



Función Pública

Concepto Sala de Consulta C.E. 1097 de 1998 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

RACS 1097-1998

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero Ponente : Augusto Trejos Jaramillo

Santafé de Bogotá, D.C., veintinueve (29) de abril de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Radicación número : 1097

Referencia : Asesor de despacho de Ministro. Inhabilidades o incompatibilidades para entrar a ejercer el cargo, si es accionista de sociedad de familia.

El Ministro del Interior, previa una sucinta relación de normas sobre inhabilidades para contratar con las entidades del Estado, consulta a la Sala en los siguientes términos:

" ¿ Es predicable de quien ostenta la calidad de socio de una sociedad de familia, inhabilidad o incompatibilidad alguna, para que pueda vincularse como servidor público en calidad de asesor del Despacho del Ministro, considerando que la misma ha celebrado o posee expectativa de celebrar contratos con diferentes entidades públicas, siendo a su vez su cónyuge y parientes dentro del primer grado de consanguinidad, miembros de la mencionada firma ?".

I. Consideraciones.

Como ya lo ha manifestado la Sala, las inhabilidades son impedimentos para ejercer una función determinada o para que una persona sea elegida o designada para desempeñar un cargo público, en razón de intereses personales o por la ausencia de calidades para el ejercicio del cargo; la inhabilidad puede generar la nulidad de la elección o nombramiento. Por su parte, las incompatibilidades son prohibiciones para realizar actividades o gestiones de manera simultánea con el ejercicio de un cargo; la violación del régimen de incompatibilidades puede dar lugar a sanción disciplinaria, o a la pérdida de investidura para los congresistas.

Las causales de inhabilidad e incompatibilidad deben estar expresa y taxativamente establecidas en la Constitución o en la ley y son de aplicación e interpretación restrictivas. Este principio tiene su fundamento en el artículo 60. de la Carta, según el cual los servidores públicos no pueden hacer sino aquello que les está expresamente atribuido por el ordenamiento jurídico; los particulares pueden realizar todo lo que no les esté prohibido.

En el ámbito contractual, las inhabilidades e incompatibilidades son circunstancias que imposibilitan para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales. También impiden la participación en el proceso de selección y el ejercicio de los derechos surgidos del mismo, cuando la inhabilidad o incompatibilidad sobreviene para un proponente dentro de una licitación o concurso.

1.1. Sociedades de familia.

El Código de Comercio (decreto 410 de 1971) no regula en forma expresa este tipo de sociedades y no les da existencia autónoma e independiente. Sin embargo, artículos de ese Código, como son los casos del 102 y del 435, admiten de manera genérica la posibilidad de que ellas existan y actúen jurídicamente. El decreto reglamentario 187 de 1975 (sobre impuesto de renta), en su artículo 6º. dice que: "Se considera de familia la sociedad que esté controlada económica, financiera y administrativamente por personas ligadas entre sí por matrimonio o por parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad o único civil". Es decir, como lo sostiene la doctrina, el carácter de la sociedad de familia está marcado por dos requisitos a- La existencia de un control económico financiero o administrativo y b- Que dicho control sea ejercido por personas ligadas entre sí por matrimonio o por parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad o único civil. (Superintendencia de Sociedades "Conceptos". 1988-1990. Tomo IX págs. 143 y siguientes).

1.2. Inhabilidades e incompatibilidades para contratar.

La circunstancia de que una persona ostente la calidad de socio de una sociedad familiar, no constituye de por sí una inhabilidad para ser designado en el cargo de asesor del despacho de un Ministro. Esta situación sí genera a dicha sociedad impedimento para contratar con la entidad estatal en que su socio sea nombrado o para que la misma sociedad participe en procesos de selección, concurso o licitación

adelantados por la entidad, de conformidad con lo dispuesto en las normas que regulan la materia, como se ve a continuación:

-La Constitución Nacional en su artículo 127 prevé que "los servidores públicos no pueden celebrar por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, salvo las excepciones legales".

-Dentro de esta exceptiva están casos como los que aparecen consignados en el artículo 10 de la ley 80 de 1993 y que se refieren a : personas que contraten por obligación legal o lo hagan para usar los bienes o servicios que las entidades a que se refiere el estatuto contractual ofrezcan al público en condiciones comunes a quienes los soliciten; personas jurídicas sin ánimo de lucro cuyos representantes legales hagan parte de juntas o consejos directivos en virtud de su cargo o por mandato legal y quienes celebren contratos en desarrollo de lo previsto en el artículo 60 de la Constitución Política.

-El parágrafo 1o. del artículo 8o. ibídem exceptúa de la inhabilidad prevista en la letra d), ordinal 2o. de ese mismo artículo a las corporaciones, asociaciones, fundaciones y sociedades, cuando por disposición legal o estatutaria el servidor público en los niveles allí especificados debe desempeñar en ellas cargos de dirección o manejo.

En ninguna de estas excepciones encuadra la situación analizada.

-A su vez el numeral 1o. del artículo 8o. de la ley 80 de 1993, al señalar las inhabilidades para contratar, preceptúa que son inhábiles, entre otros, las personas que se hallen en tal condición por mandato constitucional o legal y los servidores públicos.

-El artículo 8o. de la referida ley 80 establece en el numeral 2o. letras b), c) y d) prohibiciones aplicables al caso consultado, cuando señala que tampoco podrán participar en licitaciones o concursos ni celebrar contratos con la respectiva entidad: el cónyuge, compañero o compañera permanente o las personas que tengan vínculos de parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad o primero civil con el servidor público en el nivel asesor; así como las sociedades de personas en las que el servidor público del nivel asesor o su cónyuge, compañero o compañera permanente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, afinidad o civil, tengan participación o desempeñen cargos de dirección o manejo.

Con las anteriores prohibiciones la ley impide a las personas que tengan parentesco con los directivos de una entidad oficial, contratar con ésta. Así mismo pretende evitar que las personas jurídicas contraten con entidades estatales cuando quien las dirigió, es decir, desempeñó cargos en aquellas, en los niveles directivo, asesor o ejecutivo, adquiere la condición de funcionario público y, como tal, le correspondería contratar en nombre de la entidad oficial con la persona jurídica que antes manejó. Esta incompatibilidad se hace extensiva, inclusive, al cónyuge, compañero o compañera permanente y parientes en los grados antes señalados, que hayan participado en la dirección de persona jurídica que pretenda contratar con el organismo estatal.

En este orden de ideas se tiene que, si tal como lo manifiesta el señor Ministro en la consulta, la sociedad familiar a que alude posee expectativas de celebrar contratos con diferentes entidades públicas, conviene aclarar que los impedimentos relacionados en el numeral 2o. del artículo 8º del Estatuto Contractual se aplican respecto de la entidad en que el miembro de la sociedad se desempeñe como servidor público, por ser este el sentido de las prohibiciones existentes para que dichos servidores contraten con entidades del Estado; el hecho de tener el socio esa calidad impediría a la referida sociedad participar en licitaciones o concursos y, por ende, contratar con la entidad a la cual él esté vinculado.

1.3. Inhabilidades e incompatibilidades sobrevinientes.

Una circunstancia de inhabilidad e incompatibilidad sobreviniente en materia contractual es aquella que se presenta con posterioridad a la celebración del contrato y ocasiona que, a partir de ese momento, el contratista no pueda seguir ejecutándolo.

El artículo 9o. del estatuto contractual prescribe que si llega a sobrevenir inhabilidad o incompatibilidad en el contratista, éste cederá el contrato previa autorización escrita de la entidad contratante o, de no ser ello posible, renunciará a su ejecución. Igualmente determina que cuando la inhabilidad o incompatibilidad sobrevenga en un proponente dentro de una licitación o concurso, se entenderá que renuncia a la participación en el proceso de selección y a los derechos surgidos del mismo.

Trata así de evitarse que el contratista, dada su condición, continúe vinculado contractualmente con el Estado, o que el aspirante a serlo siga tomando parte, en abierta contradicción con el artículo 13 constitucional que estatuye el principio de igualdad, en los procesos de selección y adjudicación, lo cual implicaría la ruptura del necesario equilibrio que debe observarse frente a los demás contratantes, concursantes o licitantes.

Si la sociedad familiar a que se refiere la consulta celebró contratos que actualmente están en proceso de ejecución, con el Ministerio al cual pretende vincularse quien lleva la calidad de socio, estima la Sala que, de hacerse efectivo su nombramiento, la mencionada sociedad estaría frente a una inhabilidad o incompatibilidad sobreviniente por tener ese socio la condición de servidor público; igual situación se presentaría en el evento de que dicha sociedad se encuentre participando en un proceso de licitación o concurso público, abierto por el respectivo Ministerio.

II. Se responde.

Que una persona haga parte de una sociedad familiar no es causal de inhabilidad para ser designado en un cargo público. Esa circunstancia lo que sí puede es originar impedimento a la sociedad familiar para participar en los procesos de selección, concurso o licitación y para la firma de contratos con la entidad pública a la cual esté vinculado dicho socio, cuando se da la circunstancia de que un servidor público de nivel directivo,

asesor o ejecutivo tenga participación en la sociedad familiar.

Transcríbase al señor Ministro del Interior. Igualmente envíese copia a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

AUGUSTO TREJOS JARAMILLO
Presidente de la Sala
CESAR HOYOS SALAZAR

JAVIER HENAO HIDRON
LUIS CAMILO OSORIO ISAZA
ELIZABETH CASTRO REYES
Secretaria de la Sala

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 09:52:38