



Función Pública

Concepto 094571 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000094571

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000094571

Fecha: 01/03/2022 11:46:01 a.m.

Bogotá D.C.

REF.: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. ¿Si una persona es nombrada como Jefe de Control Interno por periodo fijo de 4 años en una alcaldía y su hermano es el representante legal de una asociación sin ánimo de lucro, ésta asociación podría contratar, o presentarse en una licitación, selección abreviada, mínima, etc, en esa misma alcaldía o se presenta inhabilidad? RAD.: 20229000085122 del 15 de febrero de 2022.

En atención a su oficio de la referencia, en el cual consulta si una persona es nombrada como Jefe de Control Interno por periodo fijo de 4 años en una alcaldía y su hermano es el representante legal de una asociación sin ánimo de lucro, ésta asociación podría contratar, o presentarse en una licitación, selección abreviada, mínima, etc, en esa misma alcaldía o se presenta inhabilidad, me permito dar respuesta en los siguientes términos:

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, 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 neग्रillas y subrayas son de la Sala).

Conforme con 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.

Ahora bien, respecto de las inhabilidades para contratar, tenemos que la Ley 80 de 1993³, establece lo siguiente:

“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. (Negrilla y subrayado por fuera del texto original).

Así las cosas, 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.

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"⁴. En ese orden de ideas, y conforme a la jurisprudencia de esta Corporación,⁵ 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 pública⁶. 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 prohíja 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." (Negrilla y subrayado por fuera del texto original).

Conforme a lo señalado por la Corte Constitucional en la sentencia anteriormente 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 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 busca proteger el denominado favoritismo familiar o nepotismo, que se puede llegar a presentar en virtud del poder decisorio que se tiene como jefe de control interno en una entidad del Estado.

De acuerdo con lo anterior, para determinar si existe inhabilidad para suscribir contratos estatales con las entidades del municipio se deberá revisar el grado de parentesco existente; para lo cual es importante acudir a lo establecido en los artículos 35 y siguientes del Código Civil Colombiano, que determina lo siguiente:

"ARTICULO 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."

"(...)"

"ARTICULO 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."

"(...)"

"ARTICULO 41. <LINEAS Y GRADOS DEL PARENTESCO>. En el parentesco de consanguinidad hay líneas y grados. Por línea se entiende la serie y orden de las personas que descienden de una raíz o tronco común."

"(...)"

"ARTICULO 44. <LINEA COLATERAL>. La línea colateral, transversal u oblicua, es la que forman las personas que aunque no procedan las unas de las otras, si descienden de un tronco común, por ejemplo: hermano y hermana, hijos del mismo padre y madre; sobrino y tío que proceden del mismo tronco, el abuelo."

"(...)"

"ARTICULO 46. <LINEA TRANSVERSAL>. En la línea transversal se cuentan los grados por el número de generaciones desde el uno de los parientes hasta la raíz común, y desde éste hasta el otro pariente. Así, dos hermanos están en segundo grado; el tío y el sobrino en tercero, etc."

De acuerdo con lo establecido en los artículos 35 y siguientes del Código Civil, el 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, mientras que los grados

de consanguinidad entre dos personas se cuentan por el número de generaciones.

De lo anterior se infiere que los hermanos se encuentran en segundo grado de consanguinidad.

En este orden de ideas y respondiendo puntualmente su interrogante, teniendo en cuenta las inhabilidades para contratar establecidas en el literal b) del numeral 2° del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, esta Dirección Jurídica considera que el hermano del jefe de control interno de la alcaldía municipal, como representante legal de una asociación sin ánimo de lucro, se encuentra inhabilitado para suscribir contratos estatales con la respectiva entidad por expresa disposición legal.

Por último, me permito indicarle que, 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 imparte en los términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Maia Borja/HHS

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.
3. "Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública".
4. Sentencia C-489 de 1996. MP Antonio Barrera Carbonell.
5. Al respecto pueden consultarse las sentencias C-415 de 1996, C-178 de 1996, C-489 de 1996.
6. Ver sentencias C-265/94 y C-445/95.

Fecha y hora de creación: 2025-03-03 01:42:10