

Nuestra Misión: Vigilar la gestión sobre el manejo de los recursos públicos, generando una cultura de control fiscal inspirada en principios morales y éticos.

80112- EE7688

Bogotá, D.C., Febrero 12 de 2010.

Señor
LUÍS EDUARDO VALDERRAMA M.
Calle 11 No. 3-35 Barrio Centro
Maní, Casanare

ASUNTO: DE LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES PARA
CONTRATAR.

1.- ANTECEDENTES

Recibimos el 18 de enero de 2010 el oficio ER2351 (82851-0070), suscrito por el doctor José Nicolás Ramos Ramos, Gerente Departamental de Casanare (E), remitario de la consulta por usted elevada ante este Organismo de Control Fiscal y en donde expone lo que sigue:

“... si existe inhabilidad para contratar con el municipio, a una persona que tiene lazos de consaguinidad en cuarto grado con una funcionaria de libre nombramiento y remoción del nivel directivo en el mismo municipio; la cual ostenta el cargo de Secretaria de Hacienda que a su vez hace las veces de pagadora”.

2.- CONSIDERACIONES JURÍDICAS

2.1.- Tratándose como se trata de normas restrictivas de libertades, sobre el tema, no existe competencia normativa de carácter administrativo, por lo tanto, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades es determinado por la Constitución y la ley, no siendo posible jurídicamente que puedan crearse otras distintas.

2.2.- El artículo 8º de la Ley 80 de 1993, establece los casos específicos de las inhabilidades e incompatibilidades para contratar, entre ellos tenemos el numeral 2º, literales a, b, c, d y e que prescriben:

Señor LUÍS EDUARDO VALDERRAMA M.

2

2°.- *Tampoco podrán participar en licitaciones o concursos ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva¹:*

La expresión "Concurso" fue derogada por el art. 32 de la Ley 1150 de 2007.

a. Quienes fueron miembros de la junta o consejo directivo o servidores públicos de la entidad contratante. Esta incompatibilidad sólo comprende a quienes desempeñaron funciones en los niveles directivo, asesor o ejecutivo y se extiende por el término de un (1) año, contado a partir de la fecha del retiro.

Ver el Concepto del Consejo de Estado 867 de 1996.

Esta causal de relaciona con dos distintas categorías de personas: en primer término a quienes fueron miembros de la junta o consejo directivo de la entidad que actúa como contratante y en segundo lugar, a los servidores públicos de alto rango que prestan sus servicios en la misma entidad.²

En cuanto al primer evento, es importante decir que el literal e) del mismo numeral segundo del artículo 8° de la Ley 80/93, se refiere a las mismas personas durante el período que se desempeñan en ejercicio de sus funciones de miembros de las juntas o consejos directivos; ello es, que mientras el literal a) plantea una inhabilidad, el e) es atinente propiamente a una incompatibilidad en relación con las mismas personas. La causal prescrita en el literal a), corresponde a una inhabilidad que subsiste durante el término de un año, a quienes fueron miembros de las juntas o consejos directivos de las entidades, sin diferenciar si se refiere a principales o suplentes y de si ejercieron o no, como miembros de ellas. Así las cosas, la inhabilidad es para personas naturales y no para las jurídicas de que ellas hacen parte.³

¹www.mincomercio.gov.co/econtent/documentos/controlinterno/control/normatividad

² Atehortua Ríos Carlos Arturo, *Inhabilidades, Control y Responsabilidad en la Contratación Estatal*, Editorial Diké, Bogotá, 1995, página 108.

³ Atehortua Ríos Carlos Arturo, *Inhabilidades, Control y Responsabilidad en la Contratación Estatal*, Editorial Diké, Bogotá, 1995, página 109.

Señor LUÍS EDUARDO VALDERRAMA M.

3

La segunda circunstancia corresponde a los servidores públicos de alto rango.

*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. 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.

Esta causal esta establecida para evitar que los parientes cercanos de los funcionarios que desempeñan cargos de dirección, aprovechen esa circunstancia especial para celebrar contratos con las entidades públicas.

c. El cónyuge compañero o compañera permanente del servidor público en los niveles directivo, asesor, ejecutivo, o de un miembro de la junta o consejo directivo, o de quien ejerza funciones de control interno o de control fiscal.

Repite la causal anterior y la amplía, además de los parientes al cónyuge o compañero permanente, del mismo grupo de personas allí enunciados⁴.

d) Las corporaciones, asociaciones, fundaciones y las sociedades anónimas que no tengan el carácter de abiertas, así como las sociedades de responsabilidad limitada y las demás sociedades de personas en las que el servidor público en los niveles directivo, asesor o ejecutivo, o el miembro de la junta o consejo directivo, o el cónyuge, compañero o compañera permanente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, afinidad o civil de

⁴ Atehortua Ríos Carlos Arturo, *Inhabilidades, Control y Responsabilidad en la Contratación Estatal*, Editorial Diké, Bogotá, 1995, página 113.

Señor LUÍS EDUARDO VALDERRAMA M.

4

cualquiera de ello, tenga participación o desempeñe cargos de dirección o manejo.

La causal establecida en el numeral transcrito, está dirigida a impedir que en las entidades estatales respecto de los funcionarios públicos de los niveles directivo, asesor o ejecutivo, puedan celebrar contratos con las entidades privadas, en los cuales ellos mismos tengan participación u ocupen posiciones de dirección o manejo, con excepción de las sociedades anónimas que tengan la característica de ser abiertas, las cuales se excepcionan⁵.

e) Los miembros de las juntas o consejos directivos. Esta incompatibilidad sólo se predica respecto de la entidad a la cual prestan sus servicios y de las del sector administrativo al que la misma esté adscrita o vinculada.

Parágrafo 1º.- La inhabilidad prevista en el literal d) del ordinal 2o. de este artículo no se aplicará en relación con las corporaciones, asociaciones, fundaciones y sociedades allí mencionadas, cuando por disposición legal o estatutaria el servidor público en los niveles referidos debe desempeñar en ellas cargos de dirección o manejo.

Los miembros de las juntas directivas de las entidades descentralizadas, por el solo hecho de ser miembros de esos organismo, no adquieren la calidad de servidores públicos y por lo tanto, pueden celebrar todo tipo de contratos con la administración, con la excepción prevista en esta causal, que les impide celebrar contratos con la misma entidad en la cual prestan sus servicios y las del sector administrativo, al que la entidad esté adscrita o vinculada. La prohibición deberá entenderse en relación con el ministerio, secretaría o departamento administrativo y demás entidades adscritas o vinculadas al respectivo sector⁶.

El art. 18 de la Ley 1150 de 2007, adicionó el siguiente inciso:

⁵ Atehortua Ríos Carlos Arturo, *Inhabilidades, Control y Responsabilidad en la Contratación Estatal*, Editorial Diké, Bogotá, 1995, página 113.

⁶ Atehortua Ríos Carlos Arturo, *Inhabilidades, Control y Responsabilidad en la Contratación Estatal*, Editorial Diké, Bogotá, 1995, página 114.

Señor LUÍS EDUARDO VALDERRAMA M.

5

En las causales de inhabilidad por parentesco o por matrimonio, los vínculos desaparecen por muerte o por disolución del matrimonio.

Parágrafo 2º.- Para los efectos previstos en este artículo, el Gobierno Nacional determinará qué debe entenderse por sociedades anónimas abiertas.

2.3.- De acuerdo a lo consultado, ello es, inhabilidad respecto a una persona que se encuentra dentro del cuarto grado de consanguinidad, no se encontraría en las causales ya enumeradas, por cuanto, el numeral es claro al determinar los 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.

3.- CONCLUSIÓN

Con base en los datos por usted suministrados, podemos concluir que no se configuraría ninguna inhabilidad de las ya citadas en los considerandos.

Le expresamos que Usted puede conocer y consultar los conceptos que, con relación a este y otros temas, ha proferido la Oficina Jurídica, visitando el enlace normatividad –conceptos de nuestro portal institucional: www.contraloriagen.gov.co

Cordial saludo,

LUÍS GUILLERMO CANDELA CAMPO
Director Oficina Jurídica

Copia: Doctor José Nicolás Ramos R., Gerente Departamental del Casanare (E)
Proyectó: Gloria Andeotti Caro, Profesional Universitario.
Revisión Jurídica: Juan Carlos Luna Rosero, Coordinador de Gestión.
Revisión de forma: María Stella Romero Nieto/ NR: 2010ER2351