



Concepto 062151 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública

20206000062151

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20206000062151

Fecha: 17/02/2020 07:57:19 p.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Parentesco concejal contratista. RAD. 20209000013772 del 13 de enero de 2020.

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual consulta si una cooperativa se encuentra incursa en causal de inhabilidad para contratar con la alcaldía municipal porque uno de sus asociados es padre de un concejal del respectivo municipio, me permito manifestar lo siguiente:

1.- Frente a las prohibiciones relativas los parientes de los concejales, la Constitución Política estableció lo siguiente:

"ARTÍCULO 292. Los diputados y concejales y sus parientes dentro del grado que señale la ley no podrán formar parte de las juntas directivas de las entidades descentralizadas del respectivo departamento, distrito o municipio.

No podrán ser designados funcionarios de la correspondiente entidad territorial los cónyuges o compañeros permanentes de los diputados y concejales, ni sus parientes en el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil". (Subrayado fuera de texto).

Conforme al mandato constitucional los concejales y sus parientes dentro del grado que señale la ley no podrán formar parte de las juntas directivas de las entidades descentralizadas del respectivo departamento, distrito o municipio.

Igualmente existe un mandato constitucional por el que no podrán ser designados funcionarios (esto es, mediante una relación legal o reglamentaria) de la correspondiente entidad territorial los cónyuges o compañeros permanentes de los diputados y concejales, ni sus parientes en el segundo grado de consanguinidad (como son padres, hijos, abuelos, nietos, hermanos), primero de afinidad (suegro, yernos y nueras) y único civil, independiente de si el concejal o diputado ejerce la función nominadora.

2.- Por otra parte, el artículo 49 de la Ley 617 del 6 de octubre de 2000¹, dispone:

"ARTICULO 49. PROHIBICIONES RELATIVAS A CÓNYUGES, COMPAÑEROS PERMANENTES Y PARIENTES DE LOS GOBERNADORES, DIPUTADOS, ALCALDES MUNICIPALES Y DISTRITALES; CONCEJALES MUNICIPALES Y DISTRITALES. (Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 1148 de 2007). 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). 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." (Subrayado fuera de texto).

De acuerdo con lo consagrado en el inciso 3 del 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, nietos, abuelos, tíos, sobrinos y primos), segundo de afinidad (nuero, yerna, suegros, cuñado), o primero civil no podrán ser contratistas del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas, ni directa, ni indirectamente.

No obstante, 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 (padres, hijos, abuelos, nietos y hermanos), primero de afinidad (suegros, yerno, nuera) o único civil.

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 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 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)

Es importante tener en cuenta la Sentencia C- 899 del 2 de diciembre 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, al respecto dispone:

"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 intervenientes 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." (Subrayado fuera de texto).

Cabe recordar que de acuerdo con lo establecido en los artículos 35 y siguientes del Código Civil, el parentesco que existe entre padres e hijos es en primer grado de consanguinidad.

Ahora bien, en cuanto a la contratación indirecta o por interpuesta persona, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo -Sección Quinta, Consejero Ponente: Darío Quiñones Pinilla en Radicación Número: [68001-23-15-000-2004-00002-02](#)(3875) de enero 19 de 2006, señaló:

"Ciertamente, esta Sala ha dicho que el contrato por interpuesta persona se configura mediante sociedades de personas de las que sea socio quien interviene en la negociación, de tal manera que la interpuesta persona es la propia sociedad². En otras palabras, la celebración de contratos bajo esta modalidad implica que quien aparece como contratista, aunque formalmente, aparentemente, figure como tal, en realidad, no es la persona que lo celebra y ejecuta.

Tal figura constituye un medio para obtener beneficios que de otra manera no podrían obtenerse o para eludir las inhabilidades o incompatibilidades en las que pueda estar incursa una persona determinada". (Subrayas fuera de texto).

Por lo tanto, en criterio de esta Dirección Jurídica el interesado deberá remitirse a lo determinado en los respectivos estatutos de la cooperativa en mención, a efectos de determinar si al padre del concejal electo le corresponde como asociado la celebración de contratos, toda vez que, el pariente en primer grado de consanguinidad de un concejal, no puede ser contratista del respectivo distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas, ni directa, ni indirectamente, esto es, si la figura planteada en su consulta constituye un medio para obtener beneficios que de otra manera no podrían obtenerse o para eludir las inhabilidades o incompatibilidades en las que pueda estar incursa una persona determinada.

En cualquier caso, el concejal como servidor público, deberá declararse impedido para conocer de un asunto cuando existe interés directo en determinada decisión porque le afecta de alguna manera, o a su cónyuge o compañero o compañera permanente, o a alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o primero civil, o a su socio o socios de derecho o de hecho; a efectos de no generar un hecho de conflicto de intereses que implique la incursión en una causal de perdida de investidura.

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,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó. D. castellanos

Revisó: Jose Fernando Ceballos Arroyave.

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PAGINA

1. 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.
2. Sentencias del 2 de noviembre de 2001, expediente 2697; y del 30 de noviembre de 2001, expediente 2736.

Fecha y hora de creación: 2026-01-30 00:21:35