



Función Pública

Concepto 295211 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública

20206000295211

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20206000295211

Fecha: 07/07/2020 05:03:39 p.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Contratista. Hermana de Gerente de ESE para ser contratista de la alcaldía del mismo municipio.
RAD.: 20202060241342 del 10 de junio de 2020.

En atención a la comunicación de la referencia, en la cual consulta si existe inhabilidad o incompatibilidad para que la hermana de la gerente de la ESE de un municipio suscriba un contrato de prestación de servicios con la alcaldía del mismo ente territorial, me permito dar respuesta en los siguientes términos:

Al respecto, el artículo 126 de la Constitución Política de Colombia, modificado por el art. 2, Acto Legislativo 02 de 2015, establece frente a una de las prohibiciones de los servidores públicos, lo siguiente:

"ARTICULO 126. Modificado por el art. 2, Acto Legislativo 02 de 2015. El nuevo texto es el siguiente: 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".

De conformidad con la norma constitucional citada se deduce que la prohibición para el funcionario que ejerza la función nominadora, consiste en que no puede nombrar, postular, ni contratar con personas con las cuales tenga parentesco en los grados señalados en la citada norma constitucional, es decir hasta el cuarto grado de consanguinidad, -padres, hijos, nietos, abuelos, hermanos, tíos, primos y sobrinos-; segundo de afinidad -suegros, nueras, yernos y cuñados, o primero civil - 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.

En ese sentido, esta Dirección Jurídica ha sido consistente al manifestar que como quiera que la prohibición se encamina a restringir que quien tenga la función nominadora en una entidad, nombre o contrate a su cónyuge o compañero permanente o a sus parientes en los grados indicados en la disposición constitucional citada, se colige que en caso que el pariente no tenga la función nominadora dentro de la entidad, no existe inhabilidad alguna para que suscriba un contrato de prestación de servicios, incluso en una misma entidad pública.

Por otra parte, la Ley 80 de 1993, por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, dispone:

“ARTÍCULO 8o. DE LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES PARA CONTRATAR.

(...)

2. 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 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.” (Destacado nuestro)

De acuerdo con la Ley 80 de 1993, no podrán celebrar contratos estatales con la respectiva entidad, los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil 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.

Sobre el tema, la Corte Constitucional en Sentencia C- 429 de 1997, preceptuó lo siguiente:

“Ahora bien, de acuerdo con el artículo 11 de la Ley 80 de 1993, la facultad de decidir la adjudicación de un contrato con el Estado corresponde al jefe o representante legal de la entidad contratante. Por consiguiente, la inhabilidad objeto de examen es adecuada si realmente se dirige a los familiares de aquellas personas que gozan del poder de decisión de adjudicar contratos, o pueden tener influencias que razonablemente puedan determinar la decisión, pues en tales casos esos vínculos colocan en peligro la transparencia y seriedad del proceso de contratación administrativa. Así las cosas, para la Corte es claro que el personal que desempeña cargos de nivel directivo goza de aptitud para orientar las directrices de la entidad contratante, por lo cual la parcialidad en sus decisiones puede afectar la transparencia del proceso de contratación administrativa. La inhabilidad en relación con sus familiares aparece razonable. Por su parte, los servidores públicos del nivel asesor, si bien no definen directamente las políticas centrales de la entidad, ostentan un grado de confianza suficiente para influenciar la decisión, por lo que la inhabilidad también constituye un medio adecuado y proporcionado para proteger el interés público implícito en la contratación administrativa.” (Subrayado nuestro).

Conforme con lo señalado, los empleados de nivel directivo tienen la posibilidad de orientar las directrices de la entidad contratante, en ese sentido, la parcialidad en las decisiones puede afectar la transparencia de un proceso contractual.

Visto lo anterior y aunque la naturaleza del cargo de gerente de empresa social del estado pertenece al nivel directivo en los términos del artículo 16 del Decreto 785 de 2005, es procedente concluir que la hermana de la gerente de una ESE, que se encuentra con ésta en el segundo grado de consanguinidad, no está inhabilitada para suscribir un contrato de prestación de servicios con una entidad distinta del municipio, al no cumplirse con el requisito señalado para tal efecto en los términos del literal b, numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993.

En este sentido, la hermana de la gerente de la empresa social del Estado de un municipio solo podrá vincularse como contratista del respectivo ente territorial si la contratación se surte en una entidad distinta, donde su pariente no ejerza como nominador.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público y demás temas competencia de este Departamento Administrativo, me permito indicar que en el link <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo> podrá encontrar conceptos relacionados con el tema, que han sido 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

Proyectó: Melitza Donado.

Revisó y aprobó: Armando López C.

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 14:17:40