



Función Pública

Concepto 18841 de 2019 Departamento Administrativo de la Función Pública

20196000018841

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20196000018841

Fecha: 28-01-2019 02:06 pm

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Inhabilidad para contratar a parientes del Jefe de Control Interno. RAD. 20182060348842 del 18 de diciembre de 2018.

En atención a la comunicación de la referencia remitida a este Departamento Administrativo por la Comisión Nacional del Servicio Civil, en la cual consulta si el hermano del Jefe de Control Interno de una empresa social del Estado puede vincularse mediante contrato de prestación de servicios con la respectiva entidad, me permito informarle lo siguiente:

La Ley 100 de 1993, “por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones”, determina:

“ARTICULO 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 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.” (Subrayado fuera del texto)

De acuerdo con lo anterior, 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:

“ARTICULO 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.” (...)” (Subraya fuera del texto)

De acuerdo con la Resolución del Ministerio de Salud y Protección Social anteriormente transcrita, el régimen de contratación de las Empresas Sociales del Estado es el régimen 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.

Así las cosas, la Ley 80 de 1993, “por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública” establece como inhabilidades para contratar, entre otras:

“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.

(...)

ARTÍCULO 99.- DE LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES SOBREVINIENTES. Si llegare a sobrevenir inhabilidad o incompatibilidad en el contratista, éste cederá el contrato previa autorización escrita de la entidad contratante o, si ello no fuere posible, renunciará a su ejecución". (...)" (Subrayado fuera de texto).

De acuerdo con lo anterior, 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 –padres, hijos, hermanos, abuelos, nietos-, segundo de afinidad –suegros, nueras, yernos- o primero civil –padres adoptantes e hijos adoptivos- con los servidores públicos de los niveles directivo, asesor ejecutivo o con las personas que ejerzan el control interno o fiscal de la entidad contratante.

Se precisa que si llegare a sobrevenir inhabilidad o incompatibilidad en el contratista en la misma entidad donde está laborando, éste cederá el contrato previa autorización escrita de la entidad contratante o, si ello no fuere posible, renunciará a su ejecución.

Para establecer el grado de parentesco entre hermanos, es importante acudir a lo establecido en los artículos 35 y siguientes del Código Civil Colombiano, así:

"ARTICULO 35. PARENTESCO DE CONSANGUINIDAD. Parentesco de consanguinidad es la relación o conexión que existe entre las personas que descienden de un mismo tronco o raíz, o que están unidas por los vínculos de la sangre."

(...)

ARTICULO 37. GRADOS DE CONSANGUINIDAD. Los grados de consanguinidad entre dos personas se cuentan por el número de generaciones. Así, el nieto está en segundo grado de consanguinidad con el abuelo, y dos primos hermanos en cuarto grado de consanguinidad entre sí."

(...)

ARTICULO 41. LINEAS Y GRADOS DEL PARENTESCO. En el parentesco de consanguinidad hay líneas y grados. Por línea se entiende la serie y orden de las personas que descienden de una raíz o tronco común."

(...)

ARTICULO 44. LINEA COLATERAL. La línea colateral, transversal u oblicua, es la que forman las personas que aunque no procedan las unas de las

otras, si descienden de un tronco común, por ejemplo: hermano y hermana, hijos del mismo padre y madre; sobrino y tío que proceden del mismo tronco, el abuelo.(...)

ARTICULO 46. LINEA TRANSVERSAL. En la línea transversal se cuentan los grados por el número de generaciones desde el uno de los parientes hasta la raíz común, y desde éste hasta el otro pariente. Así, dos hermanos están en segundo grado; el tío y el sobrino en tercero, etc.”
(Subrayado fuera de texto)

De acuerdo con lo establecido en los artículos 35 y siguientes del Código Civil, el parentesco que existe entre hermanos es del segundo grado de consanguinidad.

Por consiguiente, en criterio de esta Dirección Jurídica, el hermano (segundo grado de consanguinidad) del Jefe de Control Interno de una empresa social del Estado se encuentra inhabilitado para contratar con la respectiva entidad, conforme al literal b) numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993.

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,

JOSE FERNANDO CEBALLOS ARROYAVE

Asesor con Funciones de la Dirección Jurídica

DCastellanos/JFCA/GCJ

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 14:03:18