Función Pública

Concepto 132021 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000132021

Fecha: 31/03/2023 12:40:58 p.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Alcalde. Inhabilidad para aspirar al cargo por ser pariente de contratista. RAD. 20239000164202 del 14 de marzo de 2023.

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual consulta si se encuentra inhabilitado para postularse al cargo de Alcalde, considerando que su hermana tiene un contrato de arrendamiento de un inmueble con la Registraduría Municipal de Pradera en el Departamento del Valle del Cauca, me permito manifestarle lo siguiente:

Con relación a las inhabilidades para ser elegido como alcalde, la Ley 136 de 1994, *"por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios",* indica:

"Artículo 95. Inhabilidades para ser alcalde. No podrá ser inscrito como candidato, ni elegido, ni designado alcalde municipal o distrital:

(…)

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.

(…)" (Subraya fuera de texto)

De acuerdo con el numeral 4° del citado artículo, no podrá ser inscrito como candidato, ni elegido alcalde municipal o distrital quien tenga vínculo de matrimonio o unión permanente o de parentesco en segundo grado de consanguinidad (como son los padres, hijos o hermanos), primero de afinidad o único civil con funcionarios que dentro de los 12 meses anteriores a la elección hayan ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo municipio o distrito.

Según el artículo 123 de la Carta, son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, en sentencia emitida el 26 de julio de 2018, dentro del expediente con Radicación número: 11001-03-25-000- 2014-01511-00(4912-14), respecto al término "funcionarios", ha señalado lo siguiente:

el Constituyente Primario utilizó de forma general el concepto de «servidor público» para comprender a todas las personas naturales que tienen

una relación laboral con el Estado, y trabajan a su servicio para efectos de asegurar el cumplimiento de sus fines constitucionales.

Así las cosas, para referirse a ellos en forma genérica la Carta también emplea la expresión

«funcionarios», tal como se evidencia en los artículos 118, 125, 135, 178, 179, 180, 189, 201, 208, 214, 235, 249, 253, 255, 256, 257, 260, 268, 277, 278, 279, 292, 300, 313, 315 y 354."

Ahora bien, pese a que la definición general de «servidor público» o «funcionario» parezca simple, se observa, que a partir de las diversas formas de vinculación o de relación laboral entre estos y la Administración Pública, se derivan diferentes categorías. Sobre el particular, la clasificación tradicionalmente acogida por la legislación, la jurisprudencia y la doctrina comprende dentro de este género: (i) los empleados públicos y (ii) los trabajadores oficiales.

(…)

El anterior recuento normativo muestra que las categorías de «empleado público» y «trabajador oficial» se encuentran definidas y diferenciadas de manera precisa y clara en nuestro ordenamiento jurídico. De tal manera que, empleados públicos son las personas naturales vinculadas a la administración pública en virtud de una relación legal y reglamentaria, es decir, a través de un acto administrativo de nombramiento, mientras que los trabajadores oficiales lo son a través de un contrato de trabajo. Estos últimos, por regla general, constituyen el personal que labora en las entidades descentralizadas y desconcentradas por servicios o por colaboración, tales como sociedades de economía mixta y empresas industriales y comerciales del Estado, como es el caso del FNA, que de acuerdo con la Ley 432 de 1998,25 es una empresa industrial y comercial del Estado de carácter financiero."

De acuerdo con el fallo, los servidores públicos, denominados también funcionarios públicos, son, (sin perjuicio de otros servidores señalados en la Ley), los miembros de corporaciones públicas, los empleados públicos y los trabajadores oficiales.

Con respecto a los contratistas, la Ley 80 de 1993, *"Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública",* dispone en el numeral tercero del artículo 32, lo siguiente:

"ARTICULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:

(…)

3o. Contrato de prestación de servicios

Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable."

Como puede observarse, la norma es clara al señalar que los contratistas de prestación de servicios deben cumplir funciones que no puedan realizarse con personal de planta, bien porque el personal es insuficiente o porque se trata de actividades transitorias, toda vez que no son servidores públicos sino particulares y, en tal virtud, no pueden ser considerados ni empleados públicos ni trabajadores oficiales y su relación está regulada por el contrato y por las disposiciones contenidas en la Ley 80 de 1993.

De igual forma, el Consejo de Estado mediante Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del 10 de mayo 10 de 2001, Rad. No. 1.344, C.P. Flavio Augusto Rodríguez Arce, refirió:

"La vinculación jurídica derivada del contrato de prestación de servicios es diferente de la que emana de la relación laboral de origen contractual con los trabajadores oficiales. En efecto, el de prestación se refiere a actividades relacionadas con la administración y funcionamiento de la entidad; el contratista es autónomo para ejecutar el contrato; no se causan prestaciones sociales y no responde disciplinariamente -Sentencia C-280/96-, mientras que el trabajador oficial, en su orden, labora en la construcción y sostenimiento de obras públicas o está vinculado a una empresa industrial o comercial del Estado; está, por esencia, subordinado a la administración; las prestaciones sociales le son consustanciales y

responde disciplinariamente.

De lo anteriormente expuesto, se concluye que particulares que colaboran con el Estado mediante un contrato de prestación de servicios o cualquier otro, tipificado en la ley 80 de 1993 o producto de la autonomía de la voluntad, no están subsumidos en el contexto de la función pública, ni son servidores públicos.

Con base en los argumentos expuestos, esta Dirección Jurídica considera que la inhabilidad prevista en el numeral 4° del artículo 95 de la Ley 136 de 1994, está referida a personas que tengan vínculo de matrimonio o unión permanente o de parentesco en segundo grado de consanguinidad (como son los padres, hijos o hermanos), primero de afinidad o único civil con funcionarios o servidores públicos y no a contratistas del sector público. Por lo tanto, no se encuentra inhabilitado para aspirar al cargo de Alcalde por haber suscrito su hermana un contrato con la Registraduría Municipal de Pradera en el municipio donde aspira a ser elegido.

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”:

https://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 CORTÉS
Director Jurídico

Elaboró: Claudia Inés Silva

Revisó: Maía Valeria Borja Guerrero

Aprobó Armando López Cortés

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2025-09-03 12:50:41