



Función Pública

Concepto 461861 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000461861

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000461861

Fecha: 22/12/2021 08:30:10 p.m.

Bogotá D.C.

REF: CONFLICTO DE INTERÉS. Elementos y Características. INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Empleado Público. Jefe de Control Interno. Para ser jefe de control interno. INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Contratista. Parentesco. Ex compañero permanente de jefe de control interno para ser contratista en la respectiva entidad pública. RADS.: 20219000710632 y 20219000710642 del 21 de noviembre de 2021.

En atención a su comunicación de la referencia, en la cual formula varias inquietudes en relación con las inhabilidades aplicables para ser jefe de control interno de una entidad, así como las prohibiciones aplicables al compañero (a) permanente del mencionado servidor, me permito dar respuesta en los siguientes términos:

1. En lo que respecta a las preguntas formuladas en los numerales 1 y 2 de su escrito, es preciso indicar que de conformidad con lo expuesto por 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.

Conforme con lo anterior, las inhabilidades 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, sin que puedan buscarse analogías o aducirse razones para hacerlas extensivas a casos no comprendidos por el legislador, pues la voluntad de éste no puede ser suplantada, en detrimento de derechos de terceros o de intereses sociales que exigen la sujeción estricta al texto de la ley prohibitiva.

Para el caso que nos ocupa, revisadas las disposiciones sobre inhabilidades e incompatibilidades comunes a todos los servidores públicos principalmente las contenidas en los artículos [126](#), [127](#), [128](#) y [129](#) de la Constitución Política; así como los contenidos en la Ley [734](#) de 2002 y lo señalado en el artículo [2.2.5.1.10](#) del Decreto [1083](#) de 2015, no se evidencia inhabilidad alguna para que una persona se vincule como jefe de control interno de una entidad pública, cuando su compañero(a) permanente ha sido previamente contratista de la misma entidad, siempre que cumpla con los requisitos para el ejercicio del empleo, señalados en el artículo [8](#) de la Ley [1474](#) de 2011.

Al margen de lo anterior, en caso de presentarse un conflicto de interés por la situación planteada en su consulta, deberá acudirse a lo dispuesto en el artículo [40](#) de la Ley [734](#) de 2002, que dispone lo siguiente:

“ARTÍCULO 40. Conflicto de intereses. Todo servidor público deberá declararse impedido para actuar en un asunto cuando tenga interés particular y directo en su regulación, gestión, control o decisión, o lo tuviere su cónyuge, compañero o compañera permanente, o algunos de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, o su socio o socios de hecho o de derecho. 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.”

“Cuando el interés general, propio de la función pública, entre en conflicto con un interés particular y directo del servidor público deberá declararse impedido”

Por consiguiente, en respuesta a su interrogante, se observa que en caso de considerarlo procedente, el servidor público relacionado en su comunicación deberá declararse impedido para actuar en un asunto cuando tengan interés particular y directo en su regulación, gestión, control o decisión, específicamente, en lo relacionado con el pleito pendiente entre su compañero(a) permanente y la respectiva entidad.

2. Respecto de su tercer interrogante, se observa que sobre 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:

(...)

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. (...)” (Destacado nuestro)

Frente al particular, la Corte Constitucional mediante Sentencia C- 429 de 1997, 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”. En ese orden de ideas, y conforme a la jurisprudencia de esta Corporación, 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 pública. 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 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 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.

En consecuencia, en el caso objeto de consulta, se precisa que el cónyuge o compañero(a) permanente de la persona que ejerza el control interno en una entidad, no podrán suscribir contratos de prestación de servicios con la misma entidad en donde ésta presta sus servicios, en virtud de lo estipulado en el literal c) del numeral segundo del artículo 8 de la Ley 80 de 1993.

Ahora bien, en caso de que hayan cesado las condiciones previstas en la Ley 54 de 1990 para que se constituya la unión marital de hecho, tal como lo manifiesta en su escrito de consulta, la entidad contratante deberá analizar la situación particular dentro del proceso respectivo a efectos de verificar si se configura o no la prohibición legal referida en precedencia.

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: Harold Herreño.

Aprobó: Armando López C.

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. Por la cual se expide el Código Disciplinario Único.
3. Sentencia C-489 de 1996. MP Antonio Barrera Carbonell.
4. Al respecto pueden consultarse las sentencias C-415 de 1996, [C-178](#) de 1996, [C-489](#) de 1996.
5. Ver sentencias C-265/94 y C-445/95.

Fecha y hora de creación: 2024-12-11 18:42:45