



Concepto 012491 de 2024 Departamento Administrativo de la Función Pública

20246000012491

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20246000012491

Fecha: 10/01/2024 04:44:41 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Prohibiciones servidor público. RAD.: 20232061075002 de 04 de diciembre de 2023.

En atención a su comunicación, mediante la cual consulta "...Con el presente quiero hacer la consulta de las inhabilidades para realizar un contrato de prestación de servicios que se está llevando a cabo en una entidad Universidad que ejecuta un proyecto del Sistema General de Regalías (SGR), como entidad pública con proceso de contratación privado.

Yo soy el apoyo administrativo de este proyecto y nos genera controversia la solicitud de contratación, debido a que apesar de que el proceso de selección de la persona natural a contratar se realizó mediante una convocatoria a solicitud de los investigadores pertenecientes a uno de los grupos de investigación del proyecto y se evalúan los perfiles mediante un comité científico, en el cual se excluyó para este caso particular al director de proyecto. Debido a que es el director quién hace la solicitud del certificado presupuestal para este contrato, siendo el autorizador del gasto y la contratista reportó desde su postulación una relación de 3 grado de consanguinidad con el director del proyecto, para lo cual se le solicitó dejar el registro de esta información en el formulario de la ley 2013 del 2019.

Sin embargo, el ordenador del gasto y quién firma el contrato es el decano de la facultad al cual se encuentra vinculado el proyecto del SGR.

En este sentido, se me hace pertinente realizar la consulta de quién sería el nominador del contrato teniendo en cuenta lo establecido en las normatividad que rige la contratación de función Pública y Se acude a la Ley 80 de 1993, en la cual indica que

La función (ordenador del gasto), per se, no está considerada por la legislación como causal de inhabilidad para los contratistas que tienen parentesco o son cónyuges o compañeros del servidor. No obstante, sí se encargó de un empleo del nivel directivo, se configurará la inhabilidad señalada en el literal c) del numeral 2° del artículo 8° de la Ley 80. Si este es el caso, en criterio de esta Dirección Jurídica, el cónyuge del contratista nombrado o encargado de un empleo del nivel directivo, asesor o ejecutivo, o miembro de la junta o consejo directivo, o de quien ejerza funciones de control interno o de control fiscal, el contratista deberá ceder su contrato o en su defecto, renunciar a la ejecución del mismo.

Si sólo fueron asignadas las funciones de ordenador del gasto, pero no se encargó de un empleo de los niveles o funciones expuestos, no habrá lugar a que se configure la inhabilidad. Se acude a la Ley 80 de 1993, *ARTÍCULO 8. De las inhabilidades e incompatibilidades para contratar.* que indica: No podrán participar en licitaciones o concursos ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva: "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 *directivos,* 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.

Conforme lo dispone el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, se encuentran inhabilitados para celebrar contratos estatales con la entidad respectiva las personas que tengan vínculos de parentesco, hasta el segundo grado de consanguinidad, (como son padres, hijos, abuelos, hermanos, nietos), segundo de afinidad (como son suegros, yernos, cuñados, nueras) o primero civil (como son padres adoptantes e hijos adoptivos) así como el cónyuge compañero o compañera permanente con quien ejerza el control interno en la entidad contratante.

No obstante, en esta misma ley indica que si el funcionario público es nominador incurrirá en inhabilidad hasta 4 grado de consanguinidad..." [Sic], me permito manifestarle lo siguiente:

Las inhabilidades son restricciones fijadas por el legislador para limitar el derecho de acceso al ejercicio de cargos o funciones públicas, ello quiere decir, que tienen un carácter prohibitivo, y por consiguiente, son taxativas, es decir, están expresamente consagradas en la Constitución o en la Ley y su interpretación es restrictiva, sin que puedan buscarse analogías o aducirse razones para hacerlas extensivas a casos no comprendidos por el legislador, pues la voluntad de éste no puede ser suplantada, en detrimento de derechos de terceros o de intereses sociales que exigen la sujeción estricta al texto de la ley prohibitiva.

Ahora bien, respecto de las inhabilidades para nominar o nombrar, así como celebrar contratos como empleados públicos a los cónyuges, compañeros permanentes o los parientes de los empleados públicos, el Artículo 126 de la Constitución Política de Colombia de 1991, establece que:

“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...”

De conformidad con la norma constitucional citada y para el caso en específico, se deduce que la prohibición para el servidor público, consiste en que no puede nombrar, o contratar en la entidad que dirige, a personas con las cuales estén ligados por matrimonio o unión permanente o tenga relación de parentesco en los grados señalados en la citada norma constitucional, es decir, hasta el cuarto grado de consanguinidad, como son padres, hijos, nietos, abuelos, hermanos, tíos, primos y sobrinos; segundo de afinidad-suegros, nueras y cuñados, o primero civil - hijos adoptivos y padres adoptantes. 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.

Ahora bien, la Ley 80 de 1993 “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración PÚBLICA”, precisa:

ARTÍCULO 8.- De las Inhabilidades e Incompatibilidades para Contratar:

1o. Son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales:

(...)

2o. Tampoco podrán participar en licitaciones o concursos ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva:

(...)

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.

(Literal declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia 429 de 1997.) (Ver los Conceptos del Consejo de Estado 761 de 1995 y 925 de 1996.)

Ahora bien, sobre el concepto de “ordenador del gasto”, el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejera Ponente: María Nohemí Hernández Pinzón, en sentencia del 30 de octubre de 2008, manifestó:

“(…), si junto a lo anterior se tiene en cuenta la definición del verbo ordenar, que corresponde a “Mandar que se haga algo1”, bien puede la Sala aproximarse al concepto de “ordenador del gasto”, que valga decirlo no ha sido legalmente definido. En efecto, de acuerdo con la descripción que se hizo en los párrafos anteriores de lo que envuelve el Presupuesto de Gastos o Ley de Apropriaciones, que bien puede dirigirse a gastos de funcionamiento y a gastos de inversión, es claro que esa figura jurídica comprende una manifestación del poder estatal, representada en la facultad que se otorga a determinados funcionarios públicos para que puedan disponer del presupuesto de las entidades públicas, de acuerdo con un plan previamente diseñado y aprobado por los órganos competentes.

(...)

No hay duda, entonces, que la calidad de “ordenador del gasto” es una potestad reservada por el ordenamiento jurídico al “jefe de cada órgano”, esto es a los funcionarios que dentro de la administración pública son identificados como los representantes legales de cada entidad que cuente con autonomía administrativa, financiera o presupuestal, como así lo ratifica el artículo 39 in fine de la Ley 80 del 28 de octubre de 1993 “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración”, al equiparar los conceptos de jefe de entidad y representante legal, en los siguientes términos:

“En estos casos, las obras, trabajos, bienes o servicios objeto del contrato, deben ser ordenados previamente y por escrito por el jefe o representante legal de la entidad, o por el funcionario en quien hubiese delegado la ordenación del gasto.” (Destaca la Sala)

Ahora, aunque la calidad de ordenador del gasto es exclusiva de los jefes o representantes legales de las entidades públicas, el ordenamiento

jurídico les permite delegar el ejercicio de esas funciones en otros funcionarios públicos de los niveles directivo y asesor pertenecientes al mismo organismo, sólo que -para los fines del debate- ello debe cumplirse en forma expresa o escrita. Esto se establece así en los artículos 9 y 10 de la Ley 489 del 29 de diciembre de 1998, donde se alude al "acto de delegación" y se ordena que "siempre será escrito", de modo que quien impute a otro la calidad de ordenador del gasto debe probar que tuvo la condición de jefe o representante legal de la entidad o que a través de delegación, que debe probarse con el documento respectivo, ejerció esas facultades; no podría suponerse y menos inferirse, por el contrario, ese atributo, ya que por virtud del principio de legalidad, los servidores públicos no pueden "ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley"(Art. 121 C.P.), o lo que es su correlato: "ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento" (Art. 123 Ib). (El subrayado es nuestro)

De acuerdo con lo anterior, los representantes legales de organismos y entidades que posean una estructura independiente y autonomía administrativa podrán delegar la atención y decisión de los asuntos a ellos confiados por la ley y los actos orgánicos respectivos, en los empleados públicos de los niveles directivo y asesor vinculados al organismo correspondiente, con el propósito de dar desarrollo a los principios de la función administrativa enunciados en el artículo 209 de la Constitución Política y en la Ley 489 de 1998.

En este sentido, me permito dar contestación a cada una de las preguntas de la siguiente manera:

El director proyecto al ser el autorizador del gasto, pero no el ORDENADOR DEL GASTO, ni el supervisor, ni quien firma el contrato. ¿Es o no nominador?

Respuesta: En este orden de ideas, el director o representante legal de la entidad tienen la función nominadora, en este sentido, este presentaría el régimen de inhabilidad constitucional contemplada en el Art 126 de la Constitución Política, en consecuencia, toda la Entidad Pública tendrá el régimen inhabilitante, por lo tanto, esta no puede

contratar con personas con las cuales tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil con la misma Entidad Pública con el director o representante legal de la Entidad Pública.

Ahora bien, además de las inhabilidades de los servidores públicos, no pueden contratar con la misma Entidad las personas que tengan vínculos de parentesco, hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil con cualquier servidor público de los niveles directivo, asesor 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 puede dar continuidad al proceso contractual o se incurriría en una inhabilidad.

Respuesta: En concordancia con la respuesta anterior, existe prohibición para que todo servidor público celebre contratos estatales con personas con las cuales tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad de conformidad con el Art. 126 de la Constitución Política de Colombia de 1991.

En desarrollo de lo anterior, este Departamento Administrativo emite conceptos técnicos y jurídicos mediante los cuales brinda interpretación general de aquellas normas de administración de personal en el sector público que ofrezcan algún grado de dificultad en su comprensión o aplicación, sin que tales atribuciones comporten de manera alguna el ordenar a las entidades u organismos públicos la forma como deben administrar su personal.

En este orden de ideas, le indico que, en el caso de requerir mayor información a la contratación estatal, le sugiero elevar sus inquietudes directamente a Colombia Compra Eficiente, entidad encargada de vigilar el correcto desempeño de la contratación estatal.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público, así como las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos, me permito indicar que en el 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 CORTES

Dirección Jurídica.

Proyectó: Julian Garzón L.

Revisó: Maia Valeria Borja Guerrero

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 08:23:34