



Función Pública

Concepto 63021 de 2019 Departamento Administrativo de la Función Pública

20196000063021

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20196000063021

Fecha: 01-03-2019 02:58 pm

Bogotá D.C.

Referencia. INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Inhabilidad para contratar al primo de un directivo de un ente universitario autónomo. Radicado: 20199000018982 del 21 de enero de 2019

En atención al oficio de la referencia, relacionado con la inhabilidad que pudiera existir en caso de contratar por prestación de servicios al primo de un directivo de un ente universitario autónomo, me permito informarle lo siguiente:

Con el fin de dar respuesta a la consulta, se hace necesario analizar los siguientes aspectos:

1. Inhabilidades para contratar.

Con relación a las inhabilidades para contratar, la Ley 80 de 1993, «Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública», establece:

«ARTÍCULO 8°. 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.

(...)» (Subrayado fuera de texto)

La Corte Constitucional declaró exequible el literal b) del ordinal 2 de la Ley 80 de 1993, mediante Sentencia C-429 de 4 de septiembre de 1997, magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero, teniendo en cuenta los siguientes argumentos:

«Ahora bien, de acuerdo con el artículo 11 de la Ley 80 de 1993, la facultad de decidir la adjudicación de un contrato con el Estado corresponde al jefe o representante legal de la entidad contratante. Por consiguiente, la inhabilidad objeto de examen es adecuada si realmente se dirige a los familiares de aquellas personas que gozan del poder de decisión de adjudicar contratos, o pueden tener influencias que razonablemente puedan determinar la decisión, pues en tales casos esos vínculos colocan en peligro la transparencia y seriedad del proceso de contratación administrativa. Así las cosas, para la Corte es claro que el personal que desempeña cargos de nivel directivo goza de aptitud para orientar las directrices de la entidad contratante, por lo cual la parcialidad en sus decisiones puede afectar la transparencia del proceso de contratación administrativa. La inhabilidad en relación con sus familiares aparece razonable. Por su parte, los servidores públicos del nivel asesor, si bien no definen directamente las políticas centrales de la entidad, ostentan un grado de confianza suficiente para influenciar la decisión, por lo que la inhabilidad también constituye un medio adecuado y proporcionado para proteger el interés público implícito en la contratación administrativa. Así mismo, la Corte considera que se justifica constitucionalmente la prohibición acusada en relación con los miembros de la junta o consejo directivo de la entidad contratante pues, de acuerdo con el artículo 25 del Decreto 1050 de 1968, "la dirección de los establecimientos públicos y de las empresas industriales y comerciales del Estado estará a cargo de una junta o consejo directivo, que siempre presidirá un ministro o jefe del departamento administrativo o su delegado, y de un gerente, director o presidente, que será su representante legal." Igualmente, los servidores públicos en estudio son directivos en las empresas sociales del Estado y de las sociedades de economía mixta con acción estatal mayoritaria.

Por tales razones, frente a los familiares de los anteriores funcionarios, la Corte encuentra claramente justificada la inhabilidad impugnada.»

“La Corte considera que la norma acusada no restringe tampoco en estos dos casos el núcleo esencial del derecho de la personalidad jurídica y la limitación que establece encuentra fundamento en la Carta, pues busca salvaguardar otros bienes constitucionalmente protegidos, tales como el interés general, la moralidad, la eficacia y la imparcialidad de la función administrativa. Los anteriores argumentos son también suficientes para desestimar el cargo de la demanda, según el cual la norma acusada desconoce la igualdad, en la medida en que, según su criterio, discrimina a un grupo de personas al impedirles, de manera mecánica, trabar relaciones contractuales con el Estado.

“En efecto, esa diferencia de trato tiene un fundamento objetivo y razonable, pues los familiares de estos servidores se encuentran en situación de afectar la imparcialidad de los procesos de contratación administrativa. Por lo tanto, la potencialidad de parcialidad en la contratación pública que deriva de los nexos familiares autoriza un trato diferente, que es adecuado y razonable pues, tal y como se expuso, la defensa de los intereses generales, de los principios de la función pública y la obligación de propiciar la igualdad de oportunidades entre los particulares, justifican la diferencia. En ese orden de ideas, la Corte recuerda que la consagración constitucional del valor de la igualdad (en el Preámbulo) y del principio de la igualdad (art. 13) orientan y conducen el proceso de aplicación y creación de todo el derecho, el cual se materializa en el proceso de contratación pública en la obligación administrativa de garantizar la adjudicación imparcial de la mejor oferta, lo que ya implica una diferencia. En consecuencia, la determinación de circunstancias objetivas que razonablemente justifican la diferencia de tratamiento legal es una forma de realizar la igualdad sustancial. La diferencia de trato establecida por la norma acusada, lejos de ser discriminatoria, constituye entonces un instrumento apto para la efectividad del derecho a la igualdad, al excluir influencias familiares que, en los procesos de contratación administrativa, podrían perturbar la selección objetiva de las mejores propuestas».

Teniendo en cuenta lo anterior, se concluye que existe inhabilidad para que una entidad celebre un contrato de prestación de servicios con una persona que tenga 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 de la entidad contratante.

1. Grado de parentesco entre primos

Con el fin de determinar el grado de parentesco entre dos hermanos, el Código Civil colombiano, señala:

«ARTÍCULO 35. <PARENTESCO DE CONSANGUINIDAD>. Parentesco de consanguinidad es la relación o conexión que existe entre las personas que descienden de un mismo tronco o raíz, o que están unidas por los vínculos de la sangre».

(...)

«ARTÍCULO 37. <GRADOS DE CONSANGUINIDAD>. Los grados de consanguinidad entre dos personas se cuentan por el número de generaciones. Así, el nieto está en segundo grado de consanguinidad con el abuelo, y dos primos hermanos en cuarto grado de consanguinidad entre sí».

(...)

«ARTÍCULO 43. <LINEAS RECTAS DESCENDENTES Y ASCENDENTES>. Cuando en la línea recta se cuenta bajando del tronco a los otros miembros, se llama descendiente, por ejemplo: padre, hijo, nieto, biznieto, tataranieto, etc.; y cuando se cuenta subiendo de uno de los miembros al tronco, se llama ascendiente, por ejemplo: hijo, padre, abuelo, bisabuelo, tatarabuelo, etc.» (Subraya fuera del texto)

De acuerdo con lo establecido en los artículos 35 y siguientes del Código Civil, el parentesco que existe entre primos es el de cuarto grado de consanguinidad.

1. Interpretación de las inhabilidades e incompatibilidades.

Es preciso indicar que de conformidad con lo expuesto por la Corte Constitucional en reiterados pronunciamientos¹, 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.

Por su parte, la Sala Plena del Consejo de Estado² en sentencia dictada el 8 de febrero 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». (Las negrillas y subrayas son 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 la aplicación analógica ni extensiva de las mismas.

Con fundamento en lo expuesto, en criterio de esta Dirección Jurídica se considera que no hay inhabilidad para que la universidad contrate al primo del empleado del nivel directivo por cuanto, su pariente se encuentra en el cuarto grado de consanguinidad, situación que lo excluye de la inhabilidad prevista en el literal b) del numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993.

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 link «Gestor Normativo» donde podrá consultar entre otros temas, los conceptos 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

Asesor con funciones de la Dirección Jurídica

Angélica Guzmán Cañón/JFCA/GCJ

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. Corte Constitucional en Sentencia No. C-546 de 1993, Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz
2. Sentencia proferida dentro del Expediente N°.11001-03-15-000-2010-00990-00(PI) Demandante: Cesar Julio Gordillo Núñez.

Fecha y hora de creación: 2024-09-30 13:58:02