



Función Pública

Concepto 308131 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000308131

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000308131

Fecha: 20/08/2021 03:21:54 p.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Servidor público. Prohibición de contratar a parientes de directivos. Aclaración de concepto 20206000605841. RAD. 20219000535852 del 22 de julio de 2021.

En la comunicación de la referencia, manifiesta que en el concepto emitido por este Departamento, con No.: 20206000605841 del 23 de diciembre de 2020, se concluye que no existe ninguna inhabilidad e incompatibilidad para que dos servidores, que tengan relación de parentesco entre sí presten sus servicios para una misma entidad, (ya sea que uno se encuentre en comisión para desempeñar cargo de libre nombramiento o remoción y el otro esté vinculado mediante contrato de prestación de servicios) mientras uno de los dos no tenga la función nominadora dentro de la institución, es decir, que el uno no produzca el nombramiento del otro. En caso de que los nombramientos de los servidores los hubiera realizado un empleado con quien ninguno de los dos tiene algún tipo de parentesco por consanguinidad, afinidad o civil, se infiere que no estarán incurso en ningún tipo de inhabilidad para ejercer cargos en la misma entidad. El concepto está basado en el Artículo 126 de la CP, pero no se dijo nada sobre la inhabilidad que establece el Artículo 8 de la Ley 80 de 1993 numeral 2, literal b), por lo que un servidor público de carrera al aceptar un encargo o una comisión de servicio de libre nombramiento y remoción, no inhabilitaría a un familiar contratista que esté dentro de una misma entidad, dado que no fue su nominador.

Sobre la inquietud planteada, me permito manifestarle lo siguiente:

Efectivamente, como se indica en el concepto citado, el Artículo 126 de la Constitución Política de Colombia de 1991, determina que los servidores públicos no pueden nombrar como empleados a 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, como tampoco pueden designar a personas vinculadas por los mismos lazos con servidores públicos competentes para intervenir en su designación.

Esta prohibición está dirigida a nominadores de la administración pública y tiene aplicación cuando hay parentesco con quien ejerce esta facultad o con quien interviene en la designación del nominador. Por lo tanto, bajo esta perspectiva, es viable que dos parientes laboren como servidores públicos, en la misma entidad, mientras uno de ellos no sea nominador del otro.

No obstante, lo señalado en su consulta es verdadero: la contratación de un pariente si puede generar inhabilidades, dependiendo de las circunstancias del caso.

Sobre el particular, la Ley 80 de 1993, “*Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*”, determina en su Artículo 8:

“ARTÍCULO 8º.- De las Inhabilidades e Incompatibilidades para Contratar:

(...)

2o. Tampoco podrán participar en licitaciones o concursos ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva: <La expresión "Concursos" fue derogada por el art. 32 de la Ley 1150 de 2007>

(...)

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.

(...)” (Se resalta).

“ARTÍCULO 9o. DE LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES SOBREVINIENTES. <Artículo modificado por el Artículo 6 de la Ley 2014 de 2019. El nuevo texto es el siguiente:> Si llegare a sobrevenir inhabilidad o incompatibilidad en el contratista, este cederá el contrato previa autorización escrita de la entidad contratante o, si ello no fuere posible, renunciará a su ejecución.

Cuando la inhabilidad o incompatibilidad sobrevenga en un proponente dentro de un proceso de selección, se entenderá que renuncia a la participación en el proceso de selección y a los derechos surgidos del mismo.

Si la inhabilidad o incompatibilidad sobreviene en uno de los miembros de un consorcio o unión temporal, este cederá su participación a un tercero previa autorización escrita de la entidad contratante. En ningún caso podrá haber cesión del contrato entre quienes integran el consorcio o unión temporal.

PARÁGRAFO 1o. Cuando la inhabilidad sobreviniente sea la contemplada en el literal j) del numeral 1 del Artículo 8º de la Ley 80 de 1993, o cuando administrativamente se haya sancionado por actos de corrupción al contratista, no procederá la renuncia del contrato a la que se refiere este Artículo. La entidad estatal ordenará mediante acto administrativo motivado la cesión unilateral, sin lugar a indemnización alguna al contratista inhábil.

Para el caso de cesión, será la entidad contratante la encargada de determinar el cesionario del contrato.

PARÁGRAFO 2o. El Gobierno nacional reglamentará el procedimiento de la cesión del contrato de que trata este Artículo, en término no mayor a seis (6) meses.”

De acuerdo con el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, no podrá participar en licitaciones o concursos ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva 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, o de un miembro de la junta o consejo directivo, o con las

personas que ejerzan el control interno o fiscal de la entidad contratante.

Sobre el particular, la Corte Constitucional, en su Sentencia [C-221](#) del 16 de mayo de 1996, con ponencia del Magistrado José Gregorio Hernández Galindo, señaló lo siguiente:

“Las inhabilidades y las incompatibilidades que, en desarrollo de esa facultad, consagra la ley como aplicables a los particulares que contratan con la administración, tienen por objeto asegurar que en la materia se realicen los principios de igualdad, moralidad e imparcialidad, previstos en la Constitución para la función administrativa.

Se trata de evitar que contraten con el Estado quienes se ubican en alguna de las situaciones contempladas por el Artículo 8º de la Ley 80 de 1993, a la cual pertenece también la disposición demandada.

Como tales incompatibilidades e inhabilidades no siempre surgen desde el comienzo de los trámites previos a la contratación, debe la ley ocuparse en la determinación clara de las reglas que han de observarse si ellas aparecen de manera sobreviniente, esto es, cuando la relación contractual ya se había establecido o dentro del tiempo de una licitación o concurso ya iniciados.

A juicio de la Corte, en nada se ofende el imperio de la Constitución por haberse establecido que el hecho de sobrevenir una causal de inhabilidad o incompatibilidad en cabeza de quien ya es contratista da lugar a la obligación de éste de ceder el contrato previa autorización escrita de la entidad contratante, o a la de renunciar a su ejecución si aquéllo no fuere posible. Tampoco se vulnera la Carta por consagrar que quien participa en un proceso de licitación o concurso y resulta intempestivamente afectado por inhabilidades o incompatibilidades deba renunciar a dicha participación, ni se desconoce la normatividad superior por prever, como lo hace la norma, la cesión en favor de un tercero de la participación en el consorcio o unión temporal que licita o es contratista cuando la causa de inhabilidad o incompatibilidad se radica en uno de sus miembros.

Se trata de evitar en tales casos que el contratista, pese a su situación, prosiga vinculado contractualmente con el Estado, o que el aspirante a serlo continúe tomando parte en los procesos de adjudicación y selección, y ello independientemente de si la persona incurrió en la causal correspondiente por su propia voluntad o por un motivo ajeno o externo a su deseo, puesto que la ley parte del supuesto, enteramente ajustado a la Carta, de que en las aludidas condiciones, de todas maneras, no es posible ya la contratación, por lo cual debe interrumpirse si se ha iniciado, o impedir que se perfeccione con el afectado en el evento de que todavía no exista vínculo contractual.

Es que las consecuencias señaladas en la norma que se demanda no corresponden a sanciones o castigos derivados de la conducta observada por la persona en la cual recae la incompatibilidad o inhabilidad, por lo cual, para que estas situaciones se configuren no hace falta establecer la culpabilidad de aquélla.

Las previsiones mencionadas no tienen, pues, un sentido sancionatorio sino el carácter de reglas objetivas, correspondientes a situaciones de la misma índole, en guarda de la pureza y la transparencia de la contratación administrativa.

(...)

Considera la Corte que la naturaleza misma de los efectos que el mandato legal estatuye para las distintas hipótesis en él reguladas impide cualquier relación entre aquéllos y la apreciación de situaciones individuales de orden subjetivo, ya que -se repite- lo que se busca es impedir la contratación o evitar su continuidad por razones institucionales fundadas en los principios de la Carta Política que inspiran la gestión administrativa.

Uno de tales postulados es precisamente el de la igualdad, que se preserva adecuadamente al proscribir la contratación con personas que, dadas ciertas hipótesis, como las consagradas en el Artículo 8 de la Ley 80 de 1993, establecerían su relación con el Estado sobre la base de

unas ventajas individuales, las que, de persistir, implicarían ruptura del necesario equilibrio entre los contratantes, concursantes o licitantes, en abierta contradicción con el Artículo 13 del Estatuto Fundamental.

Si la Corte accediera a declarar la inconstitucionalidad solicitada, se tendría por consecuencia la desaparición de las reglas aplicables a los casos de inhabilidades o incompatibilidades sobrevinientes, sin motivo alguno para ella, ya que, por lo expuesto, ningún precepto de la Carta Política ha sido vulnerado, y, en cambio, sería posible una contratación que seguiría llevándose adelante pese a la existencia de tales situaciones jurídicas, con grave deterioro de la moralidad y la pureza de las correspondientes relaciones entre el Estado y los particulares.

Y no es el caso de indemnizar al contratante que en esas circunstancias renuncia ni al licitante o concursante que debe retirarse del proceso administrativo de selección, pues los eventuales daños que puedan sufrir no son consecuencia de una decisión o actuación antijurídicas provenientes de la administración, sino del hecho sobreviniente que consiste en la imprevista presencia de las causas de inhabilidad o incompatibilidad. Así, pues, no se configuran los presupuestos contemplados en el Artículo 90 de la Constitución, a cuyo tenor "el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas (subraya la Corte)." (El resaltado es nuestro).

De acuerdo con la Alta Corporación, la norma estableció de manera explícita la figura de la inhabilidad sobreviniente para los contratistas del estado que se encuentren en las situaciones descritas en el Artículo 8° de la Ley 80 de 1993 y, en tal virtud y con el objeto de garantizar la moralidad y la pureza de las correspondientes relaciones entre el Estado y los particulares, de encontrarse un contratista en alguna de estas situaciones, deberá renunciar a su ejecución o ceder su contrato.

Con base en los argumentos expuestos, esta Dirección Jurídica aclara el concepto No. 20206000605841 del 23 de diciembre de 2020, indicando que si el servidor público de carrera administrativa, que es designado en comisión de libre nombramiento y remoción en cargos del Asesor o del nivel directivo, se configura la prohibición contenida en la Ley 80 de 1993 de contratar a parientes en la misma entidad.

De aceptar el cargo en comisión para desempeñar un cargo de libre nombramiento y remoción en uno de los niveles señalados, el pariente contratista que se encuentre vinculado a la entidad, dentro de los grados parentales señalados, deberá ceder su contrato o renunciar a su ejecución por inhabilidad sobreviniente.

En caso de que requiera mayor información sobre las normas de administración de los empleados del sector público y demás temas competencia de este Departamento Administrativo puede ingresar a la página web de la entidad, en el link "Gestor Normativo": <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo>, donde podrá encontrar todos los conceptos relacionados 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

Elaboró: Claudia Inés Silva

Revisó: José Fernando Ceballos

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2026-01-29 22:27:30