



Concepto 132821 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000132821

Fecha: 31/03/2023 04:48:25 p.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Contratista. Empleado Público. Pariente de miembro de la junta de una Corporación Autónoma Regional para contratar con esa entidad. RAD.: 20239000136512 del 2 de marzo de 2023.

En atención a su comunicación de la referencia, mediante la cual consulta si existe inhabilidad para suscribir un contrato como revisor fiscal de una Corporación Autónoma Regional de quien es pariente en segundo grado de afinidad de un empleado del nivel directivo de la entidad, me permito dar respuesta en los siguientes términos:

Al respecto, el artículo 126 de la Constitución Política de Colombia, modificado por el art. 2, Acto Legislativo 02 de 2015, establece frente a una de las prohibiciones de los servidores públicos, lo siguiente:

"ARTICULO 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 en cargos de carrera".

De conformidad con la norma constitucional citada se deduce que la prohibición para el funcionario que ejerza la función nominadora, consiste en que no puede nombrar, postular, ni contratar con personas con las cuales tenga parentesco en los grados señalados en la citada norma constitucional, es decir hasta el cuarto grado de consanguinidad, -padres, hijos, nietos, abuelos, hermanos, tíos, primos y sobrinos-; segundo de afinidad -suegros, nueras, yernos y cuñados, o primero civil - hijos adoptivos y padres adoptantes; o relaciones de matrimonio o unión permanente.

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.

En ese sentido, esta Dirección Jurídica ha sido consistente al manifestar que como quiera que la prohibición se encamina a restringir que quien

tenga la función nominadora en una entidad, nombre a su cónyuge o compañero permanente o a sus parientes en los grados indicados en la disposición constitucional citada, se colige que en caso que el pariente no tenga la función nominadora dentro de la entidad, no existe inhabilidad alguna para que se vincule como empleado o contratista en una misma entidad pública.

Por otra parte, en lo que se refiere a la celebración de un contrato de prestación de servicios, la Ley 80 de 1993, por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, dispone:

“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.” (Subrayado nuestro)

De acuerdo con la Ley 80 de 1993, no podrán celebrar contratos estatales con la respectiva entidad, los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil 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.

Sobre el tema, la Corte Constitucional en Sentencia C- 429 de 1997, preceptuó lo siguiente:

“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.” (Subrayado nuestro).

Conforme con lo señalado, los empleados de nivel directivo tienen la posibilidad de orientar las directrices de la entidad contratante, en ese sentido, la parcialidad en las decisiones puede afectar la transparencia de un proceso contractual.

Ahora bien, para efectos de establecer si se configura la causal de inhabilidad referida, debe analizarse el grado de parentesco que existe entre quien sería contratado por la Corporación autónoma regional y el empleado del nivel directivo referido en su consulta. Sobre el particular, el Código Civil dispone:

“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.”

“ARTÍCULO 47. AFINIDAD LEGÍTIMA. 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”.

Por consiguiente, es procedente concluir que el pariente de un empleado del nivel directivo de una corporación autónoma regional, estará inhabilitado para suscribir un contrato de prestación de servicios con esa entidad siempre que esté dentro de los grados previstos para tal efecto, en los términos del literal b, numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993.

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 <https://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: Maia Borja G.

Aprobó: Armando López C.

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 14:21:25