



Bogotá, 23-10-2015

Señor:

JOSE ANTONIO GALAN JAIMES
Calle 21 N No. 3-60 Urb Tasajero
Cúcuta –Norte de Santander

Asunto: Inhabilidad para celebrar contratos de concesión minera

Cordial Saludo

En atención a la solicitud Concepto Jurídico, presentada mediante radicado 20151000010122, a través de la cual plantea una serie de inquietudes referentes a la inhabilidad para celebrar contratos de concesión minera, procedemos a dar respuesta así:

Primero: ¿Una sociedad S.A.S. que tenga por único dueño una persona que tenga la calidad de servidor público puede celebrar contratos de concesión de carbón de conformidad con lo establecido en la Ley 685 de 2001?

Establece el artículo tercero de la Ley 685 de 2001, -Código de Minas-, que la normatividad minera es una normatividad completa, sistemática y armónica, con sentido de especialidad y de aplicación preferente, en este sentido el mismo contiene una regulación general, en relación con los términos y condiciones establecidas, para el ejercicio del derecho otorgado a través del título minero.

No obstante, la misma la ley minera, refiere que las disposiciones generales sobre contratos estatales y las relativas a procedimientos precontractuales, no serán aplicables a la formulación y trámite de las propuestas de concesión minera, ni a la suscripción, perfeccionamiento, validez, ejecución y terminación de ésta, salvo las referentes a la capacidad legal a que se refiere el artículo 17 del Código de Minas¹, donde se prevé que la capacidad legal para formular propuesta de concesión minera y para celebrar el correspondiente contrato, se regula por las disposiciones

¹ Artículo 17. Capacidad legal. La capacidad legal para formular propuesta de concesión minera y para celebrar el correspondiente contrato, se regula por las disposiciones generales sobre contratación estatal. Dicha capacidad, si se refiere a personas jurídicas, públicas o privadas, requiere que en su objeto se hallen incluidas, expresa y específicamente, la exploración y explotación mineras. Cuando Uniones Temporales reciban concesiones deberán constituirse en figura societaria, con la misma participación que se derive de la propuesta presentada.

También podrán presentar propuestas y celebrar contratos de concesión los consorcios, caso en el cual sus integrantes responderán solidariamente de las obligaciones consiguientes.



generales sobre contratación estatal².

A su turno el artículo 21 del Estatuto Minero, prevé:

“Artículo 21. Inhabilidades o incompatibilidades. Serán causales de inhabilidad o incompatibilidad para formular propuestas o celebrar contratos de concesión minera, las establecidas en la ley general sobre contratación estatal que fueren pertinentes y la especial contemplada en el artículo 163 de este Código.”

En este sentido la Ley 1150 de 2007 por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos, establece en su artículo 13, que las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal, y bajo este entendido la Ley 80 de 1993³, es clara en señalar en su artículo 76 que *“Los contratos de exploración y explotación de recursos naturales renovables y no renovables, así como los concernientes a la comercialización y demás actividades comerciales e industriales propias de las entidades estatales a las que correspondan las competencias para estos asuntos, continuarán rigiéndose por la legislación especial que les sea aplicable.”*

Así pues, por remisión de las normas mencionadas, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto en las normas generales sobre contratación estatal, será de aplicación en materia minera.

En este orden de ideas la Ley 80 de 1993, por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, prevé:

“Artículo 6º.- De la Capacidad para Contratar. Pueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes. También podrán celebrar contratos con las entidades estatales, los consorcios y uniones temporales.”

² Ley 685 de 2001 - Artículo 53. *Leyes de Contratación Estatal.* Las disposiciones generales sobre contratos estatales y las relativas a procedimientos precontractuales, no serán aplicables a la formulación y trámite de las propuestas de concesión minera, ni a la suscripción, perfeccionamiento, validez, ejecución y terminación de ésta, salvo las referentes a la capacidad legal a que se refiere el artículo 17 del presente Código. En todas estas materias se estará a las disposiciones de este Código y a las de otros cuerpos de normas a las que el mismo haga remisión directa y expresa.

³ ARTÍCULO 76. DE LOS CONTRATOS DE EXPLORACIÓN Y EXPLOTACIÓN DE LOS RECURSOS NATURALES. Los contratos de exploración y explotación de recursos naturales renovables y no renovables, así como los concernientes a la comercialización y demás actividades comerciales e industriales propias de las entidades estatales a las que correspondan las competencias para estos asuntos, continuarán rigiéndose por la legislación especial que les sea aplicable. Las entidades estatales dedicadas a dichas actividades determinarán en sus reglamentos internos el procedimiento de selección de los contratistas, las cláusulas excepcionales que podrán pactarse, las cuantías y los trámites a que deben sujetarse. Los procedimientos que adopten las mencionadas entidades estatales, desarrollarán el deber de selección objetiva y los principios de transparencia, economía y responsabilidad establecidos en esta ley. En ningún caso habrá lugar a aprobaciones o revisiones administrativas por parte del Consejo de Ministros, el Consejo de Estado ni de los Tribunales Administrativos.



Las personas jurídicas nacionales y extranjeras deberán acreditar que su duración no será inferior a la del plazo del contrato y un año más.

(...)

Artículo 8º.- De las Inhabilidades e Incompatibilidades para Contratar:

1o. Son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales:

a) Las personas que se hallen inhabilitadas para contratar por la Constitución y las leyes

b) Quienes participaron en las licitaciones o concursos o celebraron los contratos de que trata el literal anterior estando inhabilitados.

c) Quienes dieron lugar a la declaratoria de caducidad

d) (Quienes en sentencia judicial hayan sido condenados a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas) y quienes hayan sido sancionados disciplinariamente con destitución. El texto subrayado fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-178 de 1996; el texto entre paréntesis fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia 489 de 1996.

e) Quienes sin justa causa se abstengan de suscribir el contrato estatal adjudicado.

f) Los servidores públicos.

Ver el Concepto del Consejo de Estado 867 de 1996.

g) Quienes sean cónyuges o (compañeros permanentes) y quienes se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con cualquier otra persona que formalmente haya presentado propuesta para una misma licitación o concurso. Literal declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-415 de 1994.

El texto entre paréntesis fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-029 de 2009, en el entendido de que en igualdad de condiciones, ellas comprenden también a los integrantes de las parejas de un mismo sexo.

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

Ver el art. 4, Decreto Nacional 679 de 1994, Ver el Concepto de la Sec. General 1045 de 1995.

h) Las sociedades distintas de las anónimas abiertas, en las cuales el representante legal o cualquiera de sus socios tenga parentesco en segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el representante legal o con cualquiera de los socios de una sociedad que formalmente haya presentado propuesta, para una misma licitación o concurso. Literal declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-415 de 1994

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

i) Los socios de sociedades de personas a las cuales se haya declarado la caducidad, así como las sociedades de personas de las que aquéllos formen parte con posterioridad a dicha declaratoria.

Las inhabilidades a que se refieren los literales c), d), e i) se extenderán por un término de cinco (5) años contados a partir de la fecha de ejecutoria del acto que declaró la caducidad, o de la sentencia que impuso la pena, o del acto que dispuso la destitución; las previstas en los literales b) y e), se extenderán por un término de cinco (5) años contados a partir de la fecha de ocurrencia del hecho de la participación en la licitación o concurso, o de la celebración del contrato, o de la de expiración del plazo para su firma.

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

j) Modificado por el art. 1, Ley 1474 de 2011. Literal adicionado por el art. 18, Ley 1150 de 2007, así: Las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos de peculado, concusión, cohecho, prevaricato en todas sus modalidades y soborno transnacional, así como sus equivalentes en otras



jurisdicciones. Esta inhabilidad se extenderá a las sociedades de que sean socias tales personas, con excepción de las sociedades anónimas abiertas

k) Literal adicionado por el art. 2, Ley 1474 de 2011, adicionado por el párrafo 2, art. 84, Ley 1474 de 2011

2o. Tampoco podrán participar en licitaciones o concursos ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva:

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.

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.

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. El texto subrayado fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-029 de 2009, en el entendido de que en igualdad de condiciones, ellas comprenden también a los integrantes de las parejas de un mismo sexo.

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 cualquiera de ello, tenga participación o desempeñe cargos de dirección o manejo. El texto subrayado fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-029 de 2009, en el entendido de que en igualdad de condiciones, ellas comprenden también a los integrantes de las parejas de un mismo sexo.

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.

f) Literal adicionado por el art. 4, Ley 1474 de 2011

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.

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

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.

Ver el art. 5, Decreto Nacional 679 de 1994, Ver el Fallo del Consejo de Estado 10641 de 1999."

Así las cosas, la norma transcrita refiere la inhabilidad para contratar con el estado para quienes ostenten la calidad



de servidores públicos, en este sentido la Constitución Política de Colombia⁴, establece en su artículo 127 que: *“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.”*⁵

En este sentido, el legislador ha establecido la restricción para los servidores públicos de contratar por sí o por interpuesta persona con el estado; siendo pertinente traer a colación los siguientes apartes jurisprudenciales:

⁴ Sentencia C-257/13 (...) 3.- Límites a la libertad de configuración legislativa en inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones en el ejercicio de funciones públicas. Reiteración de jurisprudencia.

- La Corte Constitucional ha señalado sistemáticamente que el artículo 123 de la Carta Política prescribe que los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad y ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento. En esa dirección, el numeral 23 del artículo 150 establece que el legislador expedirá las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos. (...)

- Con el fin de asegurar el cumplimiento de estos principios, el Constituyente permitió que el legislador definiera estrictas reglas de conducta dirigidas a garantizar la moralidad pública y el ejercicio de las funciones atribuidas a los servidores públicos, bajo el parámetro de la defensa del interés general y el cumplimiento de los fines del Estado (Arts. 122, 124 a 129 C.P.).

- En concordancia con lo anterior, nuestro ordenamiento jurídico ha ido configurando un régimen de inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones, dirigido a impedir o limitar el ejercicio de la función pública a los ciudadanos que no observen las condiciones establecidas para asegurar la idoneidad y probidad de quien aspira a ingresar o está desempeñando un cargo público. De la misma manera, la regulación de inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones, persigue evitar cualquier tipo de injerencia indebida en la gestión de los asuntos públicos al limitar el ejercicio de ciertas actividades por los servidores públicos durante y aún después de la dejación de sus correspondientes cargos. (...)

⁵ Sobre este respecto, la Procuradora Tercera Delegada para la Casación Penal ante la Corte Suprema de Justicia, frente a recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado Evangelista Herrera Gómez contra la sentencia del Tribunal Superior de Villavicencio, con radicado nº 32520, emitió concepto en el que manifestó:

“(...) No ocurre lo mismo con el sindicado EVANGELISTA HERRERA GÓMEZ, quien para la época (enero 20/97) y febrero 10/97) de celebración de los contratos antes mencionados suscritos por la empresa “ASPA LTDA” de la que él era uno de los tres socios, ostentaba la calidad de funcionario público, toda vez que fue vinculado a la planta global de personal de la Red de Solidaridad Social, por medio de la resolución N° 0564 del 21 de octubre de 1996, como profesional 430-24; y como tal estaba vedado contratar con el Estado según lo normado en los artículos 8, 9 y 10 de la ley 80/93, en concordancia con el art. 127 de nuestra Constitución Nacional, así fuera por interpuesta persona, como sucedió en este caso, ya que la representante legal de la sociedad “ASPA LTDA” firma como tal, pero de tras de ella se encuentran los socios de la misma persona jurídica, quienes de acuerdo a sus aportes (33%) también van a disfrutar de sus utilidades”.

Así las cosas, en la resolución de acusación se informó al procesado que en su calidad de servidor público, no podía contratar con el Estado a través de su sociedad, esta es la razón de la imputación del cargo, lo que resulta acorde con lo establecido en el artículo constitucional y la normativa relativa a la contratación administrativa, que prohíbe a los funcionarios públicos realizar contratos con el estado; lo que se le reprocha es ser socio de una sociedad que contrató con el estado, así al libelista le parezca que no es correcto que se pretenda que los funcionarios públicos liquiden sus empresas. (...) “En consecuencia, se tiene que EVANGELISTA HERRERA GÓMEZ, fungía como servidor público tal como lo determina el artículo 56 de la ley 80 de 1993”.

Esto es lo que exige la norma para que se configure el tipo penal, en ningún momento la expresión “en ejercicio de sus funciones” significa que el contrato esté relacionado con las funciones que desempeñe el servidor público.

(...) Ahora bien, en lo que tiene que ver con el verbo rector, se tiene que tal como lo señala el censor, el verbo rector es intervenir, y en este punto se hace un reproche a algunos de los razonamientos expresados por el Juez Penal del Circuito de Granadas, así como los planteados por el Tribunal Superior de Villavicencio, sin embargo, aparte de esta crítica no entrega argumento alguno que desvirtúe estas consideraciones, porque tal como se señala en las providencias, el señor Herrera intervino en la celebración del contrato con el municipio de Lejanías, por interpuesta persona, en este caso, a través de la sociedad ASPA LTDA.

(...) PETICIÓN - Los argumentos expuestos resultan suficientes para que la Procuradora Tercera Delegada para la Casación Penal, solicite a la Corte Suprema de Justicia, NO CASAR la sentencia impugnada.”



"(...) esta Sala ha entendido por intervención en la celebración de contratos aquellas gestiones o actuaciones que indiquen una participación personal y activa en los actos conducentes a la celebración del mismo y permitan develar un claro interés sobre el particular⁶. De esta manera, la intervención en la celebración de contratos comprende un concepto amplio que no solamente involucra a terceros que participan personal y activamente en las actividades precontractuales, sino también a las partes del contrato, en donde la participación personal se entiende directa⁷. (...)"

(...)

"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 sociedad⁸. 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.

Pero ocurre que en tal evento, para verificar si se actuó por interpuesta persona, es preciso probar que la sociedad se utilizó para encubrir la intervención personal del interesado o que quien celebró el contrato lo hizo por encargo y en provecho de otra persona, lo cual no aparece demostrado en este caso.

En este orden de ideas, la posición mayoritaria en la Sección ha comprendido dentro de la causal de inhabilidad por intervención en celebración de contratos, no solo a las personas que directamente firman con la administración pública un contrato estatal, sino también a las personas que participan directa y activamente en su celebración por intermedio de terceras personas, con el fin de evitar los efectos que ello pueda traerles frente a sus aspiraciones políticas para ocupar cargos o integrar corporaciones públicas de elección popular⁹."

⁶ Procuraduría General de la Nación - Sentencia del 28 de septiembre de 2001. Expediente: 2674.

⁷ Procuraduría General de la Nación - Sentencia del 19 de octubre de 2001. Expediente: 2654. Esta posición se ha mantenido por muchos años, tal como dan cuenta los siguientes pronunciamientos de la Sección: Fallo del 11 de febrero de 199 Expediente: 2143; fallo del 24 de agosto de 2001 Expediente: 2583; fallo del 26 de enero de 2006 Expediente: 150012331000200302985-02 (3761), y fallo del 6 de agosto de 2008 Expediente: 20070144 en el que se reiteró: "Como se advierte de la sentencia parcialmente transcrita, esta Corporación, ha establecido que el término inhabilitante es el año anterior a la elección y que la conducta inhabilitante la constituyen las gestiones o actuaciones que indiquen una participación personal y activa en los actos conducentes a la celebración del mismo y no su ejecución...".

⁸ Procuraduría General de la Nación - Sentencias del 2 de noviembre de 2001, expediente 2697; y del 30 de noviembre de 2001, expediente 2736.

⁹ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Quinta - Consejera Ponente: Dra. MARÍA NOHEMÍ HERNÁNDEZ PINZÓN - 23 de octubre de 2008 - Expediente No. 070012331000200700083-01 - Demandante: Elmer Ramiro Silva Rodríguez - Demandado: Gobernador de Arauca – Dr. Freddy Forero Requiniva.



(...)

«El criterio de la Sala Plena de la Corporación ha sido que una persona contrata a través de una sociedad o por intermedio de ella cuando tiene el control de la misma, bien porque sea socio mayoritario o por otra circunstancia que le habilite para dominar la sociedad y hacerla aparecer como contratista ocultando la relación real con el socio dominante.

Solo cuando una persona controla la sociedad de manera que pueda servirse de ella, tiene el poder de interponer a la sociedad para ocultar un contrato verdaderamente celebrado con ella. Este ha sido el criterio de la Sala Plena al sostener que el socio mayoritario controla la sociedad y es el verdadero contratista.”¹⁰

(...)

“En sentencia de 13 de noviembre de 1997 la Sala Plena encontró probada la causal de contratación por interpuesta persona, al aplicar este criterio con los siguientes razonamientos:

«Pues bien, cumplido el trámite de rigor, estima la Sala que la petición está llamada a prosperar porque el Dr. Henry Cubides O, mientras se desempeñaba como servidor público, en su carácter de senador de la República (art 123 de la constitución), celebró contratos, por interpuesta persona, con dos entidades públicas, Ecopetrol y el Departamento de Antioquia - Fábrica de Licores de Antioquia (art 127, en armonía con el art 180 n1 2).

Si bien es cierto no lo hizo directamente o a nombre personal, sí se infiere del acervo probatorio que los concertó a través de la sociedad Coltanques Ltda, de la cual, como se dijo, es el socio mayoritario con un 90% de su capital social, y pese a que el representante legal para la época de la celebración de los contratos era el Sr. Guillermo Cubides O, hermano del congresista.

Lo de interpuesta persona se infiere de las pruebas practicadas, porque la contratista “Coltanques” es una sociedad de responsabilidad limitada de familia; lo que quiere decir, en otros términos, que aunque su representante legal hubiera sido en ese entonces el Sr. Guillermo Cubides O, quien no tenía el carácter de socio, no por eso el demandado dejó de tener en ese mismo lapso el carácter de socio mayoritario con poder decisorio en la gestión social; lo que le permitía, de acuerdo con el contrato social, reasumir los poderes que el art 358 del c de co le confiere a todos y cada uno de los socios en cuanto a representación y administración de los negocios sociales.

(...)

En el caso sub judice las pruebas recaudadas muestran que los contratos enunciados atrás fueron celebrados por Coltanques Ltda., eludiendo así la prohibición constitucional prevista, entre otros, en los artículos 127 y 180 numeral 2º de la Carta, porque si bien es cierto la mencionada sociedad es una persona jurídica distinta de sus socios individualmente considerados (C. Co., art. 98), no es menos cierto que el doctor Cubides Olarte no sólo es el

¹⁰ Ibídem - Procuraduría General de la Nación - Sentencias del 2 de noviembre de 2001, expediente 2697; y del 30 de noviembre de 2001, expediente 2736.



dueño del 90% de su capital y, por ende, el mayor beneficiario de las utilidades que podían reportar tales contratos, sino que él sólo posee el poder decisorio en la gestión social. Como se ve, pese a no existir la prueba directa de la contratación por interpuesta persona, la cadena de medios probatorios explicada y evaluada da certeza suficiente sobre su ocurrencia.”¹¹
(...)

“Esta Sala ha dicho que el contrato por interpuesta persona se configura no solo a través del testaferrato sino mediante sociedades de personas de las que sea socio quien interviene en la negociación, de tal manera que la interpuesta persona es la propia sociedad. Así, para verificar si se actuó por interpuesta persona es preciso probar que la sociedad se utilizó para encubrir la intervención personal del interesado o que quien celebró el contrato lo hizo por encargo y en provecho de otra persona.”¹²

Por otro lado cabe resaltar que entratándose de un servidor público, la Ley 734 de 2002, por la cual se expide el Código Disciplinario Único, dispone que:

“Artículo 40. Conflicto de intereses. Todo servidor público deberá declararse impedido para actuar en un asunto cuando tenga interés particular y directo en su regulación, gestión, control o decisión, o lo tuviere su cónyuge, compañero o compañera permanente, o algunos de sus 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 interés general, propio de la función pública, entre en conflicto con un interés particular y directo del servidor público deberá declararse impedido.”

Lo anterior a efecto de determinarse si la labor desarrollada en el ejercicio de la función pública del servidor, riñe con sus intereses particulares.

Bajo este contexto, se deberá determinar en cada caso concreto sobre la persona con la que ha de celebrarse el contrato de concesión minera, si se encuentra incurso en alguna de las causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la ley, destacando que por expresa prohibición legal un servidor público no podrá celebrar contratos con el estado, por sí o por interpuesta persona. En este orden de ideas, en el ejemplo por usted señalado donde un servidor público forma parte de una sociedad como único socio y/o representante legal y tiene absoluto control sobre la misma, al firmar un contrato con el estado, muy posiblemente estará incurriendo en la mencionada prohibición, ya que fácilmente se podría entender que se está actuando por interpuesta persona, resaltando que

¹¹ Sentencia AC-5061 de 13 de Noviembre de 1997 - Consejo De Estado - Contenido: Incompatibilidades de los Congresistas: Celebración de Contratos por Interpuesta Persona - Temas Específicos: Contratación Administrativa, Proceso Administrativo, Congresista, Incompatibilidades Del Congresista, Causales De Pérdida de Investidura del Congresista - Sala: Plena de lo Contencioso Administrativo.

¹² Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Quinta - Consejero ponente: REINALDO CHAVARRO BURITICÁ - Bogotá D.C., dos (2) de noviembre de dos mil uno (2001). Radicación número: 20001-23-31-000-2000-1503-01(2697) Acto: LILIA ROSA VARGAS GRANADOS - Demandado: ALCALDE DEL MUNICIPIO DE AGUACHICA



solo se encuentran exceptuadas de esta prohibición legal, quienes hagan parte de sociedades abiertas¹³ por cuanto en este tipo de sociedad la persona jurídica no tienen ninguna posibilidad de control o vigilancia sobre la actividad de todos sus accionistas¹⁴.

¹³ Sentencia C-353/09 (...)

6. Naturaleza de las sociedades anónimas abiertas

6.1. De conformidad con lo establecido en el ordenamiento jurídico, las sociedades comerciales se clasifican, de manera principal, en dos grupos: 1- de personas y 2- de capital. Entre las sociedades de capital se destacan las sociedades anónimas, estando conformadas mediante fondos sociales aportados por accionistas que jurídicamente responden hasta el monto de sus aportes; estas sociedades son administradas a través de gestores temporales que, además, pueden ser revocados, según lo prevé el código de comercio en sus artículos 373 y siguientes.

Los derechos de quienes conforman las sociedades anónimas les permiten participar en las deliberaciones y decisiones de la asamblea general de accionistas y, teniendo en cuenta el ánimo de lucro propio de estas instituciones, percibir la cuota parte de las utilidades o beneficios sociales que resulten de cada ejercicio, de acuerdo con su participación en el capital de la sociedad; también pueden los socios negociar libremente sus acciones.

6.2. Las sociedades anónimas pueden ser abiertas y cerradas. Estas últimas se caracterizan por contar con una estructura y una organización "cerrada" que obliga a sus socios a comportarse según el interés personal de los mismos. Por esta razón, el número mínimo de socios para constituirla es de apenas cinco (5), sus acciones no se comercian en bolsa de valores y respecto de estas acciones es procedente la estipulación del derecho de preferencia, imponiendo que la venta de las mismas se haga a favor de la sociedad o de sus socios.

Las sociedades anónimas cerradas actúan según el interés personal de sus socios quienes controlan y gobiernan la sociedad; por ello, a estas sociedades se ha extendido la inhabilidad que recae sobre alguno de sus socios condenados penalmente por determinados delitos, impidiendo que tanto la persona natural como la jurídica puedan contratar con el Estado, bajo el entendido que el legislador pretende evitar que el socio condenado eluda las consecuencias de la sanción penal contratando a través de esta clase de sociedad. En la sociedad anónima cerrada existen mecanismos de control directo sobre las personas que las integran o aspiran a integrarlas, pudiendo la asamblea determinar cuándo uno de sus socios o aspirante a socio, está inhabilitado para contratar con el Estado.

6.3. A diferencia de las cerradas, las sociedades anónimas abiertas se conforman mediante la captación masiva de recursos, sus acciones se comercializan libremente en el mercado público de valores sin restricción alguna, estando integradas con un número de accionistas mínimo de trescientos (300), a quienes se impone límites respecto de la cantidad máxima de propiedad accionaria; es decir, en forma directa o indirecta uno solo de ellos no puede ser propietario de más del treinta por ciento (30%) de las acciones.

(...)

7. Análisis de las expresiones demandadas

7.1 La estructura que el legislador previó para la sociedad anónima abierta trae como consecuencia que, en principio, el interés personal de cada uno de los accionistas se diluye debido a la participación masiva de socios, pues se requiere un mínimo de trescientos (300), a lo cual se añade que ninguno de ellos puede ser titular de más del treinta por ciento (30%) de las acciones en circulación.

Además, estas acciones pueden ser comercializadas libremente en el mercado público de valores, sin que los socios ni la sociedad anónima abierta puedan ejercer control sobre las condiciones personales de quienes adquieren las respectivas acciones; es decir, debido a la estructura jurídica de esta clase de sociedad, no existen mecanismos eficaces que permitan verificar si quienes compran tales acciones han sido condenados judicialmente o, en general, si sobre ellos pesa alguna inhabilidad para contratar con el Estado.

¹⁴ Sentencia c-353/09

INHABILIDAD PARA CONTRATAR CON EL ESTADO-Excepción a favor de sociedades anónimas abiertas no vulnera la constitución

La excepción consagrada a favor de las sociedades anónimas abiertas, para permitirles contratar con el Estado aun cuando alguno de sus accionistas haya sido condenado judicialmente por los delitos mencionados en la norma acusada, es válida a la luz de la Constitución Política, teniendo en cuenta el diseño jurídico de las sociedades anónimas abiertas y, particularmente la manera como se transfiere la propiedad accionaria de las mismas.

(...)

En cuanto al contrato celebrado con el Estado, afirma el interviniente que cuando una sociedad anónima abierta contrata con el Estado, el socio de aquella sociedad no contrata con el Estado; es decir, no hay una persona interpuesta en los términos que lo prevé la Constitución Política. Añade que "sólo excepcionalmente, si la sociedad ha sido concebida expresamente para obrar como interpuesta persona, puede decirse que los contratos que ella celebra, no son a su favor, sino a favor de otro, que podría llegar a ser uno de los sujetos asociados, y más específicamente, éste podría tratarse de un sujeto inhabilitado, por tratarse su situación concreta, la tipificada en el inciso 5º del artículo 122 C.P."



Ha de tenerse en cuenta que en materia administrativa, las inhabilidades tienen consagración legal, son taxativas, por cuanto se establecen para asegurar los principios que rigen la función pública y en este sentido están encaminadas a limitar la capacidad para contratar a fin de salvaguardar la moralidad administrativa¹⁵.

Segundo: ¿Cuándo por causa de caducidad del contrato de concesión, se inhabilita una sociedad dueña de un título minero para celebrar el contrato de concesión con el estado, esta inhabilitación se extiende a sus socios dueños?

Establece el literal i) del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, que son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales: “i) Los socios de sociedades de personas a las cuales se haya declarado la caducidad, así como las sociedades de personas de las que aquéllos formen parte con posterioridad a dicha declaratoria.”

Sobre este particular el Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil - Consejero ponente: CÉSAR HOYOS SALAZAR, con radicación número: 1346, el diecisiete (17) mayo de dos mil uno (2001), sobre la inhabilitación sobreviniente por declaratoria de caducidad de un contrato estableció:

“(…)1. CONSIDERACIONES

La cuestión planteada en esta consulta se refiere concretamente al alcance del artículo 9º de la ley 80 de 1993, como consecuencia de la aplicación de lo dispuesto en el literal c) del num. 1º del artículo 8º. Y por ser una sociedad

Para el vocero del Ministerio, una sociedad pudiera ser utilizada por uno de sus socios para violentar lo dispuesto en la Constitución Política (Art. 122, inc. 5º), si tuviese la posibilidad de propiciar “una nueva irrogación del erario público dirigiendo en tal sentido la ejecución del contrato societario, de la sociedad contratista del Estado”. Sin embargo, explica, la fundación de una sociedad anónima abierta significa conformar un sujeto de derecho nuevo con vocación de permanencia según lo establecido en el acto de su creación, pero no supone para los asociados la toma de decisiones por propia mano de parte de alguno de sus socios.

(…)

En concepto de la doctora Varón Perea, las sociedades anónimas abiertas son asociaciones con fundamento en el capital, que no tienen en cuenta las personas que las integran; ésta afirmación parte de la dinámica del mercado de valores, la rapidez con que se ejecutan las transacciones y, consecuentemente, la imposibilidad de vigilar y controlar el ingreso y egreso de los socios. De esta manera, la sociedad anónima abierta no está capacitada para garantizar que ninguno de sus socios ha sido declarado penalmente responsable en una instancia judicial.

(…)

Considera la Vista Fiscal que en el ordenamiento jurídico colombiano todas las sociedades, con excepción de las anónimas abiertas, están sometidas a mecanismos de control directo sobre las personas que aspiran a formar parte de tales sociedades, llegando a determinar cuándo una persona que es o quiere ser socia está inhabilitada para contratar con el Estado, esto para actuar en consecuencia con los intereses de las respectivas sociedades.

¹⁵ Sentencia C-353/09 (…)

5. Naturaleza jurídica de las inhabilidades en materia de contratación estatal

5.1. Las relaciones jurídicas entre los órganos del Estado, como también las que se dan entre los entes de derecho público y los particulares, están sometidas a normas de carácter especial, mediante las cuales se desarrolla el principio de legalidad de las actuaciones públicas (C. Po. art. 6º). Además de precisar la órbita de competencias y funciones propias de las entidades estatales, estas normas consagran regímenes de inhabilidades e incompatibilidades que afectan tanto a las personas naturales que integran la administración pública, como a las personas jurídicas y naturales que habrán de entablar relaciones con las instituciones que conforman la estructura del Estado.



la que dio origen a la declaratoria de caducidad, hay una conexidad con lo previsto en el literal i) del mismo numeral de este artículo. Por consiguiente, para resolver el asunto es necesario analizar la normatividad mencionada y reexaminar los efectos de la caducidad declarada, asunto que la Sala analizó en el concepto número 1283 de septiembre 4 de 2000 desde la perspectiva de lo dispuesto en el parágrafo 3º del artículo 7º de la ley citada.

1.1 La declaración de caducidad como causal de inhabilidad. La ley 80 de 1993 dispone:

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

1o. Son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales:

...

c) Quienes dieron lugar a la declaratoria de caducidad.

...

i) Los socios de sociedades de personas a las cuales se haya declarado la caducidad, así como las sociedades de personas de las que aquéllos formen parte con posterioridad a dicha declaratoria.

...

Las inhabilidades a que se refieren los literales c), d) e i) se extenderán por un término de cinco (5) años contado a partir de la fecha de ejecutoria del acto que declaró la caducidad, o de la sentencia que impuso la pena, o del acto que dispuso la destitución; las previstas en los literales b) y e), se extenderán por un término de cinco (5) años contado a partir de la fecha de ocurrencia del hecho de la participación en la licitación o concurso, o de la de celebración del contrato, o de la de expiración del plazo para su firma”.

La norma transcrita plantea dos situaciones que se analizan a continuación.

1.1.1 La inhabilidad afecta al contratista determinado en el acto administrativo que declara la caducidad. (...) La expresión “quienes”, en el texto de la norma transcrita, indica que la inhabilidad contenida en el enunciado del numeral 1º cubre a la persona o personas determinadas en el acto administrativo que declara la caducidad, conforme a lo ordenado en el artículo 18 de la ley 80 y en las demás disposiciones legales que consignan causales de caducidad. Dicho artículo expresamente establece, en el tercer inciso, que el contratista se hará acreedor a las sanciones e inhabilidades previstas en la ley. Por tanto, en principio sólo éste quedará inhabilitado.

Sin embargo, la norma extiende la inhabilidad derivada de la declaratoria de caducidad a otras personas: los socios de sociedades de personas y las sociedades de personas de las que aquéllos formen parte con posterioridad a dicha declaratoria.

1.1.2 La clasificación de las sociedades en de personas y de capitales. Esta distinción formó parte del proyecto de Código de Comercio de 1958, pero fue eliminada. Por tanto, el Código expedido mediante decreto ley 410 de 1971 no contiene una norma que institucionalice la clasificación de las sociedades comerciales en de personas y de capitales. (...)

No obstante, la distinción no ha sido abandonada por la doctrina que intenta fundamentarla a partir de las siguientes características: a) la manera diversa de responder por las deudas, dado que en las sociedades de personas hay una responsabilidad personal de los socios por las deudas de la sociedad, mientras en las sociedades de capital la responsabilidad por las deudas corresponde sólo a la sociedad. Por consiguiente, en las sociedades de personas la garantía de los terceros se apoya en el crédito y la solvencia personal de los socios; b) la causa



económica determinante de la asociación, que en las primeras es la persona del socio (intuitus personae), mientras en las segundas es la aportación del socio (intuitus pecuniae); c) la gestión de los negocios sociales, que en las sociedades de personas compete a los socios y en las de capitales a unos órganos especiales. En el primer caso, los socios administran el patrimonio propio; en el segundo, administran el patrimonio de un ente distinto a ellos; en otros términos, en un evento la disponibilidad del patrimonio y la dirección de la empresa están reunidas en las mismas personas; en el otro, están normalmente separadas. (...)

El Código de Comercio consigna, en sus artículos 233, 237, 243 y 252, una clasificación de las sociedades según la forma como esté representado su capital: en por acciones, o por cuotas o por partes de interés. Este criterio de clasificación fue adoptado por el Comité encargado de revisar el Proyecto de Código de Comercio, al considerarlo más técnico dado que se fundamenta en un factor objetivo: el fraccionamiento del capital social.

En consecuencia, la incorporación de la clasificación de las sociedades en de personas y por oposición a éstas las de capitales, en la ley 80 de 1993 para los efectos de la inhabilidad derivada de la declaratoria de caducidad, revive la discusión que se entendía superada, al menos en la ley.

El problema de la clasificación se manifiesta cuando se procede a enumerar las sociedades que corresponden a cada tipo o especie. En efecto, se han considerado sociedades de personas: la colectiva, la en comandita simple; y como de capitales: la en comandita por acciones y la anónima. Algunos autores discrepan y ubican las comanditarias en una categoría mixta, intermedia entre las dos clases. Así mismo, las sociedades de responsabilidad limitada han sido clasificadas, por algunos autores, en dicha categoría mixta.

(...)

Es de anotar, que en la parte considerativa de la Resolución 002282 del 20 de junio del año 2000, en la cual el INVÍAS declaró la caducidad del contrato, al referirse a la solidaridad establecida por la misma entidad en el numeral 1.4.5. del pliego de condiciones, se advierte: “por consiguiente todos y cada uno de los socios de la constituida Sociedad Concesionaria del Magdalena Medio, son solidariamente responsables para todos los efectos entre sí y con la sociedad conformada, entendidos estos, únicamente desde la perspectiva patrimonial”, lo que, aunado al hecho de que en el artículo segundo se haya dispuesto que la sociedad concesionaria quedaría inhabilitada para contratar con el Estado por el término de cinco años sin hacer mención expresa de cada uno de los socios en particular, puede llevar a pensar que éstos no quedan afectados por dicha inhabilidad. Sin embargo, para la Sala esta redacción un poco confusa no desvirtúa la responsabilidad que frente a las inhabilidades les compete a cada una de las firmas que conformaron la Sociedad y como quiera que la norma que fijó el tipo de responsabilidad para esta clase de asociaciones aparece claramente señalada en el parágrafo 3o. del artículo 7o. de la ley 80, ha de entenderse que la inhabilidad para participar en licitaciones y concursos o para contratar con el Estado por el término de cinco años, se hace extensiva a todos y cada uno de los socios de la misma, salvo el caso de las entidades estatales que hacen parte de ella en la forma explicada anteriormente.

La Sala estima oportuno revisar el anterior criterio, para lo cual analizará a continuación los aspectos que fundamentan la rectificación de la doctrina citada.

1. *Según el parágrafo 3º del artículo 7º de la ley 80, en los casos en que se conformen sociedades bajo cualquiera de las modalidades previstas en la ley con el único objeto de presentar una propuesta, celebrar y ejecutar un contrato estatal, la responsabilidad y sus efectos se regirán por las disposiciones previstas en esta ley*



para los consorcios. En éstos, conforme dispone el numeral 1º del mismo artículo, las personas que lo conforman responden solidariamente de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato. En consecuencia, agrega la misma norma, las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato, afectarán a todos los miembros que lo conforman.

(...)

*Según la consulta, la Wackenhut, que es una sociedad anónima, ha planteado que la sociedad que se constituiría sería también una anónima, de manera que no se presente la inhabilidad establecida en el literal i) del numeral 1º del artículo 8º de la ley 80 de 1993, que dispone que son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales, los socios de sociedades **de personas** a las cuales se haya declarado la caducidad, así como las sociedades **de personas** de las que aquellos formen parte con posterioridad a dicha declaratoria y por este aspecto del tipo societario, no habría lugar a la aplicación de esta inhabilidad, máxime que, como ha sido aceptado unánimemente por la jurisprudencia y la doctrina, las inhabilidades e incompatibilidades para celebrar contratos estatales son taxativas y de interpretación restrictiva, por lo cual no admiten interpretaciones analógicas o extensivas.*

2. LA SALA RESPONDE

Previamente a las respuestas, la Sala considera pertinente rectificar la tesis expresada en el concepto número 1283 del 4 de septiembre de 2000, en el sentido de que cuando a una sociedad se le declara la caducidad de un contrato estatal, recae sobre ella la inhabilidad establecida en el literal c) del numeral 1º del artículo 8º de la ley 80 de 1993, cualquiera que sea la clase de sociedad; y en cuanto a los socios, la inhabilidad recae sobre los socios de las sociedades de personas a las cuales se haya declarado la caducidad, no sobre los socios de las sociedades de capital, de acuerdo con lo dispuesto por el literal i) del mismo numeral del citado artículo, el cual, por referirse a inhabilidades e incompatibilidades para contratar, tiene carácter taxativo.

La cesión de los Contratos de Concesión Nos.239 y 240 de 1999 celebrados entre el INVIAS y Wackenhut de Colombia S.A., propuesta por ésta en favor de una sociedad anónima que se constituiría y que sería subordinada de la misma sociedad matriz de la Wackenhut, si bien no infringiría los principios de la contratación, tal como están señalados en los artículos 23 a 26 de la ley 80 de 1993 y no estaría tipificada en la inhabilidad mencionada en el literal i) del numeral 1º del artículo 8º de la misma ley, no es procedente, por cuanto la sociedad proyectada no sería jurídicamente un tercero, conforme lo exige la cesión de un contrato de acuerdo con el artículo 887 del Código de Comercio, ya que su poder de decisión se encontraría sometido a la voluntad de la misma sociedad matriz o controlante de la cedente, según lo dispuesto por el artículo 260 del Código de Comercio, subrogado por el artículo 26 de la ley 222 de 1995.”

Así las cosas, teniendo en cuenta que las inhabilidades e incompatibilidades para celebrar contratos estatales son específicas y de interpretación restrictiva, lo que quiere decir que no admiten interpretaciones analógicas o extensivas; se colige que cuando a una sociedad –cualquiera que sea su clase- se le declara la caducidad de un contrato estatal, –en este caso un contrato de concesión minera-, recae sobre ella la inhabilidad establecida en el literal c) del numeral 1º del artículo 8º de la ley 80 de 1993; ahora en cuanto a los socios, la inhabilidad recaerá sobre los socios de las sociedades de personas a las cuales se haya declarado la caducidad, mas no sobre los socios



Para contestar cite:
Radicado ANM No.: 20151200320781

Página 14 de 14

de las sociedades de capital, según lo dispuesto por el literal i) del mismo numeral del citado artículo, el cual, por referirse a inhabilidades e incompatibilidades para contratar, tiene carácter taxativo.

En este sentido, corresponderá comprobar en primera medida, si se trata de una sociedad de personas o de capital, para luego determinar según el tipo de sociedad de que se trate si la causal de inhabilidad se hace extensiva a sus socios, en los términos del literal i) del numeral 1º del artículo 8º de ley 80 de 1993.

De esta manera damos respuesta a sus inquietudes, recordándole que el presente se emite en los términos de la Ley 1755 de 2015, por lo cual su alcance no es de obligatorio cumplimiento o ejecución.

Atentamente,



ANDRÉS FELIPE VARGAS TORRES
Jefe Oficina Asesora Jurídica (E)

Anexos: (0)

Copias: (0).

Elaboró: Adriana Motta G.- Abogada Oficina Asesora Jurídica

Revisó: Juan Felipe Montes - Abogado Oficina Asesora Jurídica

Fecha de elaboración: 21/10/2015

Número de radicado que responde: 20151000010122

Tipo de respuesta: Total.

Archivado en: Oficina Asesora Jurídica