



Función Pública

Concepto 083741 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000083741

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000083741

Fecha: 10/03/2021 02:52:46 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Parentesco. Radicado: 20219000069592 del 9 de febrero de 2021.

En atención a la comunicación de la referencia, solicita usted, en ejercicio del derecho de petición se le emita un concepto donde le sea resuelta la siguiente pregunta:

"Soy compañera permanente del director del Departamento TIC, puedo tener un contrato de prestación de servicios con una secretaria de la alcaldía o puedo incurrir en alguna inhabilidad". (copiado del original) (con modificaciones de forma)

I. FUNDAMENTOS DEL CONCEPTO

La respuesta a los interrogantes planteados tendrá en cuenta los siguientes referentes normativos, conceptuales y jurisprudenciales:

Inicialmente, 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. Es decir, son restricciones fijadas por 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, son taxativas; es decir, están expresamente consagradas en la Constitución o en la ley y su interpretación es restrictiva.

En este entendido, respecto de las inhabilidades para nombrar como empleados públicos a los cónyuges, compañeros permanentes o los parientes de los empleados públicos, la Constitución Política de Colombia de 1991, establece:

ARTÍCULO 126.- Modificado por el art. 2, Acto Legislativo 02 de 2015. El nuevo texto es el siguiente: Los servidores públicos no podrán en ejercicio de sus funciones, nombrar, postular, ni contratar con 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 nombrar ni postular como servidores públicos, ni celebrar contratos estatales, con quienes hubieren intervenido en su postulación o designación, ni con personas que tengan con estas los mismos vínculos señalados en el inciso anterior.

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.

De conformidad con la norma constitucional citada, la prohibición de nombrar se dirige al empleado que ejerza la función nominadora. Es decir, no puede nombrar en la entidad que dirige, a personas con las cuales tenga relación de parentesco en los grados señalados en la citada norma constitucional. Tampoco podrá nombrar a personas vinculadas por los mismos lazos con el servidor público competente para intervenir en la vinculación del nominador. Esta prohibición tiene como única excepción los nombramientos que se hagan en la aplicación a las normas vigentes sobre ingreso o ascenso por concurso.

De otra parte, respecto a la inhabilidad para celebrar contrato de prestación de servicios con la alcaldía por parte del sobrino de un secretario de despacho, la Ley 80 de 1993, respecto de las inhabilidades para contratar, 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:

(...)

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. Literal declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia 429 de 1997.

c. El cónyuge compañero o compañera permanente del servidor público en los niveles directivo, asesor, ejecutivo, o de un miembro de la junta o consejo directivo, o de quien ejerza funciones de control interno o de control fiscal. El texto subrayado fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-029 de 2009, en el entendido de que, en igualdad de condiciones, ellas comprenden también a los integrantes de las parejas de un mismo sexo.

Conforme lo anterior, se encuentran inhabilitados para celebrar contratos estatales con la entidad respectiva el cónyuge compañero o compañera permanente y los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo grado de afinidad o primero civil de los empleados públicos del nivel directivo o de quien ejerza el control interno en la entidad contratante.

Sobre el particular, la Corte Constitucional, mediante Sentencia C- 429 de 1997, Expediente D-1594, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero, afirma:

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"². En ese orden de ideas, y conforme a la jurisprudencia de esta Corporación³, 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 pública⁴. 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.

8. En ese orden de ideas, al tomar en consideración la influencia de ese factor familiar, la ley no está violando el principio de la buena fe, que debe regir las relaciones entre el Estado y los particulares (CP art. 83) sino que, con base en la experiencia social cotidiana, y en perfecta armonía con las propias disposiciones constitucionales (CP art. 126), está reconociendo la manera como las relaciones familiares pueden afectar la imparcialidad de la acción administrativa y de la función pública. Por ello la Corte no considera de recibo el argumento del actor según el cual la norma impugnada viola el principio de buena fe, punto que ya había sido claramente dilucidado por esta Corporación en la sentencia C-415 de 1994. Dijo entonces la Corte:

"Según el actor, la ley estructuró las inhabilidades, presumiendo que los miembros de una misma familia, pudieran incurrir en "maniobras dolosas", con el objeto de vencer en la respectiva licitación o concurso. Esta tesis plantea que el legislador viola el postulado de la buena fe (CP art. 83), si instituye una restricción a la acción de los particulares motivada por el temor de que incurran en prácticas dolosas.

No comparte la Corte la apreciación del demandante. La función legislativa no tiene el carácter de gestión pública ni ante ella se adelantan trámites por parte de los particulares. La interpretación que prohija la demanda, excede el alcance del Artículo 83 de la CP.

Las leyes que dicta el Congreso, obedecen al estudio y análisis que ése órgano hace de la realidad en cada momento que para el efecto habrá de apelar a las más variadas fuentes de conocimiento. Lo que la Corte controla no puede ser otra cosa que el producto final que se vierte en las leyes que sanciona y promulga el Presidente; no la ideas o prejuicios que pudieron estar o estuvieron en la mente de sus miembros. Es posible que el Legislador haya querido proscribir o prevenir determinadas prácticas que juzgó o imaginó censurables o reprobables, y esta presuposición en nada afectará la constitucionalidad de la ley que bajo esa convicción expida. Se admite sin dificultad que ciertos estatutos, entre ellos el Código Penal y los regímenes de incompatibilidades e inhabilidades, deben contar lamentablemente con una adecuada dosis de escepticismo en la condición humana. El legislador que no cavile sobre las posibles formas a través de las cuales se pueda hacer daño a los demás y al Estado, o sea incapaz de anticipar las vías a las que a menudo se acude para evadir sus preceptos, temerariamente corre el riesgo de crear una obra precaria o inútil que no defiende a la sociedad y sí desprestigia al derecho.

Conforme a lo señalado por la Corte Constitucional, lo que se pretende evitar con esta prohibición legal contemplada en el literal c) 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 que ejercen el control interno de una entidad estatal, 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 protege a las entidades estatales del favoritismo familiar o nepotismo derivado del poder decisorio que tienen los empleados del nivel directivo.

II. RESPUESTA A LAS PREGUNTAS OBJETO DE LA SOLICITUD DE CONCEPTO

Con fundamento en los criterios y disposiciones expuestos, respecto a la suscripción del contrato con una de las secretarías de la misma administración municipal donde labora su compañero permanente. Como la prohibición prevista en la Ley 80 de 1993 es extensiva a los cónyuges en la misma entidad, en criterio de esta Dirección Jurídica se encuentra inhabilitada para suscribir contrato por orden de prestación de servicios con la alcaldía dado el nivel directivo de su esposo.

III. 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 link «Gestor Normativo» donde podrá consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica.

Adicionalmente, en el link <https://coronaviruscolombia.gov.co/Covid19/index.html> encuentra la normativa que ha emitido el Gobierno Nacional con relación a la emergencia sanitaria causada por el covid-19.

Cordialmente,

ARMANDO LOPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Angélica Guzmán Cañón

Revisó: José Fernando Ceballos Arroyave

Aprobó: Armando López Cortés

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 C-489 de 1996. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell.
3. Al respecto pueden consultarse las sentencias C-415 de 1996, C-178 de 1996, C-489 de 1996.
4. Ver sentencias C-265/94 y C-445/95.

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 08:24:10