Función Pública

Concepto 366971 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000366971

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000366971

Fecha: 06/10/2021 01:21:00 p.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. ¿Existe impedimento para que la profesional de apoyo de la oficina de control interno a quien se le finaliza el contrato este año se le suscriba nuevo contrato el otro año, teniendo en cuenta que su compañero permanente fue nombrado como Secretario de Gobierno en la misma entidad? RAD.: 20219000622222 del 13 de septiembre de 2021.

En atención al oficio de la referencia en el cual se consulta si existe impedimento para que la profesional de apoyo de la oficina de control interno a quien se le finaliza el contrato este año se le suscriba nuevo contrato el otro año, teniendo en cuenta que su compañero permanente fue nombrado como Secretario de Gobierno en la misma entidad, me permito dar respuesta a la misma en los siguientes términos:

En relación a la Prohibición de los servidores públicos para nombrar, postular o contratar con personas con las cuales tengan parentesco, el Acto Legislativo 02 de 2015, por medio del cual se adopta una reforma de equilibrio de poderes y reajuste institucional y se dictan otras disposiciones, modifica el artículo 126 de la Constitución Política en los siguientes términos:

"ARTÍCULO 2 El artículo 126 de la Constitución Política quedará así:

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.

(…)" (Negrilla y subrayado por fuera del texto original).

La Corte Constitucional en Sentencia C – 380 de 1997, Magistrado Ponente Doctor HERNANDO HERRERA VERGARA, respecto a las prohibiciones contenidas en el artículo 126 de la Constitución, consideró:

"En efecto, en el artículo 126 de la Constitución Política las prohibiciones previstas se radican en cabeza de todos los servidores públicos estatales, incluidos los diputados y concejales, y consisten en la imposibilidad de ejercer la facultad nominadora respecto de las personas en los grados allí mencionados. A su turno, el artículo 292 constitucional, en su inciso 2o., que según el actor se desconoce en la norma acusada, localiza la prohibición de ciertos ciudadanos para acceder al desempeño de funciones y cargos públicos de la respectiva entidad territorial en la cual ejercen su actividad los diputados o concejales, con quienes tengan un vínculo matrimonial o de unión permanente de hecho o un parentesco en el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil."

"En ese orden de ideas, la excepción que trae el inciso 2o. del mismo artículo 126 superior, mediante la cual se excluye de la prohibición general de los servidores estatales la de realizar ciertos nombramientos de personas cercanas afectiva y familiarmente en virtud de los resultados obtenidos por el empleo de las normas vigentes sobre ingreso o ascenso por méritos y que recoge el parágrafo 2o. demandado, resulta plenamente aplicable en el ámbito territorial ; esto significa que si tiene cabida en el orden municipal el mandato general que prohíbe a los servidores públicos estatales los nombramientos de personas cercanas por vínculos de matrimonio o de unión permanente o de parentesco en los grados que establece la Carta, necesariamente también la tendrá la totalidad de la regulación consagrada en ese sentido, es decir la

relacionada con sus disposiciones exceptivas, igualmente aplicables en dicho ámbito territorial."

De conformidad con la norma constitucional y la jurisprudencia citada se deduce, que la prohibición para el funcionario que ejerza la función nominadora, consiste en que 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, es decir hasta el cuarto grado de consanguinidad, (como son padres, hijos, nietos, abuelos, hermanos, tíos, primos y sobrinos); segundo de afinidad (como son suegros, nueras, yernos, cuñados o hermanastros), o primero civil (como son 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.

Ahora bien, en el caso de los contratos de prestación de servicios, deberá acudirse a la Ley 80 de 1993[1], la cual consagra en relación con el tema consultado:

"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:

(...)

c) <Aparte subrayado CONDICIONALMENTE exequible> 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.. (Subrayado y negrilla fuera del texto original).

Conforme lo dispone el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, se encuentran inhabilitados para celebrar contratos estatales con la entidad respectiva las personas que tengan vínculos de parentesco, hasta el segundo grado de consanguinidad, (como son padres, hijos, abuelos, hermanos, nietos), segundo de afinidad (como son suegros, yernos, cuñados, nueras) o primero civil (como son padres adoptantes e hijos adoptivos) así como el cónyuge compañero o compañera permanente con quien ejerza un empleo del nivel directivo o asesor de la entidad.

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"2. En ese orden de ideas, y conforme a la jurisprudencia de esta Corporación,3 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 desarrolla 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. (…)".

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 ocupan empleos del nivel directivo, asesor o ejercen el control interno de una entidad estatal, a través de la celebración de contratos que beneficien directamente a sus familiares, cónyuge o compañero permanente, afectando gravemente principios administrativos como la transparencia, imparcialidad y eficiencia de la administración estatal.

Ahora bien, respecto de la unión permanente tenemos que la Ley 54 de 1990[2]señala:

"Artículo 1 º. A partir de la vigencia de la presente ley y para todos los efectos civiles, se denomina Unión Material de Hecho, formada entre un hombre y una mujer, que sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular. Igualmente, y para todos los efectos civiles, se denomina compañero y compañera permanente al hombre y la mujer que forman parte de la unión material de hecho."

(Negrilla y subrayado por fuera del texto original).

De acuerdo con lo señalado, se entiende como unión permanente la que tienen un hombre y una mujer que hacen comunidad de vida permanente y singular.

Así las cosas y teniendo en cuenta la información suministrada en su consulta y lo anteriormente expuesto, esta Dirección Jurídica considera que la pareja que convive en unión libre se constituyen como compañeros permanentes, por lo que se encontrarían dentro del impedimento para que uno de ellos sea contratado posteriormente a que se haga el nombramiento como secretario de gobierno (empleo del nivel directivo) del otro.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público, las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos; así como la normatividad que ha emitido el Gobierno Nacional a propósito de la emergencia ocasionada por el COVID – 19, me permito indicar que en el link http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo y https://coronaviruscolombia.gov.co/Covid19/index.html podrá encontrar conceptos y normativa relacionados con el tema.

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/JFCA

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. "Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública".

2. “Por la cual se definen las uniones materiales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes”

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 10:04:08