ausencia de calidades legales que determinen la nulidad, en el caso de los llamados, debe hacerse al momento de la elección y no al momento del llamado o de la posesión en el cargo, dado que sería ilógico que quien se encuentre incurso en una inhabilidad o no reúne las calidades legales para ser elegido participe en los comicios integrando las listas de candidatos, y en tal condición pueda generar una determinada dinámica en las votaciones que se refleje en el resultado declarado de la elección.

(...)

2.2 También da cuenta la jurisprudencia examinada que para calcular los términos de inhabilidad relacionados con los llamados debe tenerse en

cuenta la fecha en que se celebra la respectiva elección y no la fecha en que se produce el llamado a reemplazar la vacante de quien fue elegido ni la fecha en que el candidato llamado se posesiona. Significa ello que el término de la inhabilidad prevista en el numeral 5º del artículo 3º de la Ley 617 de 2000 es, en el presente caso, el comprendido dentro del año anterior a la fecha de la elección de diputados a la Asamblea Departamental, ocurrida el 26 de octubre de 2003". (Subrayado fuera de texto)

De acuerdo con lo dispuesto por el Consejo de Estado, la verificación de la existencia de inhabilidades o ausencia de calidades legales en el caso de los llamados, debe hacerse al momento de la elección y no al momento del llamado o de la posesión en el cargo, es decir los términos de inhabilidad relacionados con los llamados se tienen en cuenta con respecto a la fecha en que se celebra la respectiva elección y no frente a la fecha en que se produce el llamado a reemplazar la vacante de quien fue elegido ni la fecha en que el candidato llamado se posesiona.

En este orden de ideas y para el caso objeto de consulta, esta Dirección Jurídica considera que una persona se encontraría inhabilitada para asumir la curul de concejal, si dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección inicial, y no del llamado, intervino 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 o distrito; conforme a las consideraciones anunciadas en precedencia.

2.- Respecto al si el primo de un concejal puede ser contratado con el municipio, me permito indicar que el artículo 49 de la Ley 617 del 6 de octubre de 2000³, dispone:

"ARTICULO 49. PROHIBICIONES RELATIVAS A CÓNYUGES, COMPAÑEROS PERMANENTES Y PARIENTES DE LOS GOBERNADORES, DIPUTADOS, ALCALDES MUNICIPALES Y DISTRITALES; CONCEJALES MUNICIPALES Y DISTRITALES.

(...)

<Inciso 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, 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".) (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Así las cosas, conforme al inciso 3 del artículo 49 de la Ley 617 de 2000, modificado por el artículo 1 de la Ley 1296 de 2009, los parientes de un concejal dentro del cuarto grado de consanguinidad (padres, hijos, nietos, abuelos, hermanos, tíos, primos y sobrinos), segundo de afinidad, o primero civil, no podrán ser contratistas del respectivo distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas, ni directa, ni indirectamente.

Sin embargo, tratándose de concejales de municipios de 4, 5 y 6 categoría, la norma establece que esta prohibición aplicará únicamente para los cónyuges o compañeros permanentes y parientes hasta el segundo grado de consanguinidad (esto es, para los hermanos, padres, hijos, nietos y abuelos), primero de afinidad o único civil.

En caso de que requiera mayor información sobre las normas de administración de los empleados del sector público y demás temas competencia de este Departamento Administrativo puede ingresar a la página web de la entidad, en el link "Gestor Normativo": <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo>, donde podrá encontrar todos los conceptos relacionados 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

Director Jurídico (E)

Proyectó: Daniela Castellanos

Revisó: Jose Fernando Ceballos

Aprobó: Jose Fernando Ceballos

12602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública
2. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de mayo 15 de 2.001. Expediente: AC-12300. Actor: Manuel Vicente López López.
3. 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.

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 21:21:09