



Al contestar por favor cite estos datos:
Radicado No.: 20166000013611
Fecha: 25/01/2016 03:16:07 p.m.

Bogotá D. C.,

Señor
CARLOS JULIO BARRERA
Gerente INFRIBOY S.A.S
administracion@infriboy.com

REF.: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES Inhabilidades que pudieran presentarse para los parientes de los concejales por haber contratado con el respectivo municipio. **Radicado.** 2015-206-023518-2 de fecha 3 de diciembre de 2015.

Respetado señor:

En atención al escrito de la referencia, dirigido a la Presidencia de la República, quien lo envió a la Procuraduría General de la Nación y esta entidad lo remitió a este Departamento, me permito dar respuesta en los siguientes términos.

PLANTEAMIENTO JURIDICO

¿Existe inhabilidad para quien es socio y representante legal de una sociedad anónima simplificada que suscribió un contrato de concesión con el municipio en el año 2010 pueda seguir ejecutando el contrato si el pariente en primer grado de consanguinidad (hijo) fue elegido concejal del municipio?

FUENTES FORMALES

- Ley 617 de 2000¹.
- Código Civil Colombiano.
- Ley 80 de 1993²
- Jurisprudencia Corte Constitucional y Consejo de Estado.

¹ Por la cual se reforma parcialmente la Ley 136 de 1994, el Decreto Extraordinario 1222 de 1986, se adiciona la ley orgánica de presupuesto, el Decreto 1421 de 1993, se dictan otras normas tendientes a fortalecer la descentralización, y se dictan normas para la racionalización del gasto público nacional.

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

ANÁLISIS

Con el fin de atender su planteamiento jurídico, es preciso atender los preceptos legales que a continuación se relacionan:

1. Prohibición a los parientes de los Concejales para ser contratistas.

Las inhabilidades de los parientes de los concejales se encuentran consagradas en la Ley 617 de 2000, al señalar:

"ARTICULO 49. PROHIBICIONES RELATIVAS A CÓNYUGES, COMPAÑEROS PERMANENTES Y PARIENTES DE LOS GOBERNADORES, DIPUTADOS, ALCALDES MUNICIPALES Y DISTRITALES; CONCEJALES MUNICIPALES Y DISTRITALES. <Apartes subrayados CONDICIONALMENTE exequibles> <Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 1148 de 2007. El nuevo texto es el siguiente:> Los cónyuges o compañeros permanentes, y parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales y concejales municipales y distritales, no podrán ser miembros de juntas o consejos directivos de entidades del sector central o descentralizados del correspondiente departamento, distrito o municipio, ni miembros de juntas directivas, representantes legales, revisores fiscales, auditores o administradores de las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el respectivo departamento o municipio.

Los cónyuges o compañeros permanentes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales y concejales municipales y distritales, y sus parientes ~~dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil~~, no podrán ser designados funcionarios del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas. (Inciso 2o. declarado EXEQUIBLE, salvo el aparte tachado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-903 de 17 de septiembre de 2008, Magistrado Ponente Dr. Jaime Araújo Rentería, 'en el entendido de que esta prohibición se predica de los parientes en el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad y único civil, como lo establece el artículo 292 de la Constitución Política.')

<Inciso modificado por el artículo 1 de la Ley 1296 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:> Los cónyuges o compañeros permanentes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales, concejales municipales y distritales y sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, o primero civil no podrán ser contratistas del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas, ni directa, ni indirectamente. (Subrayado fuera de texto)

PARÁGRAFO 1o. Se exceptúan de lo previsto en este artículo los nombramientos que se hagan en aplicación de las normas vigentes sobre carrera administrativa.

PARÁGRAFO 2o. Las prohibiciones para el nombramiento, elección o designación de servidores públicos y trabajadores previstas en este artículo también se aplicarán en relación con la vinculación de personas a través de contratos de prestación de servicios.

PARÁGRAFO 3o. Prohibiciones relativas a los cónyuges, compañeros permanentes y parientes de concejales de municipios de cuarta, quinta y sexta categoría. Tratándose de concejales de municipios de cuarta, quinta y sexta categoría, las prohibiciones establecidas en el presente artículo se aplicarán únicamente para los cónyuges o compañeros permanentes y parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil." (Apartes 'compañero permanente' del texto artículo 1 de la Ley 1148 de 2009 declarado CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE, por los cargos analizados, por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-029-09 de 28 de enero de 2009, Magistrado Ponente Dr. Rodrigo Escobar Gil, "... en el entendido de que en igualdad de condiciones, ellas comprenden también a los integrantes de las parejas de un mismo sexo".

De acuerdo con la anterior norma, es claro que los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil de los concejales no podrán suscribir contratos con el respectivo municipio ni directa ni indirectamente.

Ahora bien, de acuerdo con lo contemplado en el artículo 46 del Código Civil Colombiano, es viable indicar que padre-hijo se encuentran dentro del primer grado de consanguinidad.

De acuerdo con lo consagrado en el artículo 1° de la Ley 1296 de 2009, los cónyuges o compañeros permanentes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales, concejales municipales y distritales y sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad (padres – hermanos- tíos- primos), segundo de afinidad, o primero civil no podrán ser contratistas del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas, ni directa, ni indirectamente.

Estas inhabilidades fueron expresamente consagradas por el Legislador en desarrollo de la atribución dada por el artículo 150 inciso final de la Constitución, según el cual compete al Congreso de la República expedir el estatuto general de contratación de la administración pública, y no están sujetas a los límites del artículo 292 de la Constitución Política.

2. Jurisprudencia Corte Constitucional.

La Corte Constitucional en Sentencia C-348 de 2004, Magistrado Ponente, Dr. Jaime Córdoba Triviño, precisó:

"3.6. Finalmente, en relación con las normas sobre la inhabilidad para ser directa o indirectamente contratistas del respectivo departamento, distrito o municipio o de sus entidades descentralizadas o para ser vinculados por contratos de prestación de servicios, la Corte resalta que estas disposiciones hacen parte del desarrollo de la atribución dada por el artículo 150 inciso final de la Constitución, según el cual compete al Congreso de la República expedir el estatuto general de contratación de la administración pública.

Estas medidas constituyen igualmente un desarrollo legislativo razonable y proporcionado, como instrumento necesario e idóneo para el logro de los principios rectores de la actuación administrativa y garantizar que las actuaciones públicas estén despojadas de propósitos o intenciones ajenos al servicio público y al interés general. Lo que buscan las disposiciones demandadas es evitar, entre otros efectos, la ingerencia indebida de los miembros de las corporaciones públicas en la gestión pública del orden territorial y a favor de sus allegados. lo cual no puede entenderse como una sanción legislativa a los parientes de los diputados y concejales. De tal suerte que las inhabilidades en referencia constituyen una garantía de imparcialidad, transparencia y moralidad de la gestión pública en los departamentos, distritos y municipios.

(...)

La Corte concluye entonces que las medidas adoptadas representan la voluntad del legislador, que, a partir de su propia verificación de las experiencias conocidas y la evaluación de la gestión territorial, ha estimado pertinente fijar tales restricciones, sin que ellas afecten de manera irrazonable o desproporcionada los derechos a la igualdad, trabajo o acceso a cargos y funciones públicas de los parientes de diputados y concejales. (...)

En consecuencia, se declarará la exequibilidad de los apartes demandados del inciso tercero y el párrafo 2° del artículo 1° de la Ley 821 de 2003, pero precisando que las prohibiciones allí previstas surtan efectos únicamente dentro del ámbito territorial de competencias del respectivo diputado o concejal." (Subrayado fuera de texto)

De conformidad con las normas y sentencias citadas, los cónyuges o compañeros permanentes de los concejales municipales y distritales y sus parientes dentro del cuarto grado de

consanguinidad, segundo de afinidad, o primero civil no podrán ser contratistas del respectivo, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas, ni directa, ni indirectamente.

3. Inhabilidad e incompatibilidad sobreviniente.

Sobre las inhabilidades sobrevinientes, la Ley 80 de 1993, señala:

"ARTÍCULO 9o. 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.

Cuando la inhabilidad o incompatibilidad sobrevenga en un proponente dentro de una licitación, 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, éste 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." (Subrayado fuera de texto)

De conformidad las normas citadas, en caso de sobrevenir la inhabilidad para el contratista, éste deberá ceder el contrato o renunciar a su ejecución.

4. Ahora bien, de otra parte es preciso analizar si existe algún tipo de prohibición para que una empresa del tipo de Sociedad Anónima Simplificada SAS celebre contratos de manera directa o indirecta con entidades del municipio, sobre el particular me permito señalar lo siguiente:

Como ya se advirtió, de acuerdo con lo señalado en el artículo 49 de la Ley 617 de 2000 es claro que los parientes en cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil de los concejales no podrán suscribir contratos con el respectivo municipio directa, ni indirectamente.

Respecto de la contratación indirecta o por interpuesta persona, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo -Sección Quinta, Consejero Ponente: Darío Quiñones Pinilla en Radicación Número: 68001-23-15-000-2004-00002-02(3875) de Enero 19 de 2006, señaló:

"Ciertamente, esta Sala ha dicho que el contrato por interpuesta persona se configura mediante sociedades de personas de las que sea socio quien interviene en la negociación, de tal manera que la interpuesta persona es la propia sociedad³. En otras palabras, la celebración de contratos bajo esta modalidad implica que quien aparece como contratista, aunque formalmente, aparentemente, figure como tal, en realidad, no es la persona que lo celebra y ejecuta.

Tal figura constituye un medio para obtener beneficios que de otra manera no podrían obtenerse o para eludir las inhabilidades o incompatibilidades en las que pueda estar incurso una persona determinada". (Subrayas fuera de texto).

Esta Dirección Jurídica, atendiendo el criterio señalado por el Consejo de Estado ha sido consistente al manifestar que no es viable que se celebren contratos de cualquier tipo con

³ Sentencias del 2 de noviembre de 2001, expediente 2697; y del 30 de noviembre de 2001, expediente 2736.

entidades Estatales si la figura planteada constituye un medio para obtener beneficios que de otra manera no podrían obtenerse o para eludir las inhabilidades o incompatibilidades en las que pueda estar incurso una persona determinada.

Por lo tanto, puede inferirse que el pariente en cuarto grado de consanguinidad de un concejal no puede celebrar contratos con entidades estatales por sí o por interpuesta persona en el respectivo municipio.

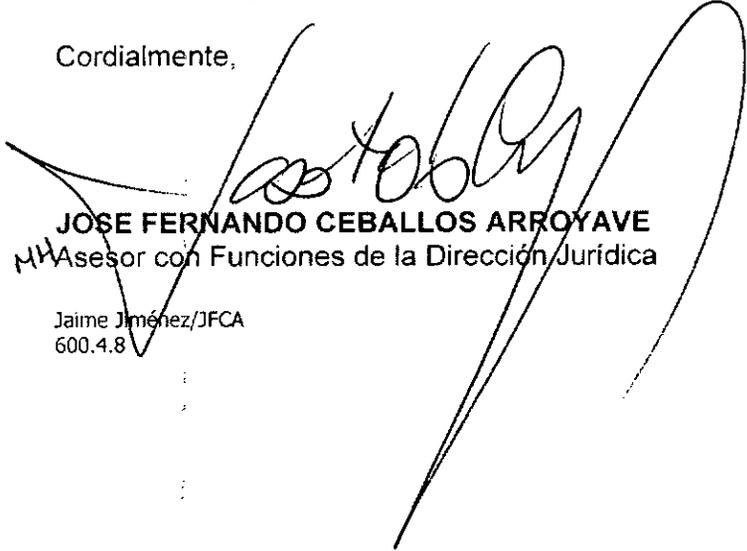
CONCLUSIONES:

De acuerdo con lo expuesto, es viable concluir que el pariente en primer grado de consanguinidad (padre) de un concejal municipal se encuentra inhabilitado para suscribir contratos con el respectivo municipio ya sea en forma directa, o indirectamente por medio de empresas.

En el evento de considerarse que el contrato se suscribió en forma directa o indirecta con el municipio y fuere posesionado el pariente en primer grado de consanguinidad (hijo) Concejal, al contratista (padre) le sobrevendría una inhabilidad, y por consiguiente, estaría obligado de conformidad con el artículo 9 de la Ley 80 de 1993, a ceder el contrato previa autorización escrita de la entidad contratante o, si ello no fuere posible, a renunciar a su ejecución.

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

Cordialmente,



JOSE FERNANDO CEBALLOS ARROYAVE
Asesor con Funciones de la Dirección Jurídica

Jaime Jiménez/JFCA
600.4.8