Departamento Administrativo de la Función Pública

Concepto 132441

Fecha: 31/03/2023

Bogotá D.C.

Referencia: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Parentesco. Radicado: 20239000132452 del 28 de febrero de 2023.

En atención a la comunicación de la referencia, solicita se emita un concepto en respuesta a la siguiente pregunta:

¿Se configura inhabilidad para quien aspira a postularse como candidato a alcalde si la compañera permanente tiene contrato por orden de prestación de servicios (OPS) con el mismo municipio?

FUNDAMENTOS DEL CONCEPTO

La Corte Constitucional en reiterados pronunciamientos, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, como las demás calidades, exigencias o requisitos que debe reunir quien aspire a ingresar o a permanecer al servicio del Estado, deben estar consagradas en forma expresa y clara en la Constitución y en Ley 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 (Subrayas y negrita de la sala).

Conforme lo anterior, las inhabilidades son restricciones fijadas por el constituyente o el legislador para limitar el derecho de acceso al ejercicio de cargos o funciones públicas, ello quiere decir, que tienen un carácter prohibitivo y, por consiguiente, estas son taxativas, es decir, están expresamente consagradas en la Constitución o en la Ley y su interpretación es restrictiva, razón por la cual no procede su aplicación analógica ni extensiva.

La Ley 617 de 2000, modificatoria de la Ley 136 de 1994, respecto de las inhabilidades para ser alcalde, establece:

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 puede ser inscrito como candidato, ni elegido, ni designado alcalde municipal quien tenga vínculos de parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad (padres, hijos, hermanos), con empleados que dentro de los 12 meses anteriores a la elección hayan ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo municipio. No obstante, la vinculación estatal mediante la celebración de un contrato estatal, no corresponde a una vinculación legal o reglamentaria como empleado

público, toda vez que hace alusión a una relación contractual de particulares con la Administración (Constitución Política, art. 123). En efecto, la Ley 80 de 1993, establece:

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.

Tal como lo regula la norma en mención, los contratos por orden de prestación de servicios celebrados con entidades públicas son una modalidad a través de la cual los particulares pueden desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Cabe aclarar que sólo pueden celebrarse con personas naturales cuando las actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados. En consecuencia, este tipo de vinculación es una forma, excepcional y temporal que busca satisfacer necesidades especiales de la Administración, sin que por este hecho se involucre el elemento de subordinación de tipo laboral, presente en el contrato de trabajo, o el reconocimiento y pago tanto de salarios como de prestaciones sociales.

Adicionalmente, es importante tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 49 de la Ley 617 de 2000 sobre las prohibiciones relativas a cónyuges, compañeros permanentes y parientes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales; concejales municipales y distritales, especialmente el 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* (Destacado nuestro).

En adición de lo anterior, la citada Ley 80 de 1993, expresa:

Artículo 8º.- De las Inhabilidades e Incompatibilidades para Contratar:

(…)

2o. Tampoco podrán participar en licitaciones o concursos ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva:

La expresión "Concurso" fue derogada por el art. 32 de la Ley 1150 de 2007.

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.

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.

Así, en caso de sobrevenir una inhabilidad o incompatibilidad en el contratista, éste debe ceder el contrato previa autorización escrita de la entidad contratante o, si ello no fuere posible, renunciar a su ejecución.

RESPUESTA A LA PREGUNTA OBJETO DE LA SOLICITUD DE CONCEPTO

Con fundamento en los criterios y disposiciones expuestos, como su compañera permanente es contratista del municipio puede continuar con sus aspiraciones electorales a la alcaldía, en tanto, la prohibición se circunscribe al familiar en calidad de empleado público, situación no aplicable al caso materia de consulta, en tanto su pariente no ostenta tal condición. No obstante, de ser elegido alcalde y, si su compañera permanente sigue siendo contratista en el lugar de la elección, le sobreviene una inhabilidad, y en tal caso debe realizar las gestiones pertinentes que deriven en la cesión o renuncia del contrato, en cumplimiento de las restricciones de ley arriba citadas.

NATURALEZA DEL CONCEPTO

Este concepto lo emitimos en los términos y con los alcances dados por el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo – Ley 1437 de 2011.

Para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web www.funcionpublica.gov.co/eva, en el botón web *Gestor Normativo* puede consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica.

Cordialmente,

ARMANDO LOPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Angélica Guzmán

Revisó: Maia Borja

Aprobó: Armando López Cortés

Este documento fue tomado directamente de la página oficial de la entidad que lo emitió.