



20151100151981

SG

Bogotá, 30-10-2015

Doctora
MAGDA MARCELA FERNÁNDEZ PÉREZ
Jefe de Oficina Asesora Jurídica
UNIVERSIDAD DEL CAUCA
Calle 5 No. 4-70
juridica@unicauca.edu.co
Popayán (Cauca)

Asunto: Respuesta a radicado No. 20152430146312 del 07/10/2015 –
Solicitud de concepto jurídico.

Cordial saludo doctora Fernández Pérez,

Acuso recibo de su escrito de la referencia, a través del cual solicitó la emisión de un concepto jurídico con miras a esclarecer una posible situación de inhabilidad o incompatibilidad respecto de dos miembros de un grupo de investigación, avalado por una misma institución educativa (la Universidad del Cauca), que comparten parentesco de consanguinidad en el primer grado (madre e hija) y que "pretende presentar un proyecto de investigación ante Colciencias" y, en consecuencia, procedo a pronunciarme con base en los siguientes:

ANTECEDENTES:

En la fecha citada en el párrafo anterior, se recibió en esta Secretaría General el radicado externo de la referencia, en el que de manera puntual se requirió lo siguiente:

"...Por medio de la presente, comedidamente solicita un pronunciamiento relacionado con la posible inconveniencia legal de la intervención dentro de un grupo de investigación, cuya directora y coinvestigadora son madre e hija, respectivamente, grupo que pretende presentar un proyecto de investigación ante Colciencias..."



Nada se indicó respecto del proceso de selección o convocatoria en la que dicho grupo, también sin identificar, pretende participación, así como tampoco se identificó una posible invitación directa que se le haya podido cursar al grupo de investigación para la ejecución de actividades de ciencia, tecnología o de innovación de la mano con el departamento administrativo o con alguno de los beneficiarios que se venga financiando en el marco de un proyecto de ciencia, tecnología e innovación.

Finalmente, tampoco se hicieron mayores claridades sobre el régimen jurídico al amparo del cual debe efectuarse el análisis sobre la posible configuración de inhabilidades o incompatibilidades, es decir, que no se especificó si pretende clarificarse la situación a nivel interno de la institución educativa o si, como se infiere de la lectura de contexto de lo solicitado, se trata de una situación que debe ventilarse desde la óptica de las relaciones jurídicas que podrían establecerse entre el grupo de investigación y esta entidad de derecho público.

TESIS Y MARCO JURÍDICO APLICABLE:

1.- La competencia y demás cuestiones preliminares:

De conformidad con lo previsto en los numerales 3º, 4º, 9º y 10 del artículo 14 del Decreto 1904 de 2009 *"Por medio del cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación – Colciencias – y se dictan otras disposiciones"*, en materia de conceptualización jurídica, corresponde a esta secretaria general el ejercicio de las siguientes competencias específicas: (i) orientar a los actores del Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación¹ – SNCTeI – en la interpretación de la normatividad del sector; (ii) asesorar a la Directora General, al Subdirector General, a las Direcciones y Oficinas, en la interpretación de esa misma normatividad; (iii) dirigir las acciones necesarias para la compilación de normas jurídicas, jurisprudencia, doctrina, procedimientos y demás información relacionada con la legislación en CTeI y velar por su permanente actualización y difusión; y, (iv) emitir concepto sobre los asuntos jurídicos relacionados con las funciones del departamento administrativo.

La anterior norma, sin embargo, debe leerse en plena concordancia con lo preceptuado en el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, luego de la sustitución de su Título II por virtud de lo señalado en el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015 *"Por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición y se*

¹ Hoy integrado en el Sistema de Competitividad, Ciencia, Tecnología e Innovación por virtud de lo señalado en el artículo 186 de la Ley 1753 de 2015 *"Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018. "Todos por un Nuevo País"*.

sustituye un Título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”, a propósito del alcance de los pronunciamientos que emiten las autoridades administrativas en ejercicio de su función consultiva o de conceptualización, los cuales carecen – es la regla general – de carácter vinculante u obligatorio, tanto en lo que corresponde a la propia administración, como en lo que atañe al peticionario interesado y a todos los administrados, lo cual implica que esta especial forma de intervención del aparato estatal no fue concebida para atender situaciones particulares y concretas, las cuales deben desatarse a través de la expedición de los correspondientes actos administrativos creadores, modificatorios o extintivos de derechos y/o de obligaciones.

Es claro, en consecuencia, que los conceptos que emite la secretaría general del departamento administrativo en ejercicio de sus competencia, en especial las previstas en los numerales 3°, 4° y 10° del artículo 14 del Decreto 1904 citado, en cualquier caso involucran una visión jurídica general y de contexto en la aplicación del marco normativo que rige para determinado asunto de la órbita de COLCIENCIAS o del catálogo funcional al que se encuentra sometida su actividad, pero de ninguna manera implican un pronunciamiento directo y de fondo (en este caso, liberador de una eventual situación de inhabilidad entre dos personas naturales que hacen parte de un mismo grupo de investigación, avalado por una misma universidad), generador de efectos jurídicos individuales, pues ello equivaldría a invadir las competencias que les fueron asignadas a las demás dependencias y funcionarios de la entidad (o, incluso, de otras entidades y organismos del Estado, ante quienes deben ventilarse inhabilidades que afecten la función pública), encargados de la ejecución de tareas misionales o de apoyo a la gestión en el sector administrativo de la CTel.

Lo mencionado con un ingrediente adicional y es que, por la naturaleza jurídica de la entidad requirente del concepto (la Universidad del Cauca, ente universitario autónomo del orden nacional, vinculado al Ministerio de Educación Nacional, con régimen especial y personería jurídica), no podría este departamento administrativo, careciendo de esa específica función y sin pertenecer a dicho sector administrativo (sin perjuicio del ejercicio de algunas competencias que se relacionan con el mismo o que de alguna manera lo impactan), entrar a discernir interpretaciones respecto del régimen jurídico que regula las relaciones trabadas entre esa institución de educación superior y su propio personal (docentes, estudiantes, trabajadores administrativos, comunidad académica en general), con lo que de una vez se quiere significar que la tesis expuesta en el presente documento resultará aplicable, exclusivamente, al relacionamiento del grupo de investigación o de las investigadoras que comparten parentesco de consanguinidad en el primer

grado, con el Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación – COLCIENCIAS, no así, se reitera, en lo que correspondería a la vinculación de dichas personas naturales con la Universidad del Cauca o a las demás relaciones jurídicas o de otro tipo que se produzcan al interior de esa institución educativa pues, como se vio, ese es un asunto de la exclusiva esfera y responsabilidad de la propia institución de educación superior, o que, en su defecto, debería exponerse ante el órgano rector de ese sector administrativo (educación), que no es precisamente esta entidad, la cual fue caracterizada en el artículo 5º de la Ley 1286 de 2009, de la siguiente manera:

“...Transfórmese el Instituto Colombiano para el Desarrollo de la Ciencia y la Tecnología “Francisco José de Caldas” – Colciencias –, en el Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación – Colciencias –, con sede en Bogotá D.C., como organismo principal de la administración pública, rector del sector y del Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación – SNCTeI, encargado de formular, orientar, dirigir, coordinar, ejecutar e implementar la política del Estado en la materia, en concordancia con los planes y programas de desarrollo...” (Subrayas no originales)

Y ello es así, además, por cuanto que la competencia de conceptualización jurídica consagrada en los numerales 3 y 10 del anotado artículo 14 del Decreto 1904 de 2009, sólo dice relación: (i) o con la interpretación de la normatividad de ciencia, tecnología e innovación; (ii) ora con los asuntos jurídicos relacionados con las funciones del departamento administrativo, y está visto que lo solicitado, ni alude a dicho régimen jurídico de manera concreta (el régimen de inhabilidades para la función pública y la contratación estatal es transversal y no está definido por sectores), ni se relaciona con las funciones de la entidad, pues de ninguna manera se nos otorgó competencia para pronunciarnos respecto de las relaciones e interacciones personales o académicas, profesionales, laborales o contractuales, que se producen al interior de una institución educativa que, demás está decirlo, también se encuentra protegida por el principio constitucional de la *Autonomía Universitaria* de que trata el artículo 69 Superior y que le impone gobernarse por sus propios estatutos, que son en últimas los que deben diseñar y consagrar el respectivo régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflictos de intereses que deba aplicarse a nivel interno.

2.- El Caso Concreto

2.1.- Marco Constitucional de la Consulta:

En consideración a que la consulta elevada utiliza expresamente los vocablos “inconveniencia legal”, resulta pertinente precisar si existe tal categoría jurídica en el derecho colombiano.

En los artículos 167, 305 y 315 de la Constitución Política, entre otros, se hace referencia a la inconveniencia y a la ilegalidad como conceptos jurídicos diferentes, lo cual hace necesario precisar la diferencia existente entre los dos.

Para lo anterior, es viable indicar que la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto emitido el 5 de junio del 2008, dentro de la radicación número 11001-03-06-000-2008-00022-00 (1889), determinó claramente los criterios de inconveniencia e ilegalidad, lo cual hace imposible la existencia de uno conjuntamente con el otro, aunque pudieran existir en forma simultánea.

En tal pronunciamiento se diferenció nítidamente el evento constituido por la contravención al régimen constitucional y legal, para generar algunas consecuencias jurídicas de tal contradicción, vale decir la ilegalidad, de aquellos elementos de conveniencia, que tienen que ver con criterios de oportunidad, adecuación, eficiencia, eficacia y efectividad de las medidas adoptadas, así como también de las políticas públicas que se pretende implementar.

De manera pues que, de entrada, puede afirmarse tajantemente la inexistencia en el sistema constitucional colombiano de una categoría jurídica constituida por la "inconveniencia legal".

Ahora bien, la misma Constitución, en diversas disposiciones, deja a reglamentación legal lo atinente a las inhabilidades e incompatibilidades, tal como se verifica en los artículos 116, 180, 182, 183, 253, 264, 279, 293, 299, 303, 304 y 312 constitucionales, entre otros, lo cual determina la necesidad de incursionar en el régimen legal que se refiere a tales materias.

2.2. - Marco Legal de la Consulta:

En relación con la "inconveniencia legal", no existe regulación alguna aplicable al caso consultado, siendo entonces pertinente hacer un breve recuento acerca de la incompatibilidad e inhabilidad.

En materia de contratación estatal, los artículos 8° y 9° de la Ley 80 de 1993 consagraron los conceptos de incompatibilidad e inhabilidad, señalando en ambos escenarios el parentesco a que hace referencia la consulta, como pasa a verse:

- El literal g del numeral 1° del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 determina una inhabilidad, en virtud de la cual no pueden participar en licitaciones ni celebrar contratos con el Estado Colombiano, quienes estén en el grado de parentesco

de consanguinidad a que se viene haciendo referencia, respecto de cualquier otra persona que formalmente haya presentado propuesta en el mismo proceso de selección;

- El literal b del numeral 2º del mismo artículo 8º de la Ley 80 de 1993 consagra una incompatibilidad, según la cual no pueden presentar propuestas ni celebrar contratos con las entidades estatales, quienes estén en el grado de parentesco de consanguinidad a que se viene haciendo referencia, respecto de quienes ejerzan cargos de nivel directivo, asesor o ejecutivo o tengan asiento en Junta o Consejo Directivo de la entidad que ha emprendido el proceso de selección.

El tema de las inhabilidades en materia de contratación estatal, fue objeto de adición mediante el artículo 4º del Estatuto Anticorrupción contenido en la Ley 1474 del 2011, en virtud del cual no pueden contratar con las entidades estatales durante los dos años siguientes a su retiro, quienes se encuentren en el grado de parentesco a que hace referencia la consulta, respecto de quienes hayan sido directivos (o incluso funcionarios del nivel asesor) del ente público que ordena el gasto.

Ahora bien, en un contexto no menos importante para el presente caso, resulta pertinente hacer mención a los mandatos contenidos en el Estatuto Disciplinario de los Servidores Públicos, vale decir la Ley 734 del 2002, que en normas diferentes regula las incompatibilidades y las inhabilidades, pudiéndose afirmar que, a voces de los artículos 36 a 39 de dicha legislación, las inhabilidades son circunstancias previas mientras que las incompatibilidades se refieren a personas que ya están desempeñando cargos estatales.

Por lo anotado en la solicitud elevada por la Universidad del Cauca, no se evidencia que las posibles directora y coinvestigadora se encuentren en ninguna de las situaciones previstas en la ley, lo cual tiene trascendencia debido a que se trata de impedimentos, inhabilidades e incompatibilidades de interpretación y aplicación restrictiva, como pasa a verse.

2.3.- Marco Jurisprudencial de la Consulta:

La Corte Constitucional, en las sentencias C-349 de 1994, C-194 de 1995, C-540 del 2001, C-564 del 2002 y T-343 del 2010, entre muchas otras, ha hecho referencia a los eventos de las inhabilidades e incompatibilidades, determinando que son diferentes y habiendo sentado claramente la línea jurisprudencial atinente a que se trata de figuras legales de interpretación y aplicación restrictiva, que requieren previa, expresa y concreta consagración

legal, sin que respecto de las mismas sean aceptables dispositivos amplificadores ni interpretaciones extensivas ni aplicaciones analógicas.

En este mismo sentido, puede indicarse cómo el Consejo de Estado, en diversas sentencias, tales como aquella dictada por la Sala Plena el 22 de enero del 2002 (expediente PI-148), al igual que las emitidas por la Sección Quinta el 21 de abril del 2005, el 29 de enero y el 31 de julio del 2009 (radicados: 760012331000200701606-01 y 760012331000200701477-02), ha sostenido la existencia de diferencias claras entre inhabilidades e incompatibilidades, afirmando en todo caso que se trata de instituciones que no admiten interpretaciones ampliadas ni dispositivos amplificadores del tipo restrictivo.

Sin entrar en una diferenciación detallada entre las incompatibilidades y las inhabilidades, pues no es ese el propósito de este concepto, basta con indicar que a la luz de la jurisprudencia de las altas corporaciones de justicia en Colombia, puede afirmarse en forma muy sintética cómo la primera se refiere a situaciones que se presentan en el ejercicio de un cargo o una actividad y la segunda a motivos que impiden el ser elegido o designado para un empleo o seleccionado como contratista.

2.4.- Análisis de la Situación Puntual:

Como quiera que la consulta es remitida por la Universidad del Cauca, resulta pertinente dedicar algunas líneas para analizar en concreto la situación de dicho ente universitario.

Como se indicó en los párrafos relativos a la competencia, la naturaleza jurídica de la entidad requirente del concepto corresponde a la de un ente universitario autónomo del orden nacional, vinculado al Ministerio de Educación Nacional, con régimen especial y personería jurídica, siendo en tal caso necesario acudir a lo dispuesto por la Ley 30 de 1992, cuyo artículo 93, el cual fue declarado exequible mediante sentencia C-547 de 1994 de la Corte Constitucional, determina que la actividad contractual de las entidades estatales se rige por el derecho privado, siendo claro a la luz del mismo que todas las personas son capaces y hábiles para celebrar contratos y realizar actos jurídicos, tal como lo dispone el artículo 1503 del Código Civil, siendo la incapacidad y la inhabilidad excepcionales, de interpretación y aplicación restrictiva.

El Acuerdo 024 de 1993 sometido a varias reformas y al cual, actualizado al mes de febrero del año 2015 se puede acceder por internet a través de la ruta <http://www.unicauca.edu.co/versionP/documentos/acuerdos/acuerdo-024-de->

1993-estatuto-docente-de-la-universidad-del-cauca, contiene el "Estatuto del Profesor de la Universidad del Cauca" y en los artículos 2º, 7º, 17, 22, hace referencia a las incompatibilidades e inhabilidades para los docentes de dicha institución, siendo claro que son más estrictas respecto de los vinculados por dedicación exclusiva, tiempo completo y medio tiempo que aquellas aplicables a quienes se vinculan por hora cátedra.

En la consulta no se indica cual podría ser la modalidad de vinculación de las dos personas que comparten parentesco en el primer grado de consanguinidad y vendrían a ser la directora y la coinvestigadora en un proyecto de investigación que planea presentar la Universidad a consideración de COLCIENCIAS, lo cual no permite determinar en todo caso si existe alguna situación que amerite algún análisis especial a la luz del estatuto docente del que se viene hablando.

2.4.1.- *Los proyectos de investigación de COLCIENCIAS:*

Es viable tener en cuenta en el presente concepto que los proyectos de investigación de COLCIENCIAS en que intervienen universidades estatales, generalmente son presentados por dichas instituciones y no por personas naturales, lo cual determina que en caso de resultar seleccionados los contratos correspondientes se suscriben con los entes educativos y no con los integrantes del grupo de investigación.

Pues bien, en este contexto tampoco se avizora la existencia de ningún motivo de inhabilidad o incompatibilidad en el presente caso.

3.- Conclusiones:

Como se ha analizado a lo largo del presente concepto, no existe la "inconveniencia legal" a que se hace referencia en la consulta, además de lo cual no se ha podido hallar ningún motivo de inhabilidad ni de incompatibilidad para que dos personas unidas por parentesco de consanguinidad en el primer grado en línea directa (madre e hija) formen parte de un mismo grupo de investigación de la Universidad del Cauca, la cual pretende presentar un proyecto a COLCIENCIAS, el que se presentaría no a título personal sino institucional, en lo que corresponde a dicho ente universitario autónomo.

ALCANCE DEL CONCEPTO:

Como se señaló en las observaciones preliminares a la tesis expuesta, el presente concepto jurídico comporta los precisos alcances señalados en el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, luego de la sustitución de su Título II por

virtud de lo ordenado en el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015, de conformidad con el cual:

"... Salvo disposición legal en contrario, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatoria cumplimiento o ejecución..."

Sin otro particular,

Cordialmente,

LILIANA MARÍA ZAPATA BUSTAMANTE
Secretaria General

Sin anexos.
Elaborado por: SMEJIA