**INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES – Concepto – Principio de legalidad – Interpretación restrictiva**

Las *inhabilidades* son prohibiciones para concurrir a los procedimientos de selección y para contratar con el Estado, que se derivan de: i) la existencia de comportamientos reprochables o sanciones anteriormente impuestas, ii) vínculos personales relativos al parentesco o al estado civil o iii) una actividad u oficio que se desempeñó en el pasado. De otro lado, las *incompatibilidades* son prohibiciones para participar en los procedimientos de selección y para celebrar contratos estatales, fundadas en la presencia de una calidad que ostenta el sujeto interesado en realizar alguna de dichas actividades, que no puede coexistir con su calidad de proponente o contratista del Estado.

[…]

Ahora bien, al ser las inhabilidades e incompatibilidades –como ya se dijo– restricciones o límites especiales a la capacidad para presentar ofertas y celebrar contratos estatales, la interpretación de las causales que las integran debe ser restrictiva, pues si se admitiera una interpretación amplia, extensiva o finalista de las mismas, tales enunciados normativos podrían cobijar múltiples supuestos indeterminados, según el parecer o el sentido común de los operadores jurídicos, poniendo en riesgo principios como la igualdad, el debido proceso, la libre concurrencia y el ejercicio de la profesión u oficio.

**INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES – Régimen – Doble connotación –Sanción y prevención**

En la aplicación del régimen general de inhabilidades e incompatibilidades, sobresale la prevalencia del interés general sobre el particular y su doble connotación, como quiera que no solo puede ser consecuencia de una sanción sino también erigirse con una finalidad preventiva que busca asegurar la no afectación del interés general, en suma, «[…] la inhabilidad no es una pena sino una garantía de que el comportamiento anterior no afectará el desempeño de la función o cargo, de protección del interés general y de la idoneidad, probidad y moralidad del aspirante»; en este sentido, en el ámbito contractual se propende por la adquisición de bienes y servicios por parte de las entidades públicas, sin condiciones anteriores o injerencia de intereses que afecten la misma, de modo que se salvaguarda el principio de transparencia y con ello la consecución en general de los fines que rigen la función pública.

**INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES - Artículo 8 de la Ley 80 de 1993, numeral 2, literal d) – Destinatarios**

En cuanto a las destinatarias de la norma objeto de consulta, abarca de una parte a las corporaciones, asociaciones y fundaciones, así mismo, alude a las sociedades de responsabilidad limitada, las demás sociedades de personas y a las sociedades anónimas, respecto a estas últimas, precisa que se refiere a aquellas que «no tengan el carácter de abiertas».

Aunado a lo anterior, y considerando que la Ley 80 de 1993 no constituye la única normativa que contiene restricciones en materia contractual, conviene agregar que el artículo 2.2.1.1.2.2.8 del Decreto 1082 de 2015, para efectos del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, precisa que «[…] las sociedades anónimas abiertas son las inscritas en el Registro Nacional de Valores y Emisores, a menos que la autoridad competente disponga algo contrario o complementario», en suma, las destinatarias de la norma serán aquellas sociedades anónimas cerradas, es decir, que no se encuentran inscritas en el Registro Nacional de Valores y Emisores, en consecuencia, no negocian sus acciones en el mercado público de valores.

**SOCIEDADES ANÓNIMAS CERRADAS – Sociedades por acciones simplificadas – Aspectos comunes – No equiparación – Inhabilidades e incompatibilidades**

Si bien es cierto las sociedades por acciones simplificadas se enmarcan dentro de las sociedades de capitales, y el artículo 4 de la Ley 1258 de 2008 prohíbe a las sociedades por acciones simplificadas negociar valores en el mercado público, así como inscribirse en el Registro Nacional de Valores y Emisores, aspecto que coincide con una de las características de las sociedades anónimas cerradas, y en materia tributaria unas y otras se rigen por las mismas reglas, las sociedades por acciones simplificadas y las anónimas no pueden equipararse, como quiera que tienen diferenciada su constitución, forma de funcionamiento, transformación, disolución, entre otros aspectos propios y característicos de cada una, en consecuencia, se trata de distintos tipos societarios.



CCE-DES-FM-17

Bogotá D.C., 11 Junio 2021

Señora

**Vilma Rubio**

jrmito@hotmail.com

**Concepto C – 275 de 2021**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:** | INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES – Concepto – Principio de legalidad – Interpretación restrictiva / INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES – Régimen – Doble connotación – Sanción y prevención / INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES – Artículo 8 de la Ley 80 de 1993, numeral 2, literal d) – Destinatarios / SOCIEDADES ANÓNIMAS CERRADAS Y SOCIEDADES POR ACCIONES SIMPLIFICADAS – Aspectos comunes – No equiparación – Inhabilidades e incompatibilidades |
| **Radicación:** | Respuesta a consulta P20210428003590 |

Estimada señora Rubio:

En ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente – responde la consulta realizada el 30 de abril de 2021.

1. **Problemas planteados**

Usted solicita se precise el alcance del numeral 2, literal d, del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, indicando:  «[…] i) a qué clase de empresas exactamente le aplica esta restricción, ii) las Sociedades por Acciones Simplificadas, podrían estar incursas en esta incompatibilidad, se enmarcarían en el grupo las sociedades anónimas […] existe alguna sentencia relacionada con las Sociedades por Acciones Simplificadas o si ustedes se han pronunciado sobre este tema favor compartirme el concepto[…]».

1. **Consideraciones**

Para resolver esta consulta se analizarán los siguientes temas: i) régimen de inhabilidades e incompatibilidades, profundizando en la interpretación restrictiva como criterio hermenéutico de los enunciados normativos gravosos y la reserva de ley en la creación de causales de inhabilidades e incompatibilidades ii) destinatarias del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, numeral 2, literal d) y aspectos diferenciadores entre algunas sociedades comerciales y iii) sociedad por acciones simplificada frente a la causal del literal d), numeral 2, del artículo 8 de la Ley 80 de 1993.

La Agencia Nacional de Contratación Pública − Colombia Compra Eficiente se pronunció sobre el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, entre otros, en los siguientes conceptos: C–011 del 14 de febrero de 2020, C-090 del 24 de febrero de 2020, C-125 del 3 de marzo de 2020, C-157 del 17 de marzo de 2020, C-273 del 21 de mayo de 2020, C-386 del 24 de julio de 2020, C-580 del 21 de septiembre de 2020, C-650 del 10 de noviembre de 2020, C-684 del 24 de noviembre de 2020, C–004 del 12 de febrero de 2021, C-815 del 18 de febrero de 2021, C-122 del 30 de marzo de 2021, C-190 del 30 de abril de 2021. La tesis expuesta en dichos conceptos se reitera a continuación.

**2.1 Régimen de inhabilidades e incompatibilidades**

El régimen de inhabilidades e incompatibilidades en la contratación pública responde al propósito de asegurar que la actividad de adquisición y provisión de bienes y servicios por parte de las entidades estatales se efectúe cumpliendo con los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, especialmente con probidad y transparencia. Por ello, como lo ha destacado la doctrina, las inhabilidades e incompatibilidades se han convertido en herramientas en la lucha contra la corrupción, adoptando paulatinamente un carácter sancionatorio o «neopunitivo»[[1]](#footnote-1). Si bien no todas las causales de inhabilidad y de incompatibilidad son consecuencia de una medida de reproche ni de una sanción previa, es indiscutible que en los años más recientes los lamentables hechos de corrupción han generado como respuesta del legislador, un incremento de las restricciones a la capacidad contractual, dirigidas a prevenir este tipo de situaciones o a sancionar tales conductas.

Ahora bien, las inhabilidades e incompatibilidades, al ser restricciones o límites especiales a la capacidad para presentar ofertas y celebrar contratos estatales, solo pueden tipificarse en la ley y su interpretación debe ser *restrictiva[[2]](#footnote-2)*. De admitirse una interpretación extensiva, tales enunciados normativos podrían contemplar múltiples supuestos indeterminados, adquiriendo un cariz subjetivo, según el parecer o el sentido común de los operadores jurídicos, poniendo en riesgo principios como la igualdad, el debido proceso, la libre concurrencia y el ejercicio de la profesión u oficio. Tal ha sido la postura al interior de la jurisprudencia, tanto de la Corte Constitucional como de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

En efecto, el máximo tribunal constitucional ha indicado que, al tratar de precisar el sentido de este tipo de normas, «[…] el intérprete de las disposiciones legislativas en la materia ha de ceñirse en la mayor medida posible al tenor literal y gramatical de los enunciados normativos, sin que pueda acudir prima facie a criterios interpretativos tales como la analogía, la interpretación extensiva para ampliar el alcance de las causales legalmente fijadas»[[3]](#footnote-3). Por su parte, el Consejo de Estado también ha acogido este criterio, considerando –como expresa la Sala de Consulta y Servicio Civil–, que «La interpretación restrictiva de las normas que establecen inhabilidades constituye una aplicación del principio del Estado de Derecho previsto en el artículo 6º de la Constitución, según el cual “Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes” lo que se traduce en que pueden hacer todo aquello que no les esté expresamente prohibido»[[4]](#footnote-4). En tal sentido, la Sección Tercera ha señalado que:

[…] de conformidad con la jurisprudencia uniforme y reiterada de esta Corporación, la aplicación de las normas que contemplan inhabilidades e incompatibilidades, como en general de todas aquellas que comportan prohibiciones o limitaciones, deben responder a una interpretación restrictiva que no permite su extensión, por vía de la figura de la analogía, a supuestos no contemplados por el ordenamiento[[5]](#footnote-5)

En el mismo sentido ha expuesto que:

[…] la aplicación de estos preceptos exige una interpretación restrictiva, dado que según el principio hermenéutico pro libertate, entre varias interpretaciones posibles de una norma que regula una inhabilidad, debe preferirse aquella que menos limita el derecho de las personas; en otros términos, se encuentra prohibida constitucionalmente la interpretación extensiva de las causales de inhabilidad, toda vez que las palabras de la ley son la frontera que no se puede traspasar en el ejercicio hermenéutico de las mismas, pues de hacerlo se vulnerarían los derechos fundamentales al debido proceso (art. 29 CN) y a la igualdad (art. 13 Ibid.); […][[6]](#footnote-6).

De igual forma, la Corte Constitucional en jurisprudencia[[7]](#footnote-7) citada a su vez por el Consejo de Estado[[8]](#footnote-8), se ha referido al régimen general de inhabilidades e incompatibilidades, destacando de este la prevalencia del interés general sobre el particular y su doble connotación, como quiera que no solo puede ser consecuencia de una sanción sino también erigirse con una finalidad preventiva que busca asegurar la no afectación del interés general, en suma, «[…] la inhabilidad no es una pena sino una garantía de que el comportamiento anterior no afectará el desempeño de la función o cargo, de protección del interés general y de la idoneidad, probidad y moralidad del aspirante»12; en este sentido, en el ámbito contractual se propende por la adquisición de bienes y servicios por parte de las entidades públicas, sin condiciones anteriores o injerencia de intereses que afecten la misma, de modo que se salvaguarda el principio de transparencia y con ello la consecución en general de los fines que rigen la función pública.

Como se aprecia, el principio *pro libertate* es el que debe dirigir la interpretación de las disposiciones normativas que consagran restricciones de derechos, como sucede con las causales de inhabilidad e incompatibilidad en la contratación estatal. Además, en relación con la determinación de las causales de inhabilidad e incompatibilidad, la Corte Constitucional ha resaltado que la competencia para determinar qué hechos o situaciones generan inhabilidades o incompatibilidades para contratar con el Estado la tiene el legislador, pues este régimen es un aspecto propio del Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, cuya expedición compete al Congreso de la República, conforme al artículo 150 de la Constitución Política, y que en esta materia rige el principio de legalidad:

[…]

Las limitaciones y restricciones que se contienen en el citado estatuto, predicables de la relación Estado-particulares y que afectan los diversos momentos de formación, celebración y ejecución de los contratos estatales, se refieren a una faceta de la actividad del Estado y en la que se contempla, en los términos de la ley, una especial modalidad de participación o colaboración de los particulares en su papel de contratistas. La ley demandada recae sobre una materia que pertenece al dominio de la esfera estatal y pública, dentro de la cual no rige el principio pro libertate, sino el de legalidad, el que ordena que la función pública debe someterse estrictamente a lo que disponga la Constitución y la ley (CP art. 6).

[…]

Se comprende con facilidad que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, corresponde a una materia de normal y obligada inclusión en un estatuto contractual. El legislador, a quien se ha confiado expedir el indicado estatuto, tiene, pues, competencia para establecerlo (CP art. 150)[[9]](#footnote-9).

En suma, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades se origina en la prerrogativa legislativa, obedece al principio de legalidad y su interpretación es restrictiva, como quiera que su aplicación implica limitaciones para el acceso a cargos o ejercicio funciones públicas y para participar en procesos de contratación pública adelantados por las entidades estatales, según sea el caso.

**2.2 Destinatarias del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, numeral 2, literal d) y aspectos diferenciadores entre algunas sociedades comerciales**

Considerando la restricción que consagra la norma objeto de consulta, conviene recordar que si bien es cierto tanto las inhabilidades como las incompatibilidades entrañan una restricción, concretamente las incompatibilidades, de acuerdo con algunos antecedentes jurisprudenciales, se erigen en virtud del cargo, las funciones o las responsabilidades que se desempeñan y que pueden llegar a afectar la futura contratación, en ese sentido, el alto tribunal constitucional ha precisado que:

[…]las incompatibilidades consisten en “una prohibición dirigida al titular de una función pública a quien, por ese hecho, se le impide ocuparse de ciertas actividades o ejercer, simultáneamente, las competencias propias de la función que desempeña y las correspondientes a otros cargos o empleos, en guarda del interés superior que puede verse afectado por una indebida acumulación de funciones o por la confluencia de intereses poco conciliables y capaces, en todo caso, de afectar la imparcialidad y la independencia que deben guiar las actuaciones de quien ejerce la autoridad en nombre del Estado[[10]](#footnote-10).

Con el referido propósito, el artículo 8, numeral 2, literal d) de la Ley 80 de 1993, señala:

**Artículo 8o**. De las inhabilidades e incompatibilidades para contratar.

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

[…]

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 ellos, tenga participación o desempeñe cargos de dirección o manejo.

De acuerdo con la norma transcrita, algunas sociedades estarán inhabilitadas para contratar con la entidad a la que pertenezca un servidor público que: i) pertenezca al nivel directivo, asesor, ejecutivo o miembro de la junta o consejo directivo de la entidad contratante y ii) que tenga participación en esas personas jurídicas o ejerza un cargo de dirección o manejo.

En cuanto a la identificación de las sociedades a las que alude la norma, resulta necesario iniciar con la definición misma de sociedad comercial, contenida en el Código de Comercio, especialmente en los artículos 98[[11]](#footnote-11) y 100, de conformidad con los cuales, respectivamente: i) existe contrato de *sociedad comercial* cuando dos o más personas aportan dinero, trabajo u otro bien, con el fin de repartirse las utilidades; y ii) se entiende que son comerciales las sociedades creadas para ejecutar actos o empresas mercantiles[[12]](#footnote-12).

Sobre el primer aspecto, hay que señalar que, como regla general, las sociedades requieren un número plural de socios –regla que perdió carácter absoluto, dada la posible existencia sociedades unipersonales–; además, cada socio debe hacer aportes a la sociedad; y los socios deben tener ánimo de lucrarse con el desarrollo de la actividad que constituya el objeto social, que en este caso se representa en la vocación de repartir utilidades. De esta manera, se trata de elementos y requisitos necesarios para que exista el contrato de sociedad y, por tanto, la sociedad comercial.

En cuanto a los tipos o clases de sociedades comerciales, se encuentran reguladas en leyes especiales, y algunas atípicas, pues en el Código de Comercio no están todas las sociedades que se pueden constituir. Según cierto sector de la doctrina y la jurisprudencia, estas se pueden calsificar en: i) sociedades de capital y ii) sociedades de personas. Sin embargo, el Código de Comercio no establece o instituye positivamente esta clasificación; no obstante, su vigencia y validez es indiscutida en el ámbito mercantil, aunque esta clasificación no es la única posible. La doctrina del derecho comercial, tanto nacional como extranjera, propone otras, atendiendo a diversos aspectos o características de las sociedades.

De las clasificaciones propuestas, como se indicó, es bastante generalizada y aceptada aquella que las divide en «sociedades de personas» y «sociedades de capital», y ocasionalmente algunas normas del ordenamiento jurídico la usan para los efectos que estiman pertinentes. En este sentido, profundizando esta clasificación, las últimas se caracterizan porque lo más importante son los aportes económicos, es decir, las acciones y no las personas *–intuitus rei–,* porque no importa mucho de quién sean las acciones[[13]](#footnote-13). En cambio, las sociedades de personas se caracterizan porque quienes las conforman –los socios– determinan la existencia de la sociedad, usualmente, representadas en personas que se conocen y tienen relación entre sí *–intuitus personarum–[[14]](#footnote-14).* No obstante, en ambos casos existen socios y además se necesita capital o aportes; solo que dependiendo de la clasificación la relevancia se sitúa en uno de los dos elementos.

No obstante, la dificultad que ofrezca la clasificación que se adopte, para organizar la pertenencia de cada sociedad al respectivo grupo, en cualquiera de los casos se debe estar ante «sociedades», es decir, ante sujetos u organizaciones que forman una persona jurídica distintas de los socios que la conforman, como lo dispone el artículo 98 del Código de Comercio: «Por el contrato de sociedad dos o más personas se obligan a hacer un aporte en dinero, en trabajo o en otros bienes apreciables en dinero, con el fin de repartirse entre sí las utilidades obtenidas en la empresa o actividad social».

En cuanto a las destinatarias de la norma objeto de consulta, abarca de una parte a las corporaciones, asociaciones y fundaciones, así mismo, alude a las sociedades de responsabilidad limitada, las demás sociedades de personas y a las sociedades anónimas, respecto a estas últimas, precisa que se refiere a aquellas que «no tengan el carácter de abiertas».

Al respecto, los artículos 373 y siguientes del Código de Comercio regulan lo concerniente a las sociedades anónimas, su constitución[[15]](#footnote-15) y funcionamiento[[16]](#footnote-16), que no podrán efectuarse con menos de cinco accionistas, así como otros aspectos propios de este tipo de sociedades, siendo importante destacar que el ordenamiento jurídico colombiano admite dos tipos: i) la abierta, que participa en el mercado público de valores y ii) la cerrada, que no negocia sus acciones en dicho mercado. Al respecto, la Corte Constitucional se ha referido a los aspectos comunes y diferenciadores entre estos dos tipos de sociedades, así:

[…]

Consagra la legislación colombiana dos clases de sociedades anónimas. Ambas, por ser anónimas, guardan en común esencialmente el elemento asociativo, el ánimo de lucro, la limitación de la responsabilidad de sus socios hasta el monto de sus respectivos aportes y la forma en que está constituido el capital social, es decir, en acciones. La diferencia entre unas y otras sociedades anónimas reside justamente en que dichas acciones sean o no negociadas en el mercado público de valores. En adelante –acogiendo una estipulación doctrinaria que no pretende zanjarse en esta providencia- se denominará sociedad anónima abierta aquella que negocia sus acciones en el mercado público de valores, y cerrada la que no lo hace.

[…]

La ley colombiana le ha dispensado tratamientos diversos a ambos tipos de sociedad anónima. En materia de contratación, por ejemplo, como ya se anotó, la ley establece una inhabilidad para contratar con el Estado exclusivamente para las sociedades anónima cerradas -no para las abiertas- 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 ellos, tenga participación o desempeñe cargos de dirección o manejo”[[17]](#footnote-17)

Aunado a lo anterior, y considerando que la Ley 80 de 1993 no constituye la única normativa que contiene restricciones en materia contractual, conviene agregar que el artículo 2.2.1.1.2.2.8 del Decreto 1082 de 2015, para efectos del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, precisa que «[…] las sociedades anónimas abiertas son las inscritas en el Registro Nacional de Valores y Emisores, a menos que la autoridad competente disponga algo contrario o complementario», en suma, las destinatarias de la norma serán aquellas sociedades anónimas cerradas, es decir, que no se encuentran inscritas en el Registro Nacional de Valores y Emisores, en consecuencia, no negocian sus acciones en el mercado público de valores.

De otra parte, resulta necesario tener en cuenta una salvedad a la restricción que se ha estudiado, consagrada en el parágrafo 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, precisando que no se aplicará la limitación prevista en el literal d del ordinal 2 del artículo ibídem a las «[…] corporaciones, asociaciones, fundaciones y sociedades […] cuando por disposición legal o estatutaria el servidor público en los niveles referidos debe desempeñar en ellas cargos de dirección o manejo», entendiendo que los intereses que representaría el servidor público no serían particulares sino propios de la entidad a la que pertenece.

* 1. **Sociedad por acciones simplificada frente a la causal del literal d), numeral 2, del artículo 8 de la Ley 80 de 1993**

De acuerdo con el literal d), numeral 2, del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, unas sociedades comerciales estarán inhabilitadas para contratar con la entidad a la que pertenezca un servidor público, así: i) que pertenezca al nivel directivo, asesor, ejecutivo o miembro de la junta o consejo directivo de la entidad contratante y ii) que tenga participación en esas sociedades comerciales o ejerza un cargo de dirección o manejo.

Frente a la mencionada restricción y con el ánimo de dilucidar si a la sociedad por acciones simplificada le aplica la precitada restricción, sumada a los aspectos considerados con antelación, es menester analizar su naturaleza jurídica. Al respecto, la Ley 1258 de 2008 creó la sociedad por acciones simplificada, determinando en el artículo 3 su naturaleza, identificándola como «[…] una sociedad de capitales cuya naturaleza será siempre comercial, independientemente de las actividades previstas en su objeto social», a la que en materia tributaria le rigen las reglas aplicables a las sociedades anónimas[[18]](#footnote-18), y según el artículo 1 ibídem, podrá constituirse por una o varias personas naturales o jurídicas[[19]](#footnote-19).

La incorporación de la sociedad por acciones simplificada en el ordenamiento jurídico colombiano obedeció al propósito de abreviar y agilizar la creación de una sociedad comercial, en aras de incentivar el desarrollo empresarial, así lo expresó el máximo tribunal constitucional:

[…]

En Colombia, el Legislador quiso matizar el exceso de rigorismo formal en la constitución y funcionamiento de las formas de asociación previstas en la legislación, que desestimuló la formación de sociedades comerciales y frenó la competitividad de la empresa colombiana. La figura que diseñó el Congreso de la República fue la de sociedades por acciones simplificas, buscando con ello fomentar la creación de empresa a través de instrumentos más ágiles y flexibles.

[…]

3.1.4. La finalidad del legislador con la creación de las S.A.S, se ajusta al propósito constitucional de estímulo al desarrollo empresarial (Artículo 333 CP), por medio de la actualización de los instrumentos legales en la creación de empresa. Lo que no implica que las características de simplicidad y flexibilidad en la constitución de éste tipo de sociedades, impacten de igual forma las garantías del ente moral frente a los derechos de terceros[[20]](#footnote-20).

Aunado a lo anterior, como se indicó con anterioridad, de acuerdo con lo señalado por la doctrina y la jurisprudencia, las sociedades comerciales se clasifican en dos grandes categorías: sociedades de capital y sociedades de personas. Al respecto, la Corte Constitucional, en sentencia C-831 de 2010, señaló: «Desde el punto de, vista de la legislación mercantil, las sociedades pueden revestir distintas formas. Dos grandes categorías societarias son: i) las sociedades de personas, por aportes o cuotas, que comprenden a las limitadas, sociedades en comandita simple, colectivas y empresas unipersonales y, por otro lado, ii) las sociedades de capital o por acciones, entre las que se encuentran: las anónimas, simplificadas por acciones (SAS), y comanditarias por acciones». Lo anterior sin desconocer que la clasificación no siempre es pacífica, toda vez que, aunque frente a algunas de ellas coincide la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia, frente a algunas de ellas hay un fuerte debate, como sucede con las sociedades limitadas.

De otra parte, el artículo 4 de la Ley 1258 de 2008 señaló la prohibición para este tipo de sociedades de negociar valores en el mercado público, por lo que también le está vedada la posibilidad de inscribirse en el Registro Nacional de Valores y Emisores[[21]](#footnote-21).

Finalmente, y en armonía con lo expuesto, mediante oficio No. 220- 087303 del 16 de agosto de 2019 la Superintendencia de Sociedades señaló que las inhabilidades son de aplicación excepcional y restrictiva, por lo tanto, no puede ser impuesta a los socios de una sociedad de capitales como lo es la sociedad por acciones simplificadas:

En estas disposiciones se establece que la sociedad por acciones simplificada es una sociedad de capitales, que constituye una persona jurídica distinta de los socios y, por lo tanto, estos son terceros respecto de los contratos que celebre el ente societario; que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado es de índole excepcional y aplicación restrictiva, en la medida en que limitan la capacidad jurídica de las personas; que las causales están previstas en el artículo 8 de la Ley 80 de 1993 y en los artículos 5 y 90 de la Ley 1474 de 2011, y que la sanción disciplinaria de suspensión en el ejercicio de la profesión impuesta a uno de los socios no está consagrada como causal de inhabilidad para que la sociedad de capitales participe en procesos de selección y contrate con entidades estatales.

En consecuencia, la inhabilidad prevista en el literal d), numeral 2, artículo 8 de la Ley 80 de 1993, no aplica frente a las sociedades por acciones simplificadas. En efecto, teniendo en cuenta que, como se expresó detalladamente en el numeral 2.1., el régimen de inhabilidades e incompatibilidades es de aplicación restrictiva, esto es, solo aplica en las causales previstas en la ley[[22]](#footnote-22), la norma expresa taxativamente el tipo de sociedades que están incursas en esa causal, por tanto, la inhabilidad prevista en el literal d), numeral 2, artículo 8 de la Ley 80 de 1993, no le aplica a los socios de las sociedades por acciones simplificadas, ni a estas cuando entre sus socios se encuentra una persona inhabilitada.

**3. Respuestas**

«[…] el alcance del numeral 2, literal d, del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, […] a qué clase de empresas exactamente le aplica esta restricción»

Las destinatarias de la norma son las corporaciones, asociaciones, fundaciones, las sociedades anónimas que no tengan el carácter de abiertas, las sociedades de responsabilidad limitada y las demás sociedades de personas. A pesar de la apariencia general de la norma, debe destacarse que en lo relacionado con las sociedades anónimas, el artículo 8, numeral 2, literal d) de la Ley 80 de 1993 precisó que se aplica la restricción a aquellas que «no tengan el carácter de abiertas», es decir, que no estén inscritas en el Registro Nacional de Valores y Emisores, sin efectuar más precisiones hacia otro tipo de sociedades.

«[…] las Sociedades por Acciones Simplificadas, podrían estar incursas en esta incompatibilidad, se enmarcarían en el grupo las sociedades anónimas»

Las sociedades por acciones simplificadas se enmarcan dentro de las sociedades de capitales, conforme al artículo 3 de la Ley 1258 de 2008. Además, su artículo 4 prohíbe a las sociedades por acciones simplificadas negociar valores en el mercado público, así como inscribirse en el Registro Nacional de Valores y Emisores, aspecto que coincide con una de las características de las sociedades anónimas cerradas, y en materia tributaria unas y otras se rigen por las mismas reglas. No obstante, las sociedades por acciones simplificadas y las anónimas no pueden equipararse, como quiera que tienen diferencias en su constitución, forma de funcionamiento, transformación, disolución, entre otros aspectos propios y característicos de cada una, en consecuencia, se trata de distintos tipos societarios.

Por último, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades ostenta una naturaleza taxativa y restrictiva que no permite hacer extensiones de su contenido o de los destinatarios de sus disposiciones, en tal virtud, al no mencionarse las sociedades por acciones simplificadas, para efectos de la restricción analizada, se concluye que esta no le es aplicable, por tatarse de un tipo societario distinto a los señalados por el legislador en la prohibición para contratar.

«[…] existe alguna sentencia relacionada con las Sociedades por Acciones Simplificadas o si ustedes se han pronunciado sobre este tema favor compartirme el concepto […]»

En la parte considerativa se expuso el fundamento legal, jurisprudencial y doctrinal relacionado con el tema objeto de consulta. Entre los conceptos proferidos por esta Agencia se destaca el concepto C–122 del 30 de marzo de 2021, cuya tesis y argumentación se reitera, y en el que particularmente se efectuó un análisis acerca de la posibilidad de extender o no la inhabilidad contemplada en el literal d) del numeral 2 del artículo 8 de la ley 80 de 1993 a las sociedades por acciones simplificadas, concluyendo que: «Teniendo en cuenta que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades es de aplicación restrictiva, esto es, solo aplica en las causales previstas de forma taxativa en la ley, la norma expresa taxativamente el tipo de sociedades que están incursas en esa causal, por tanto, la inhabilidad prevista en el literal d), numeral 2, artículo 8 de la Ley 80 de 1993, no le aplica a los socios de las sociedades por acciones simplificadas, ni a estas cuando entre sus socios se encuentra una persona inhabilitada», el cual puede ser consultado y descargado de la página web de la entidad en el sigueinte link: http://relatoria.colombiacompra.gov.co/ficha/C-122%20de%202021.

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Alfredo Benavides Zarate  Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Sebastián Ramírez Grisales  Gestor T1 – Grado 15 Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado Navarro  Subdirector Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. BARRETO MORENO, Antonio Alejandro. Inhabilidades de la contratación estatal, efectos y neopunitivismo en el Estatuto Anticorrupción. En: ALVIAR GARCÍA, Helena (Coordinadora). Nuevas tendencias del Derecho administrativo. Bogotá: Universidad de los Andes; Temis, 2016. pp. 63-99. [↑](#footnote-ref-1)
2. Ibíd., p. 69 [↑](#footnote-ref-2)
3. Corte Constitucional. Sentencia T-1039 de 2006. Magistrado Ponente: Humberto Sierra Porto. La Corte ha mantenido este criterio en las sentencias: C-903 de 2008. Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería; C-101 de 2018. Magistrada Ponente Gloria Stella Ortiz Delgado; entre otras. [↑](#footnote-ref-3)
4. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 30 de abril de 2015. Expediente: 2251. Consejero Ponente: Álvaro Namén Vargas. [↑](#footnote-ref-4)
5. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 24 de junio de 2015. Exp. 40.635. Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón (E). [↑](#footnote-ref-5)
6. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 22 de mayo de 2013. Exp. 24.057. Consejera Ponente: Olga Melida Valle De La Hoz. [↑](#footnote-ref-6)
7. Sentencia C- 373 de 2002, Magistrado ponente Jaime Córdoba Triviño; sentencia C-325 de 2009, Magistrado ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. [↑](#footnote-ref-7)
8. Sentencia 00111 del 13 de junio de 2019 del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta 00111 del 13 de junio de 2019, Consejera ponente Rocío Araújo Oñate. [↑](#footnote-ref-8)
9. *Ibid*. [↑](#footnote-ref-9)
10. Sentencia C-181 de 1997, Magistrado ponente Fabio Morón Díaz. [↑](#footnote-ref-10)
11. «Art. 98. Por el contrato de sociedad dos o más personas se obligan a hacer un aporte en dinero, en trabajo o en otros bienes apreciables en dinero, con el fin de repartirse entre sí las utilidades obtenidas en la empresa o actividad social.

    »La sociedad, una vez constituida legalmente. forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados». [↑](#footnote-ref-11)
12. «Art. 100. Se tendrán como comerciales. para todos los efectos legales las sociedades que se formen para la ejecución de actos o empresas mercantiles. Si la empresa social comprende actos mercantiles y actos que no tengan esa calidad, la sociedad será comercial. Las sociedades que no contemplen en su objeto social actos mercantiles, serán civiles.

    »Sin embargo, cualquiera que sea su objeto. las sociedades comercia/es y civiles estarán sujetas, para todos los efectos, a la legislación mercantil» [↑](#footnote-ref-12)
13. Para José Ignacio Narváez en las sociedades de capital «[...] una vez efectuados los aportes, los asociados pasan la penumbra y son inadvertidos o carecen de importancia para los terceros, en razón de que solamente responden hasta concurrencia de sus respectivas aportaciones [...] y por tal virtud de la ley de circulación propia de las acciones, los accionistas de hoy pueden ser distintos de los de ayer y de los de mañana» (NARVÁEZ GARCÍA, José Ignacio. Teoría General de las Sociedades. Bogotá: Ed. Legis. 1998. p. 74). [↑](#footnote-ref-13)
14. Para el mismo autor citado antes «En las de personas los socios se conocen y cada uno es el punto de referencia de los demás consocios, por la confianza recíproca que existe entre ellos. Se forma intuitus personarum, es decir, por razón de las personas o en consideración a ellas, elemento que tiene importancia para los terceros, porque frente a ellos se obliga no solo la persona jurídica sino también los socios [...], y para que un socio pueda transferir o ceder su parte de interés en la sociedad a un tercero, se exige el consentimiento de los demás socios». (Ibid., p. 73-74). [↑](#footnote-ref-14)
15. Artículo 373 del Código de Comercio: «La sociedad anónima se formará por la reunión de un fondo social suministrado por accionistas responsables hasta el monto de sus respectivos aportes; será administrada por gestores temporales y revocables y tendrá una denominación seguida de las palabras "Sociedad Anónima" o de las letras "S A."

    Si la sociedad se forma, se inscribe o se anuncia sin dicha especificación, los administradores responderán solidariamente de las operaciones, sociales que se celebren». [↑](#footnote-ref-15)
16. Artículo 374 del Código de Comercio: «La sociedad anónima no podrá constituirse ni funcionar con menos de cinco accionistas». [↑](#footnote-ref-16)
17. Sentencia C- 188 de 2008, Magistrado ponente Jaime Araujo Rentería [↑](#footnote-ref-17)
18. Ley 1258 de 2008, artículo 3: «Naturaleza. La sociedad por acciones simplificada es una sociedad de capitales cuya naturaleza será siempre comercial, independientemente de las actividades previstas en su objeto social. Para efectos tributarios, la sociedad por acciones simplificada se regirá por las reglas aplicables a las sociedades anónimas». [↑](#footnote-ref-18)
19. Ley 1258 de 2008, artículo 1: Constitución. La sociedad por acciones simplificada podrá constituirse por una o varias personas naturales o jurídicas, quienes sólo serán responsables hasta el monto de sus respectivos aportes.

    Salvo lo previsto en el artículo 42 de la presente ley, el o los accionistas no serán responsables por las obligaciones laborales, tributarias o de cualquier otra naturaleza en que incurra la sociedad. [↑](#footnote-ref-19)
20. Sentencia C-090 de 2014 de la Corte Constitucional, Magistrado ponente Mauricio González Cuervo. [↑](#footnote-ref-20)
21. Artículo 4º de la Ley 1258 de 2008: «Imposibilidad de negociar valores en el mercado público. Las acciones y los demás valores que emita la sociedad por acciones simplificada no podrán inscribirse en el Registro Nacional de Valores y Emisores ni negociarse en bolsa». [↑](#footnote-ref-21)
22. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 2414 del 23 de abril de 2019. Consejero ponente: Edgar González López: «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». [↑](#footnote-ref-22)