**REQUISITOS HABILITANTES – Finalidad**

El artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, establece que en los procesos de selección serán objeto de verificación como requisitos habilitantes: la capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes […] Conforme a lo anterior, los requisitos habilitantes sirven para medir la aptitud del proponente para la participación en los procesos de contratación en los que sea oferente. El propósito de los requisitos habilitantes es establecer unas condiciones mínimas para los proponentes de tal manera que la Entidad Estatal sólo evalúe las ofertas de aquellos que están en condiciones de cumplir con el objeto del proceso de contratación.

**CAPACIDAD JURÍDICA – Noción – Personas naturales – Personas jurídicas**

La capacidad jurídica es la aptitud que recae en los sujeto activos o pasivos de las relaciones jurídicas. Para efectos de las relaciones contractuales en las que una de los extremos de la relación sea una entidad estatal, la capacidad jurídica es la facultad que tiene una persona natural o jurídica para celebrar contratos con una Entidad Estatal. En otras palabras, es i) la capacidad de obligarse a cumplir el objeto del contrato y ii) de no estar incursa en inhabilidades o incompatibilidades que impidan la celebración del contrato. Para efectos de la aplicación de la aplicación del Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, la capacidad para contratar la tienen las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes. Las personas naturales que tienen capacidad jurídica para contratar son los mayores de edad, a menos que por disposición expresa se encuentren limitados por decisión judicial, como la interdicción judicial, y que no estén incursas en inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones para contratar derivadas de la ley. Respecto de las personas jurídicas, la capacidad jurídica hace referencia a la posibilidad que tienen para adelantar actividades en el marco de su objeto social, las facultades que le han sido otorgadas al representante legal y a la ausencia de inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones para contratar, derivadas de la ley.

**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.

**SOCIEDADES COMERCIALES – Clasificación – Sociedades anónimas**

[…] El ordenamiento jurídico las sociedades comerciales han sido clasificadas en dos grandes grupos, las sociedades de personas y las sociedades de capital. Las sociedades anónimas hacen parte de las sociedades de capital y están conformadas por un fondo social que es suministrado por los accionistas que no podrán ser menos de 5 accionistas y quienes son responsables hasta el monto de sus aportes. A su vez, las sociedades anónimas pueden ser abiertas o cerradas. Las sociedades anónimas abiertas son aquellas que negocian sus acciones en el mercado público de valores nacional o internacional, pues no están sometidas a restricciones de carácter legal o estatutario y en consecuencia cualquier persona puede adquirirlos de manera directa o mediante un comisionista de bolsa de valores. En las sociedades anónimas cerradas, por el contrario, no se negocian las acciones en el mercado público de valores, por lo tanto las acciones de dichas sociedades pertenecen a un número de reducido de personas naturales o jurídicas siempre que no sean menos de cinco accionistas. En otras palabras, en las sociedades anónimas cerradas, no es posible que cualquier persona acceda a la compra de acciones pues hay restricciones de carácter estatutario que así lo dispongan.

Bogotá D.C., **29/08/2019 Hora 16:58:28s**

# N° Radicado: 2201913000006343

Señora

# Mariana Londoño Ocho

Envigado, Antioquia

|  |  |
| --- | --- |
| **Radicación:** | Respuesta a consulta # 4201912000004765 |
| **Temas:** | Capacidad jurídica, inhabilidades e incompatibilidades |
| **Tipo de asunto consultado:** | Posibilidad de exigir en los requisitos habilitantes a los socios de una sociedad anónima cerrada su identificación y el porcentaje de participación accionaría |

Estimada señora Londoño,

La Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente-, responde su consulta del 16 de julio de 2019, 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.

# Problema planteado

“¿Están facultadas las entidades oficiales, en el marco de un proceso de contratación pública para solicitar como requisito habilitante la identificación de socios y el porcentaje de participación accionaría de sociedades anónimas cerradas?” y “en caso de que tengan esa facultad ¿Cuál es el fundamento normativo para solicitarlo?”

# Consideraciones

El artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, establece que en los procesos de selección serán objeto de verificación como requisitos habilitantes: la capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes, así:

Artículo 5. De la Selección Objetiva. (…)

* 1. La capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes serán objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje, con excepción de lo previsto en el numeral 4 del presente artículo. La exigencia de tales condiciones debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato a suscribir y a su valor. La verificación documental de las condiciones antes señaladas será efectuada por las Cámaras de Comercio de conformidad con lo establecido en el artículo 6o de la presente ley, de acuerdo con lo cual se expedirá la respectiva certificación.

Conforme a lo anterior, los requisitos habilitantes sirven para medir la aptitud del proponente para la participación en los procesos de contratación en los que sea oferente. El propósito de los requisitos habilitantes es establecer unas condiciones mínimas para los proponentes de tal manera que la Entidad Estatal sólo evalúe las ofertas de aquellos que están en condiciones de cumplir con el objeto del proceso de contratación[[1]](#footnote-1).

La capacidad jurídica es la aptitud que recae en los sujeto activos o pasivos de las relaciones jurídicas[[2]](#footnote-2). Para efectos de las relaciones contractuales en las que una de los extremos de la relación sea una entidad estatal, la capacidad jurídica es la facultad que tiene una persona natural o jurídica para celebrar contratos con una Entidad Estatal. En otras palabras, es i) la capacidad de obligarse a cumplir el objeto del contrato y ii) de no estar incursa en inhabilidades o incompatibilidades que impidan la celebración del contrato.

Para efectos de la aplicación de la aplicación del Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, la capacidad para contratar la tienen las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes[[3]](#footnote-3).

Las personas naturales que tienen capacidad jurídica para contratar son los mayores de edad, a menos que por disposición expresa se encuentren limitados por decisión judicial, como la interdicción judicial, y que no estén incursas en inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones para contratar derivadas de la ley. Respecto de las personas jurídicas, la capacidad jurídica hace referencia a la posibilidad que tienen para adelantar actividades en el marco de su objeto social, las facultades que le han sido otorgadas al representante legal y a la ausencia de inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones para contratar, derivadas de la ley.

En el marco de los procesos de selección, las entidades estatales deben solicitar a los proponentes toda la información necesaria para conocer su idoneidad en la ejecución del contrato a celebrar, que le permita verificar su honestidad e integridad en el manejo de los recursos públicos que involucra la contratación estatal. El Consejo de Estado ha exhortado a las entidades estatales para conocer la calidad en la que actúa el proponente, así[[4]](#footnote-4):

No duda la Sala en afirmar que la anterior disposición conlleva un deber calificado para las entidades estatales, cuyo presupuesto es la buena fe (y como se verá, el principio de precaución), consistente en una carga de conocimiento que las obliga a determinar la calidad con la que actúa el proponente o contratista, esto es, persona natural o jurídica, o sucursal de una sociedad extranjera, si pertenece o no a un grupo empresarial, si se trata de una filial o subsidiaria, la composición de su capital, si cotiza o no en bolsa, si es una empresa familiar, la idoneidad personal y profesional de sus representantes legales, entre otros aspectos, así como el origen lícito de los fondos que empleará en la ejecución del objeto contratado, los cuales, por supuesto, no pueden provenir de actividades delictivas en general, o ser el producto de actos de corrupción, en particular.

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[[5]](#footnote-5).

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[[6]](#footnote-6).

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[[7]](#footnote-7).

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.

Ahora, en el ordenamiento jurídico las sociedades comerciales han sido clasificadas en dos grandes grupos, las sociedades de personas y las sociedades de capital. Las sociedades anónimas hacen parte de las sociedades de capital y están conformadas por un fondo social que es suministrado por los accionistas que no podrán ser menos de 5 accionistas y quienes son responsables hasta el monto de sus aportes[[8]](#footnote-8).

A su vez, las sociedades anónimas pueden ser abiertas o cerradas. Las sociedades anónimas abiertas son aquellas que negocian sus acciones en el mercado público de valores nacional o internacional[[9]](#footnote-9), pues no están sometidas a restricciones de carácter legal o estatutario y en consecuencia cualquier persona puede adquirirlos de manera directa o mediante un comisionista de bolsa de valores[[10]](#footnote-10).

En las sociedades anónimas cerradas, por el contrario, no se negocian las acciones en el mercado público de valores, por lo tanto las acciones de dichas sociedades pertenecen a un número de reducido de personas naturales o jurídicas siempre que no sean menos de cinco accionistas. En otras palabras, en las sociedades anónimas cerradas, no es posible que cualquier persona acceda a la compra de acciones pues hay restricciones de carácter estatutario que así lo dispongan.

En relación con el objeto de su consulta, se relaciona con las sociedades anónimas cerradas, el literal h del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, establece que:

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

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

(…)

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

Por lo anterior, en este punto es necesario presentar algunas consideraciones generales respecto de las sociedades anónimas abiertas y cerradas.

La Corte Constitucional se pronunció sobre la constitucionalidad de la disposición en mención, en la sentencia C-415 de 1994. Sostuvo que la anterior limitación legal es una orden de abstención, en forma de prohibición que recae sobre la persona o sociedad cerrada que en los términos de la ley tenga nexos con otra persona que previamente haya realizada una propuesta en el mismo proceso de selección.

La Ley 1474 de 2011 establece que la inhabilidad se extenderá a las sociedades en las que sean socias personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos contra la Administración Pública donde la pena sea privativa de la libertad o afecten el patrimonio del Estado, y se extenderá así mismo a sus matrices y a sus subordinadas, con excepción de las sociedades anónimas abiertas[[11]](#footnote-11).

El artículo 2 de la misma Ley dispone que la inhabilidad para contratar de las personas que financien campañas políticas se extenderá a las sociedades existentes o que puedan llegar a constituirse distintas de las sociedades anónimas abiertas, en las cuales el representante legal o cualquiera de sus socios hayan financiado directa o indirectamente campañas políticas[[12]](#footnote-12).

Conforme a lo anteriormente expuesto, las entidades estatales, para celebrar contratos conforme a las normas del ordenamiento jurídico, necesitan conocer la composición accionaria para verificar que los accionistas de una sociedad anónima cerrada no se encuentren incursos en una inhabilidad e incompatibilidad de que trata las normas señaladas.

# 3. Respuesta

Las entidades estatales pueden solicitarle a los proponente, en el marco de un proceso de selección, la identificación de los socios y su porcentaje accionario, pues están facultadas por la Ley y la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado para adelantar todas las actuaciones correspondientes a verificar la capacidad jurídica de los proponentes y así, verificar que no estén incursos en las inhabilidades e incompatibilidades de las que trata la Ley 80 de 1993 y la Ley 1474 de 2011.

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

Atentamente,



Proyectó: Ana María Pérez Cárdenas.

1. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Consejera Ponente: Marta Nubia Velásquez Rico. Bogotá, D.C., 2 de agosto de 2018. Radicación número: 25000-23-26-000-2013-01293-01(53.506)A. [↑](#footnote-ref-1)
2. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C 178 de 29 de abril de 1996. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell. Expediente No. D-974. [↑](#footnote-ref-2)
3. “Artículo 6o. De la capacidad para contratar. Pueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes”. [↑](#footnote-ref-3)
4. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Álvaro Namén Vargas. Bogotá, 10 de agosto de 2015. Radicación número: 11001-03-06-000-2015-00118-00(2.260). [↑](#footnote-ref-4)
5. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Consejero ponente: Ramiro Pazos Guerrero. Bogotá, 5 de diciembre de 2016. Radicación número: 05001-23- 31-000-2003-03663-01(41.333) (…)

“Se tiene que es deber de los servidores evitar que prevalezca el interés particular sobre el general, de manera que para garantizar tal propósito el legislador ha establecido toda una reglamentación para propender por la transparencia en la adopción de decisiones, la cual no solo está contenida en la Ley 80 de 1993 o en los régimen especiales de contratación estatal, sino en otro tipo de normas, verbigracia en los ordenamientos disciplinarios , los que regulan el funcionamiento de los entes territoriales o la actividad de la administración, etc.

27.6. No sobra decir que con toda razón, el Consejo de Estado ha considerado que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades se justifica en la prevalencia de los intereses estatales y en los principios y valores de igualdad, moralidad, ética, corrección, probidad, trasparencia e imparcialidad”. [↑](#footnote-ref-5)
6. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C 353 de 20 de mayo de 2019. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio. Expediente No: D-7518: “La expedición de un régimen de inhabilidades se convierte en un mecanismo determinante para asegurar ciertas cualidades y condiciones en los aspirantes a ejercer un cargo o función públicos en forma acorde con los intereses que se pretenden alcanzar con ese desempeño”. [↑](#footnote-ref-6)
7. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C 353 de 20 de mayo de 2019. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio. Expediente No: D-7518. [↑](#footnote-ref-7)
8. Código de Comercio. Artículo 373: “Formación- Responsabilidad- Administración- Razón Social En Sociedad Anónima. 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." (…)

“Artículo 374. Mínimo de Accionistas. La sociedad anónima no podrá constituirse ni funcionar con menos de cinco accionistas”. [↑](#footnote-ref-8)
9. Decreto 1082 de 2015. Artículo 2.2.1.1.2.2.8: “Inhabilidades de las sociedades anónimas abiertas. En la etapa de selección, la Entidad Estatal debe tener en cuenta el régimen de inhabilidades e incompatibilidades y conflictos de interés previsto en la ley para lo cual debe tener en cuenta 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. [↑](#footnote-ref-9)
10. Código de Comercio. Artículo 429. Reuniones De Segunda Convocatoria Por Derecho Propio-

Reglas. (…)

En las sociedades que negocien sus acciones en el mercado público de valores, en las reuniones de segunda convocatoria la asamblea sesionará y decidirá válidamente con uno o varios socios, cualquiera sea el número de acciones representadas. [↑](#footnote-ref-10)
11. “Artículo 1°. Inhabilidad para contratar de quienes incurran en actos de corrupción. Modificado por el art. 31, Ley 1778 de 2016. El literal j) del numeral 1 del artículo 8° de la Ley 80 de 1993 quedará así:

“Las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos contra la Administración Pública cuya pena sea privativa de la libertad o que afecten el patrimonio del Estado o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos ilegales, delitos de lesa humanidad, narcotráfico en Colombia o en el exterior, o soborno transnacional, con excepción de delitos culposos.

“Esta inhabilidad se extenderá a las sociedades en las que sean socias tales personas, a sus matrices y a sus subordinadas, con excepción de las sociedades anónimas abiertas”. [↑](#footnote-ref-11)
12. “Artículo 2o. Inhabilidad para contratar de quienes financien campañas políticas. <Ver modificaciones a este artículo directamente en la Ley 80> El numeral 1 del artículo 8o de la Ley 80 de 1993 tendrá un nuevo literal k), el cual quedará así:

“Las personas que hayan financiado campañas políticas a la Presidencia de la República, a las gobernaciones o a las alcaldías con aportes superiores al dos punto cinco por ciento (2.5%) de las sumas máximas a invertir por los candidatos en las campañas electorales en cada circunscripción electoral, quienes no podrán celebrar contratos con las entidades públicas, incluso descentralizadas, del respectivo nivel administrativo para el cual fue elegido el candidato.

(…)

“Esta inhabilidad comprenderá también a las sociedades existentes o que llegaren a constituirse distintas de las anónimas abiertas, en las cuales el representante legal o cualquiera de sus socios hayan financiado directamente o por interpuesta persona campañas políticas a la Presidencia de la República, a las gobernaciones y las alcaldías”. [↑](#footnote-ref-12)