



## Concepto 082061 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20226000082061\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000082061

Fecha: 17/02/2022 07:42:14 p.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Servidor público. Prohibición de contratar a parientes de empleados del nivel Directivo o Asesor. RAD. 20229000081522 del 14 de febrero de 2022.

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual consulta si un hermano de un servidor público del nivel directivo de un municipio de sexta categoría se puede contratar de manera indirecta, por ejemplo, se hace un convenio de asociación y dentro del personal se encuentra la hoja de vida de esta persona, me permito manifestarle lo siguiente:

Sobre la inhabilidad para contratar parientes de ex servidores públicos, la Ley 80 de 1993, "Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública", determina en su Artículo 8:

"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 "Concursos" fue derogada por el art. 32 de la Ley 1150 de 2007>

(...)

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.

(...)" (Se resalta).

De acuerdo con el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, no podrá participar en licitaciones o concursos ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva quienes 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 de un miembro de la junta o consejo directivo, o con las personas que ejerzan el control interno o fiscal de la entidad contratante.

En el caso expuesto, se trata de un hermano, quien se encuentra en segundo grado de consanguinidad con el empleado del nivel directivo y, por tanto, dentro de la prohibición legal.

Ahora bien, la norma no especificó si la prohibición de contratar, aplica a los contratos que se hacen de manera indirecta, como sería, por ejemplo, un mandato.

Sobre el particular, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, con ponencia del Consejero Ramiro Saavedra Becerra, en sentencia proferida el 4 de diciembre de 2008, dentro del expediente con Radicación número: 25000-23-26-000-1996-02923-01(15937), indicó lo siguiente:

"En dicho contrato de "Administración", que en realidad constituye un mandato, se pactó así mismo, entre otras cosas, que el administrador se comprometía a aceptar y cumplir todas las instrucciones recibidas del propietario; (...)

En relación con el contrato de mandato, se observa que el mismo es definido por el Código Civil, art. 2142, como aquel en que una persona

confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera, y el Código de Comercio se refiere al mismo, en el Artículo 1262, manifestando que el mandato comercial es un contrato por el cual una parte se obliga a celebrar o ejecutar uno o más actos de comercio por cuenta de otra; y sobre el mismo, dice la doctrina<sup>3</sup>:

*<<Lo que constituye la razón de ser del mandato es la representación del mandante por el mandatario, en el sentido de que los actos ejecutados por este dentro de los límites del mandato producen sus efectos jurídicos es con respecto a aquel, el cual por lo mismo queda obligado por ellos. Esta idea fundamental campea a todo lo largo del estatuto legal del mandato representativo, precisamente porque es esencial al mismo (...).*

(...)>>

Por su parte, el Artículo 1505 del Código Civil, establece que lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultada por ella o por la ley para representarla, produce respecto del representado iguales efectos que si hubiese contratado él mismo; y por su parte, el Artículo 833 del C.Co., dispone que los negocios jurídicos propuestos o celebrados por el representante en nombre del representado, dentro del límite de sus poderes, producirán directamente efectos en relación con éste, regla que no se aplicará a los negocios propuestos o celebrados por intermediario que carezca de la facultad para representar." (El subrayado es nuestro).

De acuerdo con lo señalado en el pronunciamiento, el mandatario actúa en representación del mandante y por ello, el pariente del empleado del nivel directivo o asesor, no podría suscribir contrato con la entidad en la cual prestó sus servicios tampoco mediante un mandato.

En el caso consultado, el hermano del servidor público se vincula como empleado de uno de los integrantes de un "convenio de asociación". Sobre la posibilidad de que una persona suscriba un contrato por interpuesta persona, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, con ponencia del Consejero Martín Bermúdez Muñoz, en sentencia emitida el 5 de octubre de 2020, dentro del expediente con Radicación número: 25000-23-26-000-2010-00159-01(48293), sobre la contratación por interpuesta persona, señaló lo siguiente:

"13.- El término compuesto <<interpuesta persona>> al que se hace referencia en la causal de rechazo debía ser entendido en su sentido natural y obvio como lo disponía el pliego de condiciones. Así, el significado que debía darse al mismo no podía ser otro que el de actuar a nombre de otro.

13.1.- La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en el contexto de las solicitudes de pérdida de investidura por violación al régimen de incompatibilidades, se ha referido al término compuesto <<interpuesta persona>>. En sentencia del 12 de abril de 2005<sup>1</sup>, dijo:

*<<De la norma transcrita se puede establecer que dentro de la prohibición constitucional caben dos situaciones: una la celebración directa por parte del congresista de contratos con entidades públicas o personas que administren tributos, y otra, la contratación del congresista por interpuesta persona, que tiene ocurrencia cuando otra persona, natural o jurídica, celebra el contrato por encargo o en provecho suyo, pero aparentando obrar en nombre propio, tal como lo ha señalado esta Corporación. >>*

13.2.- La Sección Primera del Consejo de Estado también ha señalado que una persona contrata por <<interpuesta persona>> cuando suscribe un contrato a través de una sociedad o cuando tiene el control de la misma, por ejemplo, cuando es el socio mayoritario. En sentencia del 14 de diciembre de 2004<sup>2</sup>, estableció lo siguiente:

*<<El criterio de la Sala Plena de la Corporación ha sido que una persona contrata a través de una sociedad o por intermedio de ella cuando tiene el control de la misma, bien porque sea socio mayoritario o por otra circunstancia que le habilite para dominar la sociedad y hacerla aparecer como contratista ocultando la relación real con el socio dominante.*

*Solo cuando una persona controla la sociedad de manera que pueda servirse de ella, tiene el poder de interponer a la sociedad para ocultar un contrato verdaderamente celebrado con ella. Este ha sido el criterio de la Sala Plena al sostener que el socio mayoritario controla la sociedad y es el verdadero contratista. >>*

Según el pronunciamiento, una persona contrata por interpuesta persona a través de una sociedad o por intermedio de ella cuando tiene el control de la misma, bien porque sea socio mayoritario o porque controla la sociedad de manera que pueda servirse de ella y hacerla aparecer como contratista ocultando el verdadero contratista.

Esta situación no es genérica o presumible y, en tal virtud, debe ser demostrada administrativa o judicialmente.

Con base en los argumentos expuestos, esta Dirección Jurídica que el pariente de un empleado de nivel directivo o del nivel asesor, no puede suscribir contrato con la entidad en la cual prestaba sus servicios, incluyendo un contrato en el que sea representado por otro, en calidad de mandatario. En cuanto a la posibilidad de que sea empleado de un "convenio de asociación", en principio no implica, *per se*, la configuración de la prohibición, pues actúa como empleado de una de las partes y no como contratista de la entidad pública. Sin embargo, cuando el pariente tiene el control de alguna de las partes que integran el convenio, bien porque sea socio mayoritario o porque controla la sociedad de manera que pueda servirse de ella y hacerla aparecer como contratista ocultando el verdadero contratista, podrá configurarse la inhabilidad descrita en los literales b) del numeral 2° del Artículo 8° de la Ley 80 de 1993, hecho que debe ser demostrado administrativa o judicialmente.

En caso de que requiera mayor información sobre las normas de administración de los empleados del sector público y demás temas competencia de este Departamento Administrativo puede ingresar a la página web de la entidad, en el link "Gestor Normativo": <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo>, donde podrá encontrar todos los conceptos relacionados 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

Elaboró: Claudia Inés Silva

Revisó: Harold Herreño

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

<sup>1</sup> Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 12 de abril de 2005. CP Ana Margarita Olaya Forero (E). Radicación número: 11001-03-15-000-2004-01300-00(PI).

<sup>2</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 14 de diciembre de 2004. CP Camilo Arciniegas Andrade. Radicación número: 47001-23-31-000-2003-00267-01(PI)

---

*Fecha y hora de creación: 2024-12-04 13:51:46*