



Función Pública

Concepto 63911 de 2014 Departamento Administrativo de la Función Pública

20146000063911

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20146000063911

Fecha: 20/05/2014 01:44:17 p.m.

Bogotá D. C.,

Ref.: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Inhabilidades para contratar si dos esposos desempeñan empleos directivos en el mismo ente territorial. Rad. 20142060070022 del 14 de mayo de 2014

En atención a su comunicación de la referencia, me permito indicarle lo siguiente:

La Ley 80 de 1993, por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, señala lo siguiente:

"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 "Concurso" fue derogada por el art. 32 de la Ley 1150 de 2007].

"(...)"

c. 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. [El texto subrayado fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-029 de 2009, en el entendido de que en igualdad de condiciones, ellas comprenden también a los integrantes de las parejas de un mismo sexo]."

"ARTÍCULO 10º.- De las Excepciones a las Inhabilidades e Incompatibilidades. No quedan cobijadas por las inhabilidades e incompatibilidades de que tratan los artículos anteriores, las personas que contraten por obligación legal o lo hagan para usar los bienes o servicios que las entidades a que se refiere el presente estatuto ofrezcan al público en condiciones comunes a quienes los soliciten, ni las personas jurídicas sin ánimo de lucro cuyos representantes legales hagan parte de las juntas o consejos directivos en virtud de su cargo o por mandato legal o estatutario, ni quienes celebren contratos en desarrollo de lo previsto en el artículo 60 de la Constitución Política."

De conformidad con lo señalado en el artículo 10 de la Ley 80 de 1993, no quedan cobijadas por las inhabilidades e incompatibilidades de que tratan, entre otros, el artículo 8, las personas que contraten por obligación legal o lo hagan para usar los bienes o servicios que las entidades a quienes les aplique el Estatuto de Contratación Estatal ofrezcan al público en condiciones comunes a quienes los soliciten, ni las personas jurídicas sin ánimo de lucro cuyos representantes legales hagan parte de las juntas o consejos directivos en virtud de su cargo o por mandato legal o estatutario, ni quienes celebren contratos en desarrollo de lo previsto en el artículo 60 de la Constitución Política.

Sobre el alcance de estas inhabilidades para contratar, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, tuvo la oportunidad de pronunciarse en concepto con Radicación número: 11001-03-06-000-2012-00060-00 (2113) del 25 de octubre de 2012, Consejero ponente: William Zambrano Cetina, así:

"El sentido y fines de la inhabilidad

Como se puede observar, la inhabilidad consagrada en el literal d) del numeral 2 del artículo 8º de la ley 80 de 1993, tiene por objeto garantizar transparencia, imparcialidad e igualdad en la contratación administrativa.

Transparencia en cuanto a que para la sociedad en general no exista ninguna sospecha o manto de duda de que sólo el interés general preside

las decisiones contractuales de la entidad y no hay intención alguna de favorecimiento a ciertas personas o sociedades por los vínculos que tienen con los directivos de la entidad. Objetividad, en la medida que razones de interés patrimonial y de afecto familiar no sean determinantes de las decisiones contractuales de la entidad estatal, sino que éstas obedezcan objetivamente al interés general de obtención de la mejor propuesta para la entidad, sin consideración a ninguna razón subjetiva o personal. Igualdad, en la medida que ninguno de los proponentes esté en una mejor posición frente a los demás, por el hecho de que en su patrimonio o administración participan funcionarios directivos de la entidad contratante o sus familiares, que pueden interceder a su favor o tener acceso a información privilegiada.

La naturaleza preventiva de la inhabilidad [7] está dirigida a evitar que la contratación pública se utilice para favorecer los negocios personales o familiares de los directivos de las entidades estatales, quienes podrían ejercer algún tipo de influencia directa o indirecta en las decisiones contractuales de los organismos públicos, dada la naturaleza de sus cargos, la autoridad que representan, su capacidad de influencia sobre personal subordinado y la información a la que tienen acceso.

Este tipo de inhabilidades por interés propio o por parentesco están basadas, como lo ha señalado la Corte Constitucional, en la inclinación natural de toda persona de favorecer sus propios intereses y solidarizarse con las personas que forman parte de su núcleo familiar, lo cual, si bien es entendible en el ámbito privado, resulta incompatible en el gestión de los asuntos públicos, donde debe prevalecer el interés general, la imparcialidad y la transparencia. Así, en sentencia C-429 de 1997, al declarar la exequibilidad de la inhabilidad prevista en el literal b) del mismo numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 (imposibilidad de celebrar contratos estatales con el cónyuge o familiares de los servidores de nivel directivo), la Corte Constitucional señaló:

“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.” (se resalta)

No se asume la mala fe ni se presume que el servidor público actuará en contra de la ley; no obstante, a partir de la realidad propia de las relaciones humanas y sociales, el legislador adopta medidas preventivas para evitar que factores distintos al interés general puedan afectar la toma de decisiones contractuales en las entidades estatales:

“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.”[8]

“(…)”

El segundo gran tema que plantea la consulta es si la inhabilidad prevista en el literal d) del numeral 2 del artículo 8º de la ley 80 de 1993, se aplica en los contratos interadministrativos.

Según el texto de dicho literal, la inhabilidad en él prevista para contratar con la respectiva entidad, recae en “las corporaciones, asociaciones, fundaciones y las sociedades anónimas que no tengan el carácter de abiertas, así como las sociedades de responsabilidad limitada y las demás sociedades de personas”.

Como se observa, la norma está referida esencialmente a formas organizacionales propias del derecho privado y no menciona las tipologías comunes al derecho público, como es el caso de los organismos que componen la Nación (ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, etc.), los órganos constitucionales autónomos, los establecimientos públicos, etc.

Por tanto, dado que las inhabilidades, impedimentos y prohibiciones son de interpretación restrictiva¹⁹[19], habría que concluir necesariamente que en lo que se refiere a contratos interadministrativos la inhabilidad no tiene en principio aplicación. Ello se explica además, porque en dichas relaciones jurídicas no se da la dicotomía entre lo público y lo privado, sino que priman las reglas de colaboración armónica entre entidades del Estado derivadas del artículo 113 de la C.P.

– Es el caso planteado en la consulta en que, por ejemplo, existen dos entidades estatales interesadas en celebrar un contrato interadministrativo, en cuyos cargos directivos, asesor o ejecutivo o en sus juntas o consejos directivos, participan personas entre las cuales existe alguno de los vínculos señalados en el literal d) del numeral 2º del artículo 8 de la ley 80 de 1993; o también el caso del Ministro que por obligación legal participa en la junta o consejo directivo de una entidad estatal, la cual por tanto, no está impedida para celebrar un contrato interadministrativo con el respectivo Ministerio.

– Ahora, el hecho de no aplicarse la inhabilidad en cuestión entre las entidades estatales que pretenden celebrar un contrato interadministrativo, no obsta para que los respectivos servidores verifiquen, conforme al artículo 11 de la Ley 1437 de 2011 y 40 de la Ley 734 de 2002, si hay lugar

a declararse impedidos en cuanto que las decisiones que se adopten en relación con la otra entidad puedan, en todo caso, afectar o beneficiar a la persona con la cual existe algún vínculo que afecte la imparcialidad de la decisión.

(...)

Conforme a lo anterior,

III. La Sala RESPONDE

(...)

2. ¿Es viable jurídicamente entender que no se aplica lo dispuesto en el literal (d) del ordinal 2 del artículo 8 de la ley 80 de 1993 cuando, tanto la entidad contratante como la contratista, ostentan naturaleza estatal?

En caso que la respuesta a este interrogante sea afirmativa:

2.1. ¿Debe entenderse que no resulta aplicable esta inhabilidad, en caso de que el servidor público que se desempeña como miembro de junta o consejo directivo de la entidad estatal contratante sea cónyuge, compañero o compañera permanente o pariente hasta el segundo grado de consanguinidad, afinidad o civil, de una persona que se desempeña un cargo de dirección o manejo o tenga participación en la entidad estatal contratista?

2.2 ¿Debe entenderse que no resulta aplicable esta inhabilidad en caso de que los miembros de junta o consejo directivo de dos entidades estatales sean particulares?

Si, la inhabilidad prevista en el literal d del numeral 2 del artículo 8º de la ley 80 de 1993 no se aplica en los contratos interadministrativos. En todo caso, los funcionarios de las respectivas entidades estatales deberán declararse impedidos en relación con las decisiones que puedan afectar o beneficiar a la persona con la cual existe algún vínculo legal o de parentesco.” (Subrayado fuera de texto)

De acuerdo con el concepto del Consejo de Estado, en las relaciones jurídicas que surgen entre entidades públicas, como por ejemplo cuando se celebrar convenios interadministrativos, no se da la dicotomía entre lo público y lo privado, sino que priman las reglas de colaboración armónica entre entidades del Estado derivadas del artículo 113 de la C.P.

El Consejo de Estado señala, a manera de ejemplo, que si existen dos entidades estatales interesadas en celebrar un contrato interadministrativo, en cuyos cargos directivos, asesor o ejecutivo o en sus juntas o consejos directivos, participan personas entre las cuales existe alguno de los vínculos señalados en el literal d) del numeral 2º del artículo 8 de la ley 80 de 1993; o también el caso del Ministro que por obligación legal participa en la junta o consejo directivo de una entidad estatal, las mismas no están impedidas para celebrar un contrato interadministrativo con el respectivo Ministerio.

No obstante, señala que el hecho de no aplicarse la inhabilidad en cuestión entre las entidades estatales que pretenden celebrar un contrato interadministrativo, no obsta para que los respectivos servidores verifiquen, conforme al artículo 11 de la Ley 1437 de 2011 y 40 de la Ley 734 de 2002, si hay lugar a declararse impedidos en cuanto que las decisiones que se adopten en relación con la otra entidad puedan, en todo caso, afectar o beneficiar a la persona con la cual existe algún vínculo que afecte la imparcialidad de la decisión.

Teniendo en cuenta lo anterior, para el caso concreto esta Dirección considera que el Gerente de la Empresa de Servicios Públicos debe contratar con el ente territorial en virtud de una obligación legal, por ser representante legal de la ESP y ordenador de gasto, razón por la cual le aplicaría lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 80 de 1993. No obstante, tal como lo señala el Consejo de Estado en el concepto anteriormente citado, en todo caso, los funcionarios de las respectivas entidades estatales deberán declararse impedidos en relación con las decisiones que puedan afectar o beneficiar a la persona con la cual existe algún vínculo legal o de parentesco.

El anterior concepto se imparte en los términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

CLAUDIA PATRICIA HERNANDEZ LEON

Directora Jurídica

Mónica Herrera/CPHL

600.4.8.

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 15:33:16