



Función Pública

Concepto 89141 de 2019 Departamento Administrativo de la Función Pública

20196000089141

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20196000089141

Fecha: 20-03-2019 08:11 am

Bogotá D.C.

Referencia: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Miembros de la junta directiva. Inhabilidad de cuñado de miembro de la junta Directiva para contratar con una Empresa Social del Estado. Radicado: 20199000052982 del 12 de febrero de 2019

En atención a la comunicación de la referencia, relacionada con la inhabilidad de contratar por orden de prestación de servicios a la cuñada de un miembro de la junta directiva de una Empresa Social del Estado, me permito manifestarle lo siguiente:

Para resolver la presente consulta se hace necesario analizar el régimen contractual de las Empresas Sociales del Estado y las inhabilidades dispuesta en el Estatuto general de Contratación de la Administración Pública.

Revisado el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de las Empresas Sociales del Estado frente la contratación estatal, me permito informarle lo siguiente:

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 regirá 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». (Negrilla 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:

«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 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», señala:

«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.

(...)» (Subraya fuera del texto)

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 el artículo 47 del Código Civil, el parentesco que existe entre cuñados es el de segundo grado de afinidad, en línea transversal.

En este orden de ideas, en criterio de esta Dirección Jurídica se considera que la cuñada de un miembro de la junta directiva de una Empresa Social del Estado se encuentra inhabilitado para contratar con la entidad pública, toda vez que el vínculo de parentesco entre estos dos parientes configura la prohibición establecida en el literal b) del numeral 2° del artículo 8° de la Ley 80 de 1993.

No obstante, lo anterior, nótese que la inhabilidad se predica de los miembros de la junta directiva de la Empresa Social del Estado en servicio activo, por lo tanto, si el periodo del mismo se encuentra vencido no se configuraría inhabilidad para que su cuñada sea contratada en la respectiva entidad pública.

Para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web www.funcionpublica.gov.co/eva en el link «Gestor Normativo» donde podrá consultar entre otros temas, los conceptos 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

AMGC/JFCA/GCJ

12602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 08:13:57