



## Concepto Sala de Consulta C.E. 855 de 1996 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

RACS 0855 1996

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero Ponente : Javier Henao Hidrón

Santafé de Bogotá, D.C., ocho (8) de julio de mil novecientos noventa y seis (1996).-

Radicación número 855

Ref. : Incompatibilidades de los servidores públicos para contratar y, en particular, de los congresistas.

El señor Ministro del Interior, atendiendo una solicitud que le fuera presentada por un miembro del Congreso de la República, formula a la Sala los siguientes interrogantes:

1. "Pueden los servidores públicos adquirir bienes o servicios que se ofrezcan, en igualdad de condiciones de precio, plazos, etc., por parte de las empresas industriales y comerciales del Estado o de sociedades de economía mixta?
2. El numeral 3 del artículo 44 de la ley 200/95, restringió el alcance de la excepción del artículo 10 de la ley 80/93?
3. De ser negativa la respuesta a la primera pregunta, cómo se entendería que la Constitución en su artículo 60 ordena un trato especial y preferente para que los trabajadores sean los primeros destinatarios de la oferta de venta de la participación estatal en sociedades, y no puedan comprar en igualdad de condiciones, lo que dichas empresas comercializan en desarrollo de su objeto social?
4. El numeral 4 artículo 180 C.N. le permite a los congresistas realizar negociaciones a que se refiere cuando la adquisición de bienes y servicios se haya ofrecido a los ciudadanos en igualdad de condiciones; pueden los demás servidores públicos adquirir bienes y servicios en las mismas condiciones?"

LA SALA CONSIDERA Y RESPONDE :

I. Marco constitucional y legal.- Servidores públicos es un concepto genérico que emplea la Constitución Política para comprender a los miembros de las corporaciones públicas y a los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios; todos ellos están "al servicio del Estado y de la comunidad" y deben ejercer sus funciones "en la forma prevista en la Constitución, la ley y el reglamento".

La Carta Política asigna a la ley la función de determinar la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva (art. 124); respecto de incompatibilidades, prescribe con alcance general:

ART. 127. Los servidores públicos no podrán 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. (La negrilla es de la Sala).

La misma Constitución en forma reiterativa, atribuye a la ley la obligación de fijar el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los diputados (art. 299), de los gobernadores (art. 304), de los concejales (art. 312) y de los alcaldes (art. 314), si bien comprende todos los aspectos enunciados en uno de sus artículos, el 293, situado dentro de las disposiciones generales correspondientes al título De la Organización Territorial.

Respecto de los congresistas, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades es constitucional. Está prescrito por el Estatuto Fundamental en el capítulo 6 de su Título VI, De la Rama Legislativa (arts. 179 a 187). En el punto referente a contratación, el artículo 180 establece que los congresistas no podrán:

4. (SIC) Celebrar contratos o realizar gestiones con personas naturales o jurídicas de derecho privado que administren, manejen o inviertan fondos públicos o sean contratistas del Estado o reciban donaciones de éste. Se exceptúa la adquisición de bienes o servicios que se ofrecen a los ciudadanos en igualdad de condiciones.

Como complemento a la prohibición anterior, el mismo artículo 180 prescribe en su numeral 2, que los congresistas no podrán celebrar con las entidades públicas, por sí o por interpuesta persona, contrato alguno, agregando que "la ley establecerá las excepciones a esta disposición".

II. La excepción en materia de contratación, consistente en adquirir o usar "bienes o servicios ofrecidos al público en igualdad de condiciones".- A la prohibición que como regla general existe para los servidores públicos de 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 tributos, la Constitución y la ley erigen, como excepción principal - porque consideran que no transgrede los principios rectores de la contratación, en especial la transparencia y la selección objetiva -, la de permitir a los servidores públicos que puedan adquirir o usar los bienes o servicios de propiedad del Estado o de las personas privadas que manejen fondos públicos, cuando la oferta sea común, es decir cuando se haga "en igualdad de condiciones" o en "condiciones comunes".

La expresión, que es de origen constitucional (art. 180, numeral 4) se repite en la ley; en ésta comprende, ya a los servidores públicos en su acepción general o bien a una clase determinada de éstos. Así se expresa el legislador:

- En la ley 5ª de 1992 (Reglamento del Congreso, el Senado y la Cámara de Representantes), después de señalar que las incompatibilidades son todos los actos que no pueden realizar o ejecutar los congresistas durante el período de ejercicio de la función, prescribe que las incompatibilidades constitucionales no obstan para que los congresistas puedan directamente o por medio de apoderado :

(...)

4. (SIC) Usar los bienes o servicios que el Estado ofrezca en condiciones comunes a los que le soliciten tales bienes y servicios.

- En la ley 80 de 1993, Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, se establece que no quedan cobijadas por las inhabilidades e incompatibilidades que en los dos artículos inmediatamente anteriores se prescriben para servidores públicos y particulares, las personas que lo hagan para "usar los bienes o servicios que las entidades a que se refiere el presente estatuto ofrezcan al público en condiciones comunes a quienes los soliciten", como tampoco "quienes celebren contratos en desarrollo de lo previsto en el artículo 60 de la Constitución Política" (art. 10).

- En la ley 136 de 1994, sobre organización y funcionamiento de los municipios, las incompatibilidades prescritas para los concejales no obstan para que éstos puedan, directamente o por medio de apoderado, "usar los bienes y servicios que las entidades oficiales de cualquier clase ofrezcan al público bajo condiciones comunes a todos los que lo soliciten" (art. 46, letra c.); precepto que es aplicable también a los alcaldes, por remisión que hace el art. 96, párrafo 3º., ibídem.

- La ley 200 de 1995, autodenominada Código Disciplinario Unico, dice que se entienden incorporadas a su normatividad las incompatibilidades e inhabilidades previstas en la Constitución, la ley y los reglamentos administrativos (art. 42), pero deja a salvo "las excepciones constitucionales y legales" (art. 44-2). En este último artículo también prescribe:

3. (SIC) Ningún servidor público podrá intervenir directa o indirectamente en remate o venta en público, subasta o por ministerio de la ley de bienes, que se hagan en el Despacho bajo su dependencia o en otro ubicado en el territorio de su jurisdicción. Estas prohibiciones se extienden aún a quienes se hallen en uso de licencia.

- Finalmente y en relación con el aspecto inmediatamente anterior, la ley 270 de 1996, estatutaria de la administración de justicia, consigna para los funcionarios y empleados de la Rama Judicial la prohibición consistente en tomar interés directa o indirectamente en remates o ventas en pública subasta de bienes que se hagan en cualquier despacho judicial ( art. 154, numeral 8).

III. Enajenación por el Estado de su participación accionaria en una empresa.- La Constitución de 1991, con el propósito de democratizar los procesos de privatización de la propiedad estatal, es decir, con la finalidad de facilitar el acceso de los trabajadores y organizaciones solidarias al dominio accionario de las empresas con participación oficial, dispuso:

ART. 60. El Estado promoverá, de acuerdo con la ley, el acceso a la propiedad.

Cuando el Estado enajene su participación en una empresa, tomará las medidas conducentes a democratizar la titularidad de sus acciones, y ofrecerá a sus trabajadores, a las organizaciones solidarias y de trabajadores, condiciones especiales para acceder a dicha propiedad accionaria. La ley reglamentará la materia.

La Corte Constitucional, en sentencia C-037 de 1994, interpretó el texto transcrito en los términos siguientes:

Cuando el inciso 2º. del artículo 60 de la Constitución dispone que en los procesos de privatización el Estado "tomará las medidas conducentes a democratizar la titularidad de sus acciones..." consagra a favor de los trabajadores y de las organizaciones de economía solidaria, un derecho preferencial que no admite restricción o limitación , porque la Carta Política no le impone condición alguna. Por consiguiente, a través de la ley no es posible reglamentar el ámbito propio y específico de la operancia y la efectividad del derecho, sino "las condiciones especiales" que deben establecerse para que los beneficiarios hagan realidad la voluntad constitucional "de acceder a dicha propiedad accionaria". Cualquier fórmula que someta el desarrollo de la obligación consagrada en el inciso segundo del artículo 60 de la Carta a delimitaciones exactas o inmodificables, está desconociendo el contenido de la norma, lo mismo cuando se señala un 15% de participación en el paquete accionario, como cuando se conviene en un 51%, pues en cualquier caso la cifra resulta arbitraria, subjetiva, toda vez que no responde a necesidades deducidas de la situación concreta que presenta cada caso del proceso de democratización, sino a supuestos preestablecidos de manera discrecional.

La ley reguló la materia a que se refiere el artículo 60 constitucional, primero en el decreto-ley 663 de 1993, respecto del procedimiento y demás reglas pertinentes para la enajenación de las acciones de las entidades públicas pertenecientes al sistema financiero y, posteriormente y de manera general, mediante la ley 226 de 1995.

Según la ley 226, su campo de aplicación comprende la enajenación, total o parcial, a favor de particulares, de acciones o bonos obligatoriamente convertibles en acciones, de propiedad del Estado y, en general, la participación de éste en el capital social de cualquier empresa; abarca, además, a las entidades territoriales y sus descentralizadas, cuando decidan enajenar la participación de que sean titulares y en el entendido de que pueden adaptar las condiciones previstas a la organización de la respectiva entidad. A los destinatarios exclusivos de las condiciones especiales (trabajadores activos, pensionados y ex trabajadores de la entidad objeto de privatización y de las entidades donde esta última tenga participación mayoritaria; las asociaciones de empleados o ex empleados de la entidad que se privatiza; sindicatos de trabajadores; federaciones de sindicatos de trabajadores y confederaciones de sindicatos de trabajadores; los fondos de empleados; los fondos mutuos de inversión; los fondos de cesantías y de pensiones, y las entidades cooperativas), se les ofrecerá "en primer lugar y de manera exclusiva la totalidad de las acciones que pretenda enajenarse" (arts. 1º., 3º., 11 y 17).

IV. A manera de conclusiones.- La celebración de contratos entre el Estado y el servidor público se encuentra, por regla general, prohibida en la Constitución (art. 127) y en la ley (leyes 80 de 1993, art. 8º., letra f. y 200 de 1995, art. 44-3).

Por vía de excepción, la Constitución Política (arts. 60 y 180-4) y la ley (Estatuto de Contratación, art. 10), permiten al servidor público la celebración de determinados contratos con entidades públicas. Tal es el caso de las personas que contratan por obligación legal, o que lo hacen para usar los bienes o servicios que entidades estatales ofrecen al público en condiciones comunes a quienes los soliciten, o que en desarrollo de lo previsto en el artículo 60 de la ley superior, celebran contratos para adquirir acciones de propiedad del Estado.

La prohibición contenida en la ley 200 de 1995, Código Disciplinario (art. 44-3), es complementaria de las causales eximentes que prevé el artículo 10 de la ley 80 de 1993. En tal sentido, se precisa una nueva incompatibilidad: no constituye una excepción que permita contratar, la adquisición de bienes (públicos o privados) en remate o ventas en público, subasta o por ministerio de la ley, cuando las diligencias se realizan en el Despacho bajo su dependencia o en otro ubicado en el territorio de su jurisdicción. En estos eventos, al servidor público - así se halle en uso de licencia - le está vedado intervenir, directa o indirectamente, pues de hacerlo, se rompería el equilibrio de las condiciones comunes que exige la ley.

Es lo que ocurre, a manera de ejemplo, con los funcionarios y empleados de la Rama Judicial que no pueden intervenir con el propósito de contratar, en los remates o subastas que se realicen en el Despacho bajo su dependencia o en otro situado en el territorio de su jurisdicción; con la advertencia de que esta prohibición comprende hoy en día el tomar parte directa o indirectamente en remates o ventas en pública subasta que se hagan "en cualquier despacho judicial" (ley 270/96, art. 154-8º).

Como consecuencia, el servidor público puede usar, es decir, "hacer servir una cosa para algo", o disfrutarla, "sea o no dueño de ella", en el sentido amplio que le otorga el Diccionario de la Lengua Española (nuestro Código Civil concibe el uso como uno de los atributos del dominio o propiedad), los bienes o servicios que las entidades u organismos estatales ofrezcan al público en condiciones comunes a quienes los soliciten.

Además y sin restricciones, los servidores públicos están autorizados para adquirir las acciones de entidades públicas que en condiciones especiales se ofrezcan a los trabajadores y organizaciones solidarias, en desarrollo de la norma prevista en el artículo 60 de la Constitución.

Igualmente, a los congresistas les permite la Constitución, en forma expresa, adquirir bienes o servicios que se ofrezcan a los ciudadanos en igualdad de condiciones por personas naturales o jurídicas de derecho privado que administren, manejen o inviertan fondos públicos o sean contratistas del Estado o "reciban donaciones de éste" (art. 180-4).

V. Respuestas.- Con fundamento en las consideraciones anteriores, la Sala responde:

1 y 3. Los servidores públicos como "primeros destinatarios de la oferta de venta de la participación estatal en sociedades" y en desarrollo de la disposición contenida en el artículo 60 de la Constitución, están autorizados, por la misma Constitución y por las leyes 80 de 1993 (art. 10) y 226 de 1995 (arts. 2º., 3º., 11 y concordantes), para adquirir la enajenación accionaria del Estado que se apruebe para cada caso particular y, por ende, para celebrar los contratos correspondientes.

Por fuera de las condiciones y el procedimiento previstos en el artículo 60 de la Constitución y en la ley 226 de 1995, los servidores públicos no pueden contratar con el Estado, salvo que se trate de usar bienes y servicios que se ofrezcan, en igualdad de condiciones de precio, plazo, etc., por entidades públicas, como es el caso de las empresas industriales y comerciales del Estado o de las sociedades de economía mixta con el régimen de aquéllas.

En tal sentido, el servidor público puede adquirir en igualdad de condiciones, "lo que dichas empresas comercializan en desarrollo de su objeto social".

2. El numeral 3 del artículo 44 de la ley 200 de 1995, al establecer expresamente como incompatibilidad para los servidores públicos, la prohibición de intervenir directa o indirectamente en remate, subasta, o venta de bienes por ministerio de la ley, cuando se hagan en el Despacho bajo su dependencia o en otro ubicado en el territorio de su jurisdicción, restringió el alcance de las excepciones contempladas en el artículo 10 de la ley 80 de 1993, con la salvedad de la concerniente al artículo 60 de la Constitución, dado su rango y características.

entidades del Estado o por personas o entidades privadas que manejen o administren fondos públicos. Los demás servidores públicos también pueden hacerlo, siempre que no se encuentren en las circunstancias señaladas en el numeral 3º. del artículo 44 de la ley 200 de 1995, disposición que debe aplicarse en concordancia con el artículo 154, numeral 8, de la ley 270 de 1996.

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

LUIS CAMILO OSORIO ISAZA  
CESAR HOYOS SALAZAR

JAVIER HENAO HIDRON Presidente de la Sala  
ROBERTO SUAREZ FRANCO  
ELIZABETH CASTRO REYES

Secretaria de la Sala

---

Fecha y hora de creación: 2024-07-20 23:25:48