



Concepto 435751 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000435751

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000435751

Fecha: 07/12/2021 09:12:24 a.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. ¿Existe algún impedimento para que los parientes en tercer grado de consanguinidad del Jefe de la Oficina de Control Interno celebren contrato con la misma entidad pública? RAD.: 20219000684342 del 28 de octubre de 2021.

Reciba un cordial saludo.

En atención al oficio de la referencia en el cual se consulta si existe algún impedimento para que los parientes en tercer grado de consanguinidad del Jefe de la Oficina de Control Interno celebren contrato con la misma entidad pública, me permito dar respuesta a la misma en los siguientes términos:

Respecto de las inhabilidades para contratar tenemos que la Ley 80 de 1993¹, consagra: "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:

(...)

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 directivos, 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 y negrilla fuera de texto)

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 y cuñados) o primero civil (como son padres adoptantes e hijos adoptivos) con los servidores públicos de los niveles directivo o asesor.

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". 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.

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 régimen 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 desestima al derecho."

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 2º 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 empleos de los niveles directivo o asesor 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 empleado del nivel directivo o asesor en una entidad del Estado.

Por lo anterior, teniendo en cuenta la inhabilidad para contratar establecida en el literal b) del numeral 2º del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, esta Dirección Jurídica considera que no es viable que tanto los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o

primero civil así como el cónyuge compañero o compañera permanente de un servidor público que ejerce el control interno se vinculen como contratistas en la misma entidad.

Ahora bien, es importante señalar respecto a las inhabilidades e incompatibilidades para que los parientes de los jefes de control interno puedan suscribir contratos con las entidades públicas del respectivo municipio, que la Ley 53 de 1990², señala:

"ARTÍCULO 19.- El artículo 87 del Código de Régimen Municipal (Decreto - ley número 1333 de 1986), quedará así:

Los concejales principales y suplentes, no podrán ser nombrados empleados oficiales del respectivo municipio, a menos que fuese en los cargos de alcalde, por designación o nombramiento. En tal caso se producirá pérdida automática de su investidura a partir de la fecha de su posesión.

El cónyuge, compañero o compañera permanente, ni los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil del alcalde, de los concejales principales o suplentes, del Contralor, del Personero, del Secretario del Concejo, de los Auditores o Revisores, no podrán ser nombrados ni elegidos para cargo alguno en ninguna dependencia del respectivo municipio, ni contratar con el mismo, dentro del período para el cual fueron elegidos. No se dará posesión a quien fuere nombrado o elegido violando este artículo, previa comprobación". (Negrilla y subrayado por fuera del texto original).

Sobre la vigencia del artículo 19 de la Ley 53 de 1990, el Consejo de Estado Sala de consulta y Servicio Civil, en concepto del 31 de agosto de 2005, radicación No. 1675, explica que la derogatoria de las normas puede ser expresa, tácita o por reglamentación integral, respecto del artículo 19 de la Ley 53 de 1990, el Consejo de Estado señaló que no hay una derogación expresa, ni tácita, ni orgánica de esta disposición, observando que el artículo 49 de la Ley 617 de 2000 contempla prohibiciones para los cónyuges o compañeros permanentes y parientes en los grados anotados, diputados, concejales, gobernadores, alcaldes, pero no para todos, pues no se refirió a los contralores, ni personeros, ni secretario del concejo, ni los auditores o revisores. Con fundamento en este análisis, concluye el Consejo de Estado lo siguiente:

"En la actualidad, se encuentra vigente el inciso segundo del artículo 87 del decreto ley 1333 de 1986, modificado por el artículo 19 de la ley 53 de 1990, en relación con la prohibición establecida en dicha norma de designar al cónyuge, compañero o compañera permanente o los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil del Contralor, el Personero, el Secretario del Concejo, los Auditores o Revisores, en los empleos del respectivo municipio y sus entidades descentralizadas, durante el período para el cual tales servidores fueron elegidos". (Subrayado nuestro)

De acuerdo con la norma y jurisprudencia en cita, los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil de, entre otros los revisores, no podrán ser nombrados ni elegidos para cargo alguno, ni podrán suscribir contratos estatales en el respectivo municipio.

En este orden de ideas y respondiendo puntualmente su interrogante, el pariente en tercer grado de consanguinidad del jefe, auditor o revisor de control interno de la entidad, se encuentra impedido para ser contratado en la misma organización.

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/HHS.

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 modifican algunos artículos de los Códigos de Régimen Departamental y Municipal; Los Decretos - leyes números 1222 y 1333 de 1986; la Ley 78 de 1986 y el Decreto - ley número 77 de 1987."

Fecha y hora de creación: 2026-01-30 00:10:57