



Función Pública

Concepto 427851 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública

20206000427851

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20206000427851

Fecha: 28/08/2020 05:33:28 p.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Contratista. Parentesco. Inhabilidad sobreviniente para un contratista cuyo pariente es nombrado jefe de control interno disciplinario en la respectiva entidad. RAD.: 20209000342952 del 29 de julio de 2020.

En atención a la comunicación de la referencia, en la cual consulta si existe inhabilidad, incompatibilidad o conflicto de interés si se nombra como jefe de la oficina de control interno disciplinario al pariente de un contratista que presta servicios como asesor externo en la misma entidad, me permito dar respuesta en los siguientes términos:

Respecto de las inhabilidades para para contratar, la Ley 80 de 1993 dispone lo siguiente:

“ARTÍCULO 8. DE LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES PARA CONTRATAR.

(...)

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

(...)

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...” (Destacado nuestra)

Frente al particular, la Corte Constitucional, mediante Sentencia C- 429 de 1997, Expediente D-1594, Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero, señaló:

"3- La norma consagra entonces una inhabilidad para contratar pues, contrariamente a lo sostenido por el actor, esta figura no se aplica únicamente al acceso a cargos públicos sino que también se predica de la posibilidad o no de contratar con entidades estatales. En efecto, esta Corte ya había señalado que en este campo se entiende por inhabilidad "una limitación de la capacidad para contratar con las entidades estatales que de modo general se reconoce a las personas naturales y jurídicas"⁶⁰. En ese orden de ideas, y conforme a la jurisprudencia de esta Corporación,⁶¹ estas inhabilidades constituyen una restricción a la personalidad jurídica en el ámbito contractual, pues debido a tales disposiciones, personas consideradas legalmente capaces, no pueden contratar con el Estado. Por ende la Corte debe analizar si en el caso concreto estas limitaciones tienen fundamento constitucional, para lo cual se debe ponderar el conflicto entre el interés general que rige la función pública (CP arts 1º y 209) y el derecho a la personalidad jurídica (CP art. 14).

(...)

6- La finalidad que se propone el Legislador es clara pues la norma pretende asegurar la imparcialidad, eficacia, eficiencia, moralidad y transparencia de la contratación administrativa, para lo cual inhabilita a los familiares de determinados servidores públicos que, conforme al criterio del Legislador, pueden incidir en la contratación. Este propósito armoniza con los valores, principios y derechos constitucionales, toda vez que se procura la salvaguarda del interés general que rige la contratación pública⁶². En efecto, si el contrato es una de las formas jurídicas de la función administrativa, la cual se exterioriza a través de etapas anteriores y posteriores a la celebración del contrato, todo el proceso debe configurarse conforme a los principios rectores de la función administrativa consagrados en el artículo 209 superior, según los cuales el poder de ejecución debe seleccionar la oferta más ventajosa para el Estado, tanto cuantitativa como cualitativamente. En este orden de ideas, la necesidad de rodear de condiciones de transparencia e imparcialidad a la función administrativa juega un papel determinante como factor de legitimidad en el proceso de contratación, pues tiene una doble función: una negativa, ya que señala las condiciones mínimas para el acceso a la contratación, constituyéndose en un límite a la actividad administrativa y particular. Y, tiene una función positiva, en la medida en que el interés general se convierte en una condición inexcusable que dirige la acción estatal.

El criterio clasificatorio por nexos familiares y el principio de buena fe.

7- Para lograr esa transparencia la norma acusada excluye a los familiares de determinados servidores de la posibilidad de contratar con la entidad de la cual forma parte el funcionario. La Corte encuentra que este criterio es adecuado, pues entre los miembros de un mismo grupo familiar existen nexos de lealtad y simpatía, que podrían parcializar el proceso de selección, el cual dejaría entonces de ser objetivo. En efecto, es perfectamente humano intentar auxiliar a un familiar, pero estos favorecimientos en la esfera pública contradicen la imparcialidad y eficiencia de la administración estatal, la cual se encuentra al servicio del interés general. Por ello el favoritismo familiar o nepotismo ha sido uno de los vicios políticos y administrativos que más se ha querido corregir en las democracias modernas. No es pues extraño que esa lucha contra esas indebidas influencias familiares haya recibido consagración expresa en el constitucionalismo colombiano, como lo muestra el artículo 126 de la Carta, que prohíbe expresamente a los servidores públicos nombrar como empleados a sus familiares. Por consiguiente, es razonable que la ley pretenda evitar la influencia de esos sentimientos familiares en el desarrollo de la contratación estatal pues, como lo expuso la sentencia C-415 de 1994, de esa manera se busca rodear de condiciones de transparencia, imparcialidad y seriedad a todo el proceso de contratación, el cual no sólo se reduce a la decisión definitiva sino al trámite anterior que conlleva a la determinación de contratar con un particular."

Conforme con lo señalado por la Corte Constitucional en la sentencia transcrita, lo que se pretende evitar con esta prohibición legal contemplada en el literal (b) del numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, es el favorecimiento que se puede llegar a presentar entre los parientes de las personas del nivel directivo de una entidad o de quien ejerce el control interno de la misma, a través de la celebración de contratos que beneficien directamente a sus familiares, afectando gravemente principios administrativos como la transparencia, imparcialidad y eficiencia de la administración estatal.

Así las cosas, esta inhabilidad busca proteger el denominado favoritismo familiar o nepotismo, que se puede llegar a presentar en virtud del poder decisorio que se tiene como empleado del nivel directivo o como jefe de control interno en una entidad del Estado.

Por otra parte, respecto de las inhabilidades sobrevinientes, la Ley 80 de 1993, señala:

"ARTÍCULO 9. 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.

(...)"

En conclusión, al armonizar las normas y la jurisprudencia citada, se encuentran inhabilitados para suscribir contratos estatales con la respectiva entidad, quienes 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.

Ahora bien, para determinar el grado de parentesco entre las personas, es importante acudir a lo establecido en los artículos 35 y siguientes del Código Civil Colombiano. Para el caso concreto, es necesario aclarar que el parentesco por afinidad se encuentra definido en el artículo 47 de Código Civil Colombiano, así:

"Afinidad legítima es la que existe entre una persona que está o ha estado casada y los consanguíneos legítimos de su marido o mujer. La línea o grado de afinidad legítima de una persona con un consanguíneo de su marido o mujer, se califica por la línea o grado de consanguinidad legítima de dicho marido o mujer con el dicho consanguíneo. Así un varón está en primer grado de afinidad legítima, en la línea recta con los hijos habidos por su mujer en anterior matrimonio; y en segundo grado de afinidad legítima, en la línea transversal, con los hermanos legítimos de su mujer". (Subrayado nuestro)

De acuerdo con lo establecido en la norma transcrita, el parentesco por afinidad es el que existe entre una persona que está o ha estado casada y los consanguíneos legítimos de su marido o mujer.

En consecuencia, en el caso objeto de consulta, le corresponde al interesado verificar si el cargo de jefe de control interno disciplinario se encuentra clasificado dentro del nivel directivo, asesor o ejecutivo de la respectiva entidad, así como el grado de parentesco existente entre quien es nombrado y su pariente contratista, con el fin de determinar si se presenta inhabilidad sobreviniente que impida la ejecución del contrato estatal suscrito.

En tal virtud, de acuerdo con lo estipulado en el literal b) del numeral segundo del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 y en el artículo 9 ibídem; en caso que el pariente (cuñado) del contratista se vincule en la misma entidad como jefe de control interno disciplinario y este empleo haga parte del nivel directivo, asesor o ejecutivo, le sobreviene una inhabilidad al contratista, por lo que deberá ceder el contrato o en el evento que la entidad no lo permita, renunciar a la ejecución del mismo.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público y demás temas competencia de este Departamento Administrativo, me permito indicar que en el link <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo> podrá encontrar conceptos relacionados con el tema, que han sido 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

Proyectó: Melitza Donado.

Revisó: José Fernando Ceballos.

Aprobó: Armando López C.

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. Sentencia [C-489](#) de 1996. MP Antonio Barrera Carbonell.
2. Al respecto pueden consultarse las sentencias C-415 de 1996, [C-178](#) de 1996, [C-489](#) de 1996.
3. Ver sentencias C-265/94 y C-445/95.

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 13:57:58