



* 2 0 2 2 6 0 0 1 4 7 0 2 1 *

Al contestar por favor cite estos datos:
Radicado No.: 20226000147021
Fecha: 18/04/2022 09:00:39 a.m.



Referencia: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Impedimento para contratar a parientes de contralor departamental. **Radicado: 20222060111142 del 07 de marzo de 2022.**

Reciba un cordial saludo.

En atención a su consulta de la referencia, relacionada con la eventual inhabilidad de los parientes de un contralor departamental para contratar con las entidades del mismo departamento, me permito manifestarle lo siguiente:

Sea lo primero señalar que la Ley 53 de 1990¹, señala lo siguiente:

“Artículo 19. El artículo 87 del Código de Régimen Municipal (Decreto-ley número 1333 de 1986), quedará así:

(...)

***El cónyuge, compañero o compañera permanente, ni los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil de alcalde, de los concejales principales o suplentes, del Contralor, del Personero, del Secretario del Concejo, de los Auditores o Revisores, no podrán ser nombrados ni elegidos para cargo alguno en ninguna dependencia del respectivo municipio, ni contratar con el mismo, dentro del período para el cual fueron elegidos. No se dará posesión a quien fuere nombrado o elegido violando este artículo, previa comprobación.**” (Negrilla y subraya fuera de texto)*

¹ “Por la cual se modifican algunos artículos de los Códigos de Régimen Departamental y Municipal; Los Decretos - leyes números 1222 y 1333 de 1986; la Ley 78 de 1986 y el Decreto - ley número 77 de 1987.”

Frente al particular este Departamento elevó consulta al Consejo de Estado, donde se preguntó si con la entrada en vigencia del artículo 126 de la Constitución Política de 1991 y de lo consignado en la Ley 136 de 1994, la Ley 617 de 2000 y 821 de 2003 se consideraba que había ocurrido una derogatoria tácita del artículo 87 de la Ley 1333 de 1986, modificado por la Ley 53 de 1990.

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, con ponencia del Dr. Gustavo Aponte Santos mediante concepto radicado bajo el No. 1.675 del 31 de Agosto de 2005, dio respuesta en los siguientes términos:

“En la actualidad, se encuentra vigente el inciso segundo del artículo 87 del decreto ley 1333 de 1986, modificado por el artículo 19 de la ley 53 de 1990, en relación con la prohibición establecida en dicha norma de designar al cónyuge, compañero o compañera permanente o los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil del Contralor, el Personero, el Secretario del Concejo, los Auditores o Revisores, en los empleos del respectivo municipio y sus entidades descentralizadas, durante el período para el cual tales servidores fueron elegidos.” (Subrayado y negrilla nuestro)

Así las cosas, respecto del artículo 19 de la Ley 53 de 1990, el Consejo de Estado señaló que no hay una derogación expresa, ni tácita, ni orgánica de esta disposición, observando que el artículo 49 de la Ley 617 de 2000 contempla prohibiciones para los cónyuges o compañeros permanentes y parientes en los grados anotados, diputados, concejales, gobernadores, alcaldes, pero no para todos, pues no se refirió a los contralores, ni personeros, ni secretario del concejo, ni los auditores o revisores.

De acuerdo con la norma y jurisprudencia en cita, los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil del contralor, no podrán ser nombrados ni elegidos para cargo alguno, ni podrán suscribir contratos estatales en el respectivo territorio, durante el periodo para el cual tales servidores fueron elegidos.

Del mismo modo, es importante señalar que la Ley 80 de 1993² señala sobre el tema consultado:

“ARTÍCULO 8o. DE LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES PARA CONTRATAR.

(...)

2o. <Aparte tachado derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007> 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 9o. DE LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES SOBREVINIENTES.

<Artículo modificado por el artículo 6 de la Ley 2014 de 2019. El nuevo texto es el siguiente:> **Si**

² “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”.

llegare a sobrevenir inhabilidad o incompatibilidad en el contratista, este cederá el contrato previa autorización escrita de la entidad contratante o, si ello no fuere posible, renunciará a su ejecución.

Cuando la inhabilidad o incompatibilidad sobrevenga en un proponente dentro de un proceso de selección, se entenderá que renuncia a la participación en el proceso de selección y a los derechos surgidos del mismo.

Si la inhabilidad o incompatibilidad sobreviene en uno de los miembros de un consorcio o unión temporal, este cederá su participación a un tercero previa autorización escrita de la entidad contratante. En ningún caso podrá haber cesión del contrato entre quienes integran el consorcio o unión temporal. (Negrilla y subrayado por fuera del texto original).

Ahora bien, en cuanto a los grados de parentesco, tenemos que de acuerdo con lo establecido en los artículos 35 y siguientes del Código Civil, el 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, mientras que los grados de consanguinidad entre dos personas se cuentan por el número de generaciones; por su parte, el parentesco por afinidad es el que existe entre una persona que está o ha estado casada y los consanguíneos legítimos de su marido o mujer y que podemos resumir así para efectos de la consulta:

Primer grado de consanguinidad: padres e hijos.

Segundo grado de consanguinidad: abuelos, nietos y hermanos.

Tercer grado de consanguinidad: tíos y sobrinos.

Cuarto grado de consanguinidad: primos y sobrinos nietos.

Primer grado de afinidad: padres (suegros) e hijos del esposo o compañero permanente del servidor.

Segundo grado de afinidad: abuelos, nietos y hermanos del esposo (cuñados) o compañero permanente del servidor.

Primer grado civil: hijos adoptados y padres adoptivos.

En este orden de ideas y teniendo en cuenta el carácter restrictivo de las inhabilidades, el impedimento para vincularse como contratista en la misma circunscripción territorial, se encuentra señalado para los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil del Contralor.

De otra parte, respecto del conflicto de intereses tenemos que el artículo 44 de la Ley 1959 de 2019³, estipula:

“ARTICULO 44. Conflicto de intereses. Todo servidor publico debera declararse impedido para actuar en un asunto cuando tenga interes particular y directo en su regulacion, gestion, control o decision, o lo tuviere su conyuge, compañero o compañera permanente, o algunos de sus

³ “Por medio de la cual se expide el código general disciplinario se derogan la ley 734 de 2002 y algunas disposiciones de la ley 1474 de 2011, relacionadas con el derecho disciplinario”.

parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, o su socio o socios de hecho o de derecho.

Cuando el interes general, propio de la funcion publica, entre en conflicto con un interes particular y directo del servidor publico debera declararse impedido”.

De acuerdo con lo señalado, todo servidor público debe declararse impedido para actuar en un asunto cuando tiene interés particular y directo en su regulación, gestión, control o decisión. O si lo tiene su cónyuge, compañero(a) permanente, parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil y/o su(s) socio(s) de hecho o de derecho. Esto para garantizar la idoneidad, moralidad, probidad y eficacia en el ejercicio de cargos públicos principios que pueden ser vulnerados al encontrarse intereses privados en prevalencia sobre el interés general.

Sobre las situaciones que puedan derivarse de un conflicto de interés, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en Concepto núm. 1.903 del 15 de mayo de 2008, Consejero Ponente: Luis Fernando Álvarez Jaramillo, afirma:

“2. El conflicto de intereses.

Sobre este tema la Sala mediante Concepto de abril 28 de 2004 M.P Flavio Rodríguez Arce con radicación 1572, dijo:

“El conflicto de intereses: Es una institución de transparencia democrática que por su alcance y fundamento debe analizarse en forma concreta.

2.1 Noción. *En términos generales es aquella cualidad de concurrencia antagónica entre el interés particular y el interés público que afecta la decisión a tomar y obliga a declararse impedido a quien deba tomarla.*

2.2 Finalidad. *El instituto del conflicto de intereses trata de impedir que prevalezca el interés privado del congresista sobre los intereses públicos, el cual, prevalido de su influencia, podría obtener provechos indebidos para sí o para terceros, es decir, evitar favorecer intereses que no sean los relativos al bien común o que la imparcialidad de sus decisiones se comprometa y distorsione por motivos personales o particulares. Se trata así de un asunto inherente al fuero interno del congresista, a un aspecto esencialmente subjetivo, el que de existir y no ser manifestado conforme al reglamento, da lugar a la recusación.*

2.3 Fundamento. *De allí que el fundamento del impedimento radica en que: a) el conflicto de interés afecta la transparencia de la decisión - para el caso, la motivación del voto -. En efecto, en toda decisión siempre debe haber, en forma inequívoca, un solo interés: el interés general de la ley. Por tanto, en caso de conflicto se mezclan el interés privado y el público, con lo cual*

queda en duda cuál fue el interés dominante. b) En que el impedimento evita que la decisión sea determinada por el interés particular en detrimento del interés público.

2.4 Necesidad de análisis en cada caso particular: *La Sala estima conveniente advertir que el tema, de por sí complejo, requiere para su tratamiento del análisis de cada caso concreto, pues la conducta humana admite de manera necesaria matices y, por tanto, el instituto del conflicto de intereses, al ser del resorte del fuero interno, debe ser valorado con especial cuidado para no vulnerar los derechos del congresista o hacer inanes los alcances de la ley”.*

Por ende, la concurrencia entre el interés particular y el interés público afecta alguna decisión en cuyo caso quien deba tomarla está obligado a declararse impedido para poder hacerlo. Al respecto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, en sentencia C-1040 de 2005, se refirió a la naturaleza del interés que genera conflicto, indicando en esa oportunidad lo siguiente:

(...) Existe un interés directo, cuando el provecho que se obtenga por el parlamentario, sus familiares o socios en los términos previstos en la ley, no requiera para su demostración de actos, hechos o desarrollos posteriores que lo conviertan en hipotético o aleatorio. Sobre el particular la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que la comprobación del mismo: “debe surgir de los extremos de la relación que se plantea a través de la decisión que haya de tomarse con respecto a los proyectos de ley, sin intermediación alguna. Sólo dentro de los límites de un determinado ordenamiento jurídico, puede tener para el congresista o las personas indicadas en el numeral 286 de la Ley 5ª de 1992, relevancia su interés, el cual no puede ser otro que aquél en el cual sus destinatarios tengan relación directa con el mismo”⁴. Por otra parte, el interés se torna en particular, cuando la adopción de una decisión en un asunto concreto le generaría al parlamentario un provecho o beneficio, específico y personal, para sí mismo o para quienes de acuerdo con la ley se encuentren relacionados con él, y que no obstante estar consciente de dicha circunstancia, no manifiesta su impedimento para participar en el debate o votación correspondiente. Finalmente, el interés debe ser inmediato, con el propósito de excluir sucesos o hechos contingentes e imprevisibles, sobre los cuales no sea posible determinar o predecir con cierto grado de convicción y de evidencia fáctica su realización en el futuro⁵.

La determinación de un conflicto de interés debe analizar la configuración de un interés directo, inmediato y particular como contraposición del interés general que implique el aprovechamiento de su posición frente asuntos sobre los que tiene competencia y votación.

Por su parte, la Ley 1437 de 2011⁶ establece en su artículo 11 las causales por las cuales se configura un conflicto de interés y puede declararse impedido o ser recusado. Una de estas o, la

⁴ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 26 de julio de 1994. Radicación AC-1499. Consejero Ponente: Delio Gómez Leyva.

⁵ Corte Constitucional, sentencia C-1040 de 2005, Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Humberto Antonio Sierra Porto, Álvaro Tafur Galvis, Clara Inés Vargas Hernández.

⁶ «Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo»

más común, hace referencia al interés particular y directo en la actuación. En este caso, el artículo 12 de la misma ley fija el trámite para declararse impedido, el cuál si es aceptado puede designarse a un funcionario *ad hoc* para que resuelva la controversia.

Teniendo en cuenta lo señalado nos permitimos transcribir sus interrogantes para darles respuesta en el mismo orden de presentación, así:

1. ¿La hermana o Hermano de un contralor departamental elegido y posesionado que antes de la elección y posesión del contralor haya firmado o celebrado un contrato de prestación de servicios con la gobernación del departamento de Sucre tiene que renunciar a su contrato de prestación de servicios o puede terminarlo por que se firmó antes y lo que no podría es celebrar o firmar uno nuevo?

Respuesta: Toda vez que la inhabilidad a que se refiere el artículo 19 de la Ley 53 de 1990 se circunscribe al periodo durante el cual es elegido el contralor respectivo, en criterio de esta dirección jurídica, si el nombramiento o la celebración del contrato se hicieron antes del inicio del periodo del contralor, no estaríamos en presencia del impedimento de esta norma; no obstante, frente a la inhabilidad contenida en el literal b) del numeral segundo del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 habría una inhabilidad sobreviniente para los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad (hermanos), segundo de afinidad o primero civil del contralor, por lo que deberán renunciar a su contrato, en caso de que el contralor ejerza el control interno o fiscal de la entidad contratante.

2. ¿La suegra o suegro de un contralor departamental que haya firmado un contrato de prestación de servicios con una entidad descentralizada o con un instituto de la gobernación antes de la elección y posesión del contralor, tiene que renunciar a su contrato o por el hecho de haberse firmado o celebrado antes lo puede terminar y lo que no podrías es celebrar o firmar uno nuevo?

Respuesta: Toda vez que la inhabilidad a que se refiere el artículo 19 de la Ley 53 de 1990 se circunscribe al periodo durante el cual es elegido el contralor respectivo, en criterio de esta dirección jurídica, si el nombramiento o la celebración del contrato se hicieron antes del inicio del periodo del contralor, no estaríamos en presencia del impedimento de esta norma; no obstante, frente a la inhabilidad contenida en el literal b) del numeral segundo del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 habría una inhabilidad sobreviniente para los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad (suegros) o primero civil del contralor, por lo que deberán renunciar a su contrato, en caso de que el contralor ejerza el control interno o fiscal de la entidad contratante.

3. Una vez elegido y posesionado el contralor del departamento de Sucre, el hermano o hermana de este, la suegra o suegro de este, incurren en inhabilidad sobreviviente y tienen que renunciar a su contrato de prestación de servicios o cómo esos contratos fueron celebrados o firmados antes no tienen que renunciar y no tienen impedimentos, aclaro esos contratos de prestación de servicios no se firmaron en la contraloría donde el contralor es el nombrador, se firmaron en la gobernación que audita el contralor con anterioridad a la elección del contralor.

Respuesta: De acuerdo con lo señalado los hermanos y suegros de un contralor departamental que al momento de la posesión, son contratistas de entidades en las cuales el contralor ejerza el control interno o fiscal, deberán renunciar a sus contratos al configurarse una inhabilidad sobreviviente.

4. El contralor tiene que declararse impedido en la gobernación por que la suegra o suegro o la hermana o hermano tienen un contrato de prestación de servicios que fue firmado antes de la elección y posesión del contralor

Respuesta: La declaratoria de impedimento por un conflicto de intereses, deberá ser estudiada en cada caso particular, en aquellas situaciones en las cuales exista un interés directo, inmediato y particular como contraposición del interés general que implique el aprovechamiento de su posición frente asuntos sobre los que tiene competencia y votación el respectivo servidor público; razón por la cual no resulta viable dar una respuesta a su pregunta.

5. ¿Cómo se tramita un impedimento y ante quien y ese impedimento se debe solicitar antes del inicio de la auditoría de la entidad o una vez posesionado el contralor aunque la auditoría se vaya hacer seis meses después?

Respuesta: El trámite a seguir será el que se establezca en la entidad respectiva, de acuerdo con los lineamientos señalados en las normas citadas, respecto del momento en que debe ser anunciado, corresponderá al servidor público respectivo determinarlo de acuerdo con los mismos lineamientos.

6. ¿Si una esposa o familiar del contralor tuvo un contrato de prestación de servicios en un municipio el año pasado, el contralor tiene que declararse impedido en ese municipio?

Respuesta: El impedimento debe anunciarse cuando exista un interés directo, inmediato y particular como contraposición del interés general que implique el aprovechamiento de su posición frente asuntos sobre los que tiene competencia y

votación el respectivo servidor público; razón por la cual no resulta viable dar una respuesta a su pregunta.

7. ¿Cuáles son las inhabilidades e incompatibilidades para un contralor departamental y cuando y en que casos puede un contralor incurrir en inhabilidad sobreviviente o incompatibilidad sobreviniente, ejemplos de inhabilidad e incompatibilidades sobrevinientes de un contralor?

Respuesta: Las inhabilidades e incompatibilidades de los contralores departamentales se encuentran contenidas en el artículo 272 de la Constitución Política y en el artículo 6 de la Ley 330 de 1996⁷. Respecto de las inhabilidades sobrevinientes⁸ tenemos que: *“una causal de inhabilidad se torna en sobreviniente cuando durante el desempeño de un cargo se presentan situaciones previstas en la ley como supuestos de hecho de una inhabilidad, de manera que por ser de ocurrencia posterior a la elección o nombramiento no genera la nulidad del acto de elección o designación, pero tiene consecuencias jurídicas respecto del ejercicio del cargo que se está desempeñando”*. Razón por la cual se deberá estudiar en cada caso particular y no resulta viable dar “ejemplos”.

8. ¿Si un cuñado del contralor departamental tiene contratos de obras en un municipio del departamento o en la gobernación del departamento el contralor tiene que declararse impedido?

Respuesta: El impedimento debe anunciarse cuando exista un interés directo, inmediato y particular como contraposición del interés general que implique el aprovechamiento de su posición frente asuntos sobre los que tiene competencia y votación el respectivo servidor público; razón por la cual no resulta viable dar una respuesta a su pregunta.

9. Cuáles son las sanciones en las que puede incurrir un contratista de prestación de servicios si por cualquier motivo tiene que renunciar a un contrato de prestación de servicios si ustedes consideran que tienen que renunciar según lo que acabo de preguntar si no lo hace.

⁷ “Por la cual se desarrolla parcialmente el artículo 308 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones relativas a las Contralorías Departamentales”.

⁸https://www.registraduria.gov.co/IMG/pdf/INHABILIDADES_E_INCOMPATIBILIDADES_DE_LOS_SERVIDORES_PUBLICOS.pdf



Respuesta: Corresponderá a la Procuraduría General de la Nación como entidad competente en la materia, investigar e imponer las sanciones a que haya lugar por la violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, razón por la cual no resulta viable emitir consideraciones al respecto.

Por último, para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público, las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos; así como la normatividad que ha emitido el Gobierno Nacional a propósito de la emergencia ocasionada por el covid – 19, me permito indicar que en el link <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo> y <https://coronaviruscolombia.gov.co/Covid19/index.html> podrá encontrar conceptos y normativa relacionados con el tema.

El anterior concepto se imparte en los términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Maia Borja/HHS.

11602.8.4