**SOCIEDADES ANÓNIMAS SIMPLIFICADAS – Naturaleza jurídica**

De conformidad con lo regulado en el Código de Comercio y según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, 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*». De acuerdo con lo indicado en el artículo 3 de la Ley 1258 de 2008, la S.A.S. 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.

**RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES – Límites – Capacidad jurídica**

En el sistema de compra pública existen límites a la capacidad jurídica de las personas naturales y jurídicas que deseen contratar con el Estado. Por eso, a los contratos que celebran las entidades estatales les aplica el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto en la Ley 80 de 1993 toda vez que se sustenta en una serie de valores como la prevalencia de los intereses estatales y en los principios y valores de igualdad, moralidad, ética, corrección, probidad, transparencia e imparcialidad. Frente a la naturaleza de las inhabilidades, la Corte Constitucional ha manifestado que son circunstancias previstas en la Constitución Política, o en la ley, que le impiden a una persona ser elegida o designada para desempeñar cargos públicos. Esas circunstancias también pueden tener consecuencias respecto de otras personas que quieran celebrar o hayan celebrados contratos con el Estado.

**RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES – Clasificación**

Existen dos tipos de inhabilidades, en primer lugar las que se derivan de la imposición de una condena o de una sanción disciplinaria. Estás inhabilidades son en efecto una sanción como consecuencia de la persona. En segundo lugar, se encuentran las inhabilidades que se desprenden de la posición funcional o desempeño de empleados públicos, en este caso, la inhabilidad no es una sanción sino una medida de protección del interés general en razón a la articulación o afinidad entre las funciones” o actividades a desempeñar en una determinada actividad. La Ley 80 de 1993 consagró un régimen de inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado, sin embargo, las vigentes para contratar no se encuentran de manera exclusiva en este cuerpo normativo sino en diferentes disposiciones que comprenden el sistema de compra pública.

**INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES – Régimen – Literal d) – Numeral 2 – Artículo 8 – Ley 80 de 1993 – Aplicación – Impedimento**

De acuerdo con esto, y 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 no prevé que apartarse del procedimiento contractual exceptúe la aplicación de la inhabilidad, lo cual es reafirmado por la jurisprudencia ya que la causal no esta relacionada con la participación del servidor público, sino con el nexo patrimonial de este con las sociedades comerciales señaladas en la ley.



**CCE-DES-FM-17**

Bogotá, 30 Marzo 2021 Señor

# Ana María Stiles

Bogotá D.C.,

# Concepto C-122 de 2021

**Temas:** SOCIEDADES ANÓNIMAS SIMPLIFICADAS – Naturaleza jurídica / RÉGIMEN DE INHABILIDADES E

INCOMPATIBILIDADES – Límites – Capacidad jurídica / RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES – Clasificación / INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES

* Régimen – Literal d) – Numeral 2 – Artículo 8 – Ley 80 de 1993
* Aplicación – Impedimento

**Radicación:** Respuesta a consulta P20210216001280

Estimada señora Stiles:

En ejercicio de la competencia otorgada por los artículos 11, numeral 8º, y 3º, numeral 5º, del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública − Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 16 de febrero 2021.

# Problemas planteados

Usted expone la siguiente inquietud: «Respecto de las inhabilidades contempladas en la ley 80 de 1993, entendemos que su interpretación y aplicación por parte de las entidades, debe ser de forma restrictiva y por lo tanto, no permite una interpretación analógica. En ese orden de ideas, comprendemos que no es posible para las entidades públicas extender 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, al señalar la norma que tal inhabilidad aplica para “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, (…)».

# Consideraciones

Para resolver esta consulta se analizarán los siguientes temas: i) la clasificación de las sociedades comerciales, entre ellas las Sociedades Anónimas Simplificadas, ii) el régimen de inhabilidades e incompatibilidades en la contratación estatal, donde se analizará cómo este consiste en un límite a la capacidad contractual, además, se profundizará 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, y iii) 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 y C-815 del 18 de febrero de 2021. La tesis expuesta en dichos conceptos se reitera a continuación.

# Clasificación de las sociedades comerciales. Naturaleza jurídica de las Sociedades Anónimas Simplificadas

El Código de Comercio, y en general la legislación mercantil, identifican varios tipos de *sociedades comerciales* que pueden constituirse para desarrollar actividades de esa índole, estableciendo el régimen general de las personas jurídicas, delimitando las particularidades y principios que rigen y conforman el contrato de sociedad.

Varias disposiciones de ese código inciden en el sentido del concepto que se solicita. En particular, resultan relevantes los artículos 98 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 utilidades1; y ii) se entiende que son comerciales las sociedades creadas para ejecutar actos o empresas mercantiles2.

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

1 «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 jur ídica distinta de los socios individualmente considerados».

2 «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» .

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, de la sociedad comercial.

Sobre el segundo aspecto citado, lo propio de las sociedades comerciales es realizar actos de comercio o empresas mercantiles, de ahí que el inciso primero del artículo 100 del Código de Comercio establezca que «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 normas indicadas se encuentran en el Libro Segundo del Código de Comercio, que se ocupa «De las Sociedades Comerciales», y regula las siguientes materias: el contrato de sociedad, la constitución y prueba de la sociedad comercial, los aportes de los asociados, las utilidades sociales, las reformas del contrato social, la transformación y fusión de las sociedades, la asamblea y junta de socios o administradores, el revisor fiscal, la disolución de la sociedad, la liquidación del patrimonio social, las matrices, subordinadas y sucursales, la inspección y vigilancia de las sociedades, los balances y finalmente –lo que más interesa para este concepto– las clases o tipos de sociedades: colectiva, en comandita –simple y por acciones–, de responsabilidad limitada, anónima, de economía mixta, extranjeras, mercantiles de hecho y cuentas en participación.

Los tipos o clases de sociedades comerciales citadas –entre otras, reguladas en leyes especiales; y algunas atípicas, pues en el Código de Comercio no están todas las sociedades que se pueden constituir– se agrupan u organizan, doctrinaria y jurisprudencialmente, en: i) sociedades de capital y ii) sociedades de personas. Sin embargo, curiosamente el Código de Comercio no establece o instituye positivamente esta clasificación, no obstante, su vigencia y validez es indiscutida en el ámbito mercantil.

Sin embargo, 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. Por ejemplo, la categorización citada antes atiende a la relevancia que tienen los socios o el capital en las sociedades; pero para otros autores el factor determinante de la clasificación son las cuotas en las que se divide el capital – sociedades de partes de interés; sociedades por cuotas y sociedades por acciones–; otros las clasifican según la nacionalidad –nacionales y extranjeras–; o según el sector del que forman parte – privado o público–; entre otros criterios3.

De las clasificaciones propuestas, 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

3 BARRERO BUITRAGO, Álvaro. Manual para el establecimiento de sociedades. 4ª edición.

Bogotá: Ed. Librería del Profesional. 2006, p. 45-49.

las acciones4. 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–5.* No obstante, en ambos casos existen socios y además se necesita capital o aportes; solo qué dependiendo de la clasificación la relevancia se sitúa en uno de los dos elementos.

Al grupo de las *«sociedades de personas»* pertenecen las siguientes sociedades: colectivas, en comandita simple, limitada, unipersonal y las cooperativas. Al grupo de las *"sociedades de capital"* pertenecen: las sociedades anónimas, las sociedades en comandita por acciones, las simplificadas por acciones -SAS- y las de economía mixta

6. 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.

Incluso, parte de la doctrina del derecho comercial estima que en esta clasificación cabe un tipo mixto: «*sociedades de naturaleza mixta*», que corresponden a aquellas donde las acciones o el capital es tan importante como las personas que conforman la sociedad, complejizando esta clasificación, como es el caso de las sociedades de responsabilidad limitada.

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

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).

4 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).

5 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).

6 La Corte Constitucional, en la Sentencia C-831 de 2010, también consideró que las sociedades comerciales se clasifican en esas dos categorías: i) sociedades de capital y ii) sociedades de personas: «[…] Desde el punto de vista de la legislación mercantil, las sociedades pueden revestir distintas formas. Dos grandes categorías societarias que 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».

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».

Ahora bien, de acuerdo a lo señalado y lo regulado en el Código de Comercio y según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, 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». De acuerdo con lo indicado en el artículo 3 de la Ley 1258 de 2008, la S.A.S. es una sociedad de capitales cuya naturaleza será siempre comercial, independientemente de las actividades previstas en su objeto social.

# Régimen de inhabilidades e incompatibilidades en la contratación estatal: un límite a la capacidad contractual. La interpretación restrictiva como criterio hermenéutico de los enunciados normativos gravosos y la reserva de ley

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente analizó desde una perspectiva general el régimen de inhabilidades e incompatibilidades en la contratación pública, sus criterios de interpretación –restrictivo y *pro libertate*–, sus efectos en la capacidad contractual y la reserva de ley, entre otros, en los 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 y C-684 del 24 de noviembre de 2020. Las tesis expuestas en aquellas oportunidades se reiteran en lo pertinente y se complementan con algunas ideas relacionadas con la consulta objeto de análisis.

En la contratación estatal, la *capacidad jurídica* también es un requisito de validez de los contratos, tanto en el régimen de las entidades sujetas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública7, como en el de las entidades exceptuadas

7 El artículo 6 de la Ley 80 de 1993 expresa: «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.

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

de aquel8. Si bien la regulación de la capacidad se integra por varias disposiciones y exigencias especiales –como el requisito de inscribirse, por regla general, en el Registro Único de Proponentes (RUP)–, se destaca el régimen de inhabilidades e incompatibilidades como un conjunto de enunciados normativos que imponen restricciones para los sujetos que, eventualmente, pretendan participar en los procedimientos de selección o celebrar contratos con las entidades estatales9.

Las inhabilidades son prohibiciones para concurrir en los procedimientos de selección y para contratar con el Estado, que se derivan i) de la existencia de comportamientos reprochables de sanciones anteriormente impuestas, ii) de vínculos personales relativos al parentesco o al estado civil o iii) de una actividad u oficio que se desempeñó en el pasado.

El régimen de inhabilidades e incompatibilidades en la contratación pública responde a la tendencia, vigente desde hace varias décadas en nuestro país, pero que se ha reforzado en los últimos años, de asegurar que la actividad de provisión de los 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»10. Si bien no todas las causales de inhabilidad y de incompatibilidad son consecuencia de una medida de reproche ni de una sanción previa, como ya se explicó, es indiscutible que en los años

»La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra».

8 El artículo 1502 del Código Civil prevé la capacidad legal como requisito para obligarse contractualmente, en los siguientes términos: «Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario:

»1o.) que sea legalmente capaz. […]

»La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra».

9 En tal sentido, José Luis Benavides comenta que «Aunque la mayoría de las reglas limitativas de la responsabilidad contractual se aplican a la administración, existen también algunas restricciones importantes a la capacidad de los contratistas: *el régimen de inhabilidades e incompatibilidades* (1) y la obligación de ciertos proponentes de inscribirse en el *registro único* (2)» (BENAVIDES, José Luis. El contrato estatal. Entre el Derecho público y el Derecho privado. 2ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004. p. 278).

10 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.

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 –como ya se dijo– al ser restricciones o límites especiales a la capacidad para presentar ofertas y celebrar contratos estatales, solo pueden tipificarse en la ley –o sea, deben satisfacer el principio de legalidad– y su interpretación debe ser *restrictiva*11. 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»12. 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»13. 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

11 Ibíd., p. 69.

12 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.

13 Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 30 de abril de 2015. Expediente: 2251. Consejero Ponente: Álvaro Namén Vargas.

que no permite su extensión, por vía de la figura de la analogía, a supuestos no contemplados por el ordenamiento14.

También ha dicho 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.); […]15.

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)16.

14 Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 24 de junio de 2015. Exp. 40.635. Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón (E).

15 Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 22 de mayo de 2013.

Exp. 24.057. Consejera Ponente: Olga Melida Valle De De La Hoz.

16 *Ibid*.

De igual forma, conviene acudir a la distinción que se ha trazado en torno a la fuente de las inhabilidades, las cuales han sido clasificadas en dos grupos: i) inhabilidades-sanción y ii) inhabilidades-requisito. En el primer grupo se encuentran las inhabilidades que surgen como consecuencia de un proceso sancionatorio, en los ámbitos penal, disciplinario, contravencional o de punición por indignidad política – pérdida de investidura–. En el segundo grupo están aquellas que no devienen de un proceso sancionatorio sino de condiciones propias de la persona y buscan garantizar la moralidad, la imparcialidad, la eficacia y la transparencia17.

A manera de ejemplo, en materia contractual, los literales c), d) y j) del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 establecen inhabilidades-sanción, porque la prohibición para contratar con el Estado en esos eventos es una consecuencia de una declaratoria de responsabilidad que surge luego de un proceso sancionatorio – administrativo, disciplinario o penal–. A su turno, las inhabilidades de los literales f), g) y h) del literal 1 de la norma citada establecen inhabilidades-requisito, pues no se configuran por la comisión previa de una falta o un delito que dio lugar a una declaratoria por parte de la Administración o el juez, sino de aspectos propios de la persona, derivados, por ejemplo, del parentesco o la afinidad o de la condición de servidor público. En ambos eventos, la inhabilidad tiene como fuente una situación o un hecho propio del proponente –una conducta o una condición– y no de su oferta. La inhabilidad surge, entre otros, por su grado de parentesco o afinidad, por su condición de servidor público o porque sobre él existe una declaratoria de responsabilidad en firme –penal, disciplinaria o sancionatoria contractual–.

Al margen de la clasificación mencionada, el carácter reconocidamente taxativo y restrictivo del régimen de inhabilidades obedece a la necesidad de salvaguardar el interés general inherente en la contratación pública, de forma que implique el menor sacrificio posible al derecho de igualdad y de reconocimiento de la personalidad jurídica de quienes aspiran a contratar con el Estado.

En este sentido, retomando una idea esbozada con anterioridad, la doctrina y la jurisprudencia son pacíficas en considerar que la creación de inhabilidades e incompatibilidades es un asunto con reserva de ley, en tanto, «[…] su previsión y desarrollo es materia exclusiva del legislador (reserva de ley), quien en virtud del principio democrático debe definir y tipificar expresamente sus causas, vigencia, naturaleza y efectos»18. En similar sentido, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado expresó que «[…] las causales de inhabilidad e incompatibilidad deben estar expresa y taxativamente establecidas en la Constitución o en la ley y son

17 Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-780 de 2001. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

18 CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo contencioso administrativo. Sentencia del 12 de diciembre de 2014. Exp. 26496. C.P. Ramiro Pazos Guerrero. En similar sentido, la doctrina expresa que: «[…] las causales de inhabilidad e incompatibilidad resultan ser las que la ley de manera expresa señala, no siendo factible para las entidades estatales, crearlas en los pliegos de condiciones que elaboran (DAVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal: aproximación crítica a Ley 80 de 1993. 3ª ed. Bogotá: Legis, 2016. p. 149).

de aplicación e interpretación restrictivas […]»19. En este sentido, como se observa, existe consenso, incluso como lo ha expresado esta Agencia en ocasiones anteriores, que la creación de inhabilidades o incompatibilidades está reservada al constituyente o al legislador.

# La causal del literal d), numeral 2, del artículo 8 de la Ley 80 de 1993

Como se analizó anteriormente, la Ley 80 de 1993, en el artículo 8, regula las inhabilidades e incompatibilidades para contratar con las entidades estatales. Pero esta no es la única norma en el ordenamiento jurídico que establece estas causales. En efecto, la Constitución Política, la Ley 1474 de 2011, entre otras disposiciones, contienen situaciones que, de configurarse, impiden a determinados sujetos la presentación de ofertas en los procedimientos de selección o la celebración de contratos estatales.

De acuerdo con la inhabilidad del literal d), numeral 2, del artículo 8 de la Ley 80 de 199320, 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.

Ahora bien, la Ley 1258 de 2008 creó la sociedad por acciones simplificada - SAS-, conformada por una o varias personas naturales o jurídicas, quienes responden hasta el monto de sus aportes. El artículo 3 establece que es una sociedad de capitales, y por lo tanto no le aplica la prohibición prevista en el literal d), del numeral 2, del artículo 8 de la Ley 80 de 1993.

19 CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 29 de abril de 1998. Rad. 1097. C.P. Augusto Trejos Jaramillo.

20 Ley 80 de 1993: «Artículo 8. De las inhabilidades e incompatibilidades para contratar. [...]

»2. 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 conformidad con lo anterior, la Superintendencia de Sociedades, en el oficio No. 220- 087303 del 16 de agosto de 2019, señaló que las inhabilidades son de aplicación excepcional y restrictivo y 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 le aplica a los socios de las sociedades por acciones simplificadas, ni a este tipo de sociedades cuando entre sus socios se encuentra una persona inhabilitada.

# Respuestas

«(…) No es posible para las entidades públicas extender 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, al señalar la norma que tal inhabilidad aplica para “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.»

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 ley21, 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.

21 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 Ja 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».

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

Atentamente,

Texto

Descripción generada automáticamente

Elaboró: María Claudia de la Ossa Bobadilla

Abogada de la Subdirección de Gestión Contractual

Revisó: Sebastián Ramírez Grisales

Gestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual

Aprobó: Jorge Augusto Tirado Navarro

Subdirector de Gestión Contractual ANCP – CCE