

Medellín, 12 de junio del 2014

Señora
LEIDY KATERINE VASQUEZ MESA
Calle 47 A Nro. 86 B 24
Teléfono 412 35 63
Medellín

ASUNTO: Concepto jurídico – inhabilidad o incompatibilidad para celebrar contratos con el Estado.

Cordial saludo,

Dando respuesta a su consulta del 20 de mayo de 2014, sobre si existe alguna inhabilidad, incompatibilidad o prohibición legal para contratar con el Estado, teniendo en cuenta que es sobrina del señor ÁLVARO LEÓN MESA GALLEGO Concejal del Municipio de Yolombó Antioquia, me permito hacer en los siguientes términos:

Lo primero que se hace necesario aclarar es que las inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones se presentan es frente al territorio donde se ejerce la función pública por parte del servidor estatal que genera la inhabilidad, es decir, en su caso concreto se analizará la existencia de una posible inhabilidad o prohibición frente al Municipio donde su tío actúa como Concejal, ya que usted de manera genérica habla de inhabilidad para contratar con el “Estado”, a través de una Cooperativa y prestar sus servicios como enfermera Contratista en el Hospital San Rafael de Yolombó. Es importante precisar que es un concepto amplio y por tanto se debe delimitar al territorio concreto como quedó dicho.

1. CONSTITUCIONALIDAD

Las inhabilidades e incompatibilidades, profusamente abordadas por las Cortes y otros organismos en nuestro País, han sido definidas como "aquellas circunstancias creadas por la Constitución o la Ley que impiden o imposibilitan que una persona sea elegida o designada en un cargo público, y en ciertos casos, impiden o imposibilitan que una persona sea elegida o designada en un cargo

público, y en ciertos casos, impiden el ejercicio del empleo a quienes ya se encuentren vinculados al servicio, y tienen como objetivo primordial, lograr la moralización, idoneidad, probidad e imparcialidad de quienes van a ingresar o ya están desempeñando empleos públicos."

El régimen de inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones son justas limitaciones al derecho de participación política que entre otras normas prescriben el preámbulo, los artículos 1, 2, 3 y 40 de la Constitución; pues con ellas se busca preservar la imparcialidad, neutralidad, moralidad, transparencia y demás principios básicos de la administración pública, necesarios para una convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo e igualitario.

La Carta Política en diversos artículos a dejado claro que las inhabilidades e incompatibilidades de los servidores públicos solo pueden ser establecidas, además del constituyente, por el Legislador, y no solo por esta razón, sino además, porque se convierten en limitaciones al derecho fundamental de igualdad en la participación, control, y ejercicio del poder público (Art. 40 C.P.).

En todo caso, por constituirse en limitaciones a sendos derechos fundamentales, los requisitos negativos para ocupar y ejercer cargos, o cumplir coetáneamente más de un oficio, es decir: las inhabilidades e incompatibilidades predicables de empleados públicos, deben ser creadas de manera razonable, objetiva, necesaria y justificada, e igualmente deben ser interpretadas y aplicadas de manera restrictiva, estricta y favorable a los intereses del empleado.

Ahora, examinado el ordenamiento jurídico en lo que de manera específica atañe a las prohibiciones e inhabilidades de los Concejales, encontramos que las normas más cercanas se encuentran consagradas en los artículos 126 y 292 de la Constitución Política, que expresan lo siguiente:

“ART. 126.—Los servidores públicos no podrán nombrar como empleados a personas con las cuales tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil, o con quien estén ligados por matrimonio o unión permanente. Tampoco podrán designar a personas vinculadas por los mismos lazos con servidores públicos competentes para intervenir en su designación.

Se exceptúan de lo previsto en este artículo los nombramientos que se hagan en aplicación de las normas vigentes sobre ingreso o ascenso por méritos.

(...)

“ART. 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”.

2. JURISPRUDENCIA

Sentencia 903 de 2008¹

Las inhabilidades son aquellas circunstancias creadas por la Constitución o la ley que impiden o imposibilitan que una persona sea elegida, o designada para un cargo público (...) y tienen como objetivo primordial lograr la moralización, idoneidad, probidad, imparcialidad y eficacia de quienes van a ingresar o ya están desempeñando empleos públicos, en tanto que las incompatibilidades consisten en una prohibición dirigida al titular de una función pública a quien, por ese hecho, se le impide ocuparse de ciertas actividades o ejercer, simultáneamente, las competencias propias de la función que desempeña y las correspondientes a otros cargos o empleos, en guarda del interés superior que puede verse afectado por una indebida acumulación de funciones o por la confluencia de intereses poco conciliables y capaces, en todo caso, de afectar la imparcialidad y la independencia que deben guiar las actuaciones de quien ejerce la autoridad en nombre del Estado.

(...)

Por razón del interés general, la Constitución establece en forma expresa y excepcional causales de inhabilidad e incompatibilidad en relación con los servidores públicos, y específicamente respecto de algunos de ellos, como los miembros del Congreso de la República, el Presidente de la República, los diputados y los concejales.

¹ Corte Constitucional – Magistrado Ponente Dr. Jaime Araujo Rentería – Sentencia 903 2008.

Las causales constitucionales de inhabilidad e incompatibilidad tienen en unos casos carácter taxativo; en los demás casos pueden ser establecidas o ampliadas por el legislador, por disposición expresa del constituyente o en virtud de la cláusula general de regulación de la función pública. La potestad de configuración normativa, está sometida a dos tipos de límites: i) los derechos, principios y valores constitucionales, particularmente los derechos a la igualdad, el trabajo, el libre ejercicio de profesiones y oficios y el acceso al desempeño de funciones y cargos públicos, y ii) los principios de razonabilidad y de proporcionalidad, por tratarse de limitaciones a derechos fundamentales, principios que en esta materia tienen como referencia los principios de la función administrativa previstos en el Art. 209 superior, en particular la igualdad, la moralidad, la eficacia y la imparcialidad.

(...)

Las causales constitucionales de inhabilidad e incompatibilidad tienen en unos casos carácter taxativo; en los demás casos pueden ser establecidas o ampliadas por el legislador, por disposición expresa del constituyente o en virtud de la cláusula general de regulación de la función pública. La potestad de configuración normativa, está sometida a dos tipos de límites: i) los derechos, principios y valores constitucionales, particularmente los derechos a la igualdad, el trabajo, el libre ejercicio de profesiones y oficios y el acceso al desempeño de funciones y cargos públicos, y ii) los principios de razonabilidad y de proporcionalidad, por tratarse de limitaciones a derechos fundamentales, principios que en esta materia tienen como referencia los principios de la función administrativa previstos en el Art. 209 superior, en particular la igualdad, la moralidad, la eficacia y la imparcialidad.

3. NORMAS LEGALES.

Ahora, examinado el ordenamiento jurídico en lo que de manera específica atañe a las prohibiciones e inhabilidades de los Concejales, encontramos que las normas más cercanas se encuentran consagradas en los artículos 126 y 292 de la Constitución Política, que establecen sendas inhabilidades o prohibiciones para el nombramiento de los parientes de servidores públicos la primera de ellas y de familiares de Concejales la segunda.

Este último artículo Constitucional fue reproducido y ampliado por el artículo 49 de la ley 617 de 2000, que a su vez fue modificado por la ley 821 de 2003, y posteriormente viene la Ley 1148 del 2007 modificando directamente en el artículo 49 > <Apartes subrayados **CONDICIONALMENTE** exequibles> El artículo 49 de la Ley 617 de 2000 quedará así:

“ART. 49. *Prohibiciones relativas a cónyuges, compañeros permanentes y parientes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales; concejales municipales y distritales. 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.*

*<Aparte tachado INEXEQUIBLE, Inciso **CONDICIONALMENTE** exequible> 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.*

Los cónyuges o compañeros permanentes de los gobernadores, diputados, alcaldes 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 1o. *Se exceptúan de lo previsto en este artículo los nombramientos que se hagan en aplicación de las normas vigentes sobre carrera administrativa.*

PARÁGRAFO 2o. *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.

PARAGRAFO 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 ó único civil. (Subrayado y negrilla nuestro).

4. ANÁLISIS.

Conforme a la normatividad anteriormente citada, los parientes de un Concejal hasta el cuarto grado de consanguinidad, 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, primero de afinidad o único civil.

5. CONCLUSIONES

Conforme a lo expuesto se concluye lo siguiente:

- a) En cuanto a la prohibición o la inhabilidad de los parientes de los Concejales para ser directa o indirectamente contratistas del respectivo Municipio o de sus entidades descentralizadas o para ser vinculados por contratos de prestación de servicios, se aplican los grados de parentesco a tener en cuenta serán los previstos en el parágrafo tercero del artículo 1° de la Ley 1148 de 2007, esto es, en cuanto a las prohibiciones relativas a los cónyuges, compañeros permanentes y parientes 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.

- b) En este orden de ideas, en criterio de esta agencia del Ministerio Público se considera que no existe prohibición para que la sobrina de un Concejal, que está en tercer grado de consanguinidad respecto a este; de un Municipio de sexta categoría, como es el que ostenta el Municipio de Yolombò, sea vinculada mediante contrato de prestación de servicios al Hospital San Rafael de dicha localidad.

El presente concepto no es vinculante, y por tanto, no debe constituirse en criterio de interpretación o motivación para el destinatario del mismo, ni compromete la responsabilidad de la Personería de Medellín.

Atentamente,

MARTHA LIGIA MEJIA JARAMILLO

Personera Encargada de Medellín.

Proyectó: BESIERRA

Revisó: JFGOMEZ

Aprobó: MLMJ