



Función Pública

Concepto 554561 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública

20206000554561

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20206000554561

Fecha: 13/11/2020 06:40:06 p.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Contratista. Pariente de miembro de junta directiva de una ESE para ser contratista de la respectiva entidad. RAD.: 20209000527062 del 2 de noviembre de 2020.

En atención a la comunicación de la referencia, en la cual consulta si la prima de un miembro de la junta directiva del Hospital San José de Condoto, puede suscribir un contrato de prestación de servicios con esa entidad, me permito dar respuesta en los siguientes términos:

Ley 100 de 1993, "Por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones", determina:

"ARTÍCULO 195. Régimen Jurídico. Las Empresas Sociales de Salud se someterán al siguiente régimen jurídico:

(...)

6. En materia contractual se regirá por el derecho privado, pero podrá discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública (...)."

De acuerdo con lo anterior, las Empresas Sociales de del Estado en materia contractual se regirán por el derecho privado, pero podrán discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública.

Ahora bien, la Ley 1150 de 2007 "Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la ley 80 de 1993 y se

dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos”, establece:

“ARTÍCULO 1. OBJETO. La presente ley tiene por objeto introducir modificaciones en la ley 80 de 1993, así como dictar otras disposiciones generales aplicables a toda contratación con recursos públicos.

(...)

“ARTÍCULO 13. PRINCIPIOS GENERALES DE LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL PARA ENTIDADES NO SOMETIDAS AL ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los Artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal.” (Destacado nuestro)

Por consiguiente, las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual distinto al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán, en desarrollo de su actividad contractual y acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y la gestión fiscal de que tratan los Artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente, según sea el caso y estarán sometidos al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previstos legalmente para la contratación estatal.

En este mismo sentido, el Ministerio de Salud y Protección Social expidió la Resolución 5185 de 2013, “Por medio de la cual se fijan los lineamientos para que las Empresas Sociales del Estado adopten el estatuto de contratación que regirá su actividad contractual”, la cual dispuso:

“ARTÍCULO 1. Objeto. Mediante la presente resolución se fijan los lineamientos generales para que las Empresas Sociales del Estado adopten sus respectivos estatutos de contratación, conforme al Artículo 76 de la Ley 1438 de 2011. El estatuto regirá la actividad de la Empresa Social del Estado en el sistema de compras y contratación”

(...)

“ARTÍCULO 2. Régimen de contratación de las Empresas Sociales del Estado. El régimen de contratación de las Empresas Sociales del Estado es el régimen privado, conforme al numeral 6 del Artículo 194 de la Ley 100 de 1993. Sin embargo, teniendo en cuenta el Artículo 13 de la ley 1150 de 2007, todas las Empresas Sociales del Estado deben aplicar los principios de la función administrativa y la sostenibilidad fiscal, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades y sujetarse a los lineamientos fijados en la presente resolución.”

(...)

“ARTÍCULO 6. Inhabilidades e incompatibilidades para contratar. En el estatuto de contratación de las Empresas Sociales del Estado se debe incorporar el régimen de inhabilidades e incompatibilidades establecidas en la Constitución y en la Ley, en especial las previstas para la contratación estatal.”

(...)” (Subrayado nuestro)

Así las cosas, el régimen de contratación de las Empresas Sociales del Estado es el privado, de conformidad con el numeral 6 del Artículo 194 de la Ley 100 de 1993, sin embargo, teniendo en cuenta el Artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades para contratar deberá ceñirse a lo dispuesto por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Respecto al tema bajo análisis, la Ley 80 de 1993¹, señala:

“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:

(...)

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.

(...)” (Subrayado nuestro)

De acuerdo con las normas anteriormente transcritas, se encuentra inhabilitado para contratar con el Estado las personas que tengan vínculos de parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad (padres, hijos, abuelos, nietos, hermanos), segundo de afinidad (suegros, nueras, yernos, cuñados) o primero civil (padres adoptantes, hijos adoptivos) 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 Empresa Social del Estado.

Ahora bien, conforme con lo establecido en los Artículos 35 y siguientes del Código Civil, el parentesco que existe entre los primos es el de cuarto grado de consanguinidad.

En ese orden de ideas, el primo de quien es miembro de la junta directiva de una Empresa Social del Estado, no estaría inhabilitado para contratar con esa entidad, por cuanto la prohibición se predica únicamente para los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, en los términos fijados por el literal b) del numeral 2 del Artículo 8 de la Ley 80 de 1993.

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: José Fernando Ceballos.

Aprobó: Armando López C.

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

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

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 14:47:25