**CONTRATO DE SOCIEDAD – Requisitos**

Varias disposiciones de ese código inciden en el sentido del concepto que se solicita. Se trata de 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 utilidades; y ii) se entiende que son comerciales las sociedades creadas para ejecutar actos o empresas mercantiles. Sobre el primer aspecto, hay que señalar que, como regla general, las sociedades requieren un número plural de socios -regla que perdió carácter absoluto, porque ya existen 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. Se trata de elementos y requisitos necesarios para que exista contrato de sociedad, y por tanto sociedad comercial. Sobre el segundo aspecto citado, lo propio de las sociedades comerciales es realizar actos de comercio o empresas mercantiles, tanto que la norma dispone que "Las sociedades que no contemplen en su objeto social actos mercantiles, serán civiles".

**SOCIEDADES COMERCIALES – Clasificaciones**

Los tipos o clases de sociedad comercial citada -entre otras, reguladas en leyes especiales; y ni qué decir de algunas atípicas, porque 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. Claro que 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 importancia decisiva que tienen los socios o el capital en las sociedades; pero para otros autores el factor determinante de la clasificación son las alícuotas 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 criterios • 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 demasiado en manos de quién están las acciones; en cambio, las primeras se caracterizan porque las personas que la conforman -los socios- determinan la existencia de la sociedad, usualmente representadas en personas que se conocen entre sí *-intuitus personarum- •* No obstante, en ambos casos existen socios y además se necesita capital o aportes; solo que en esta clasificación prevalece una de estas dos necesidades sobre la otra. 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 rnixta• No obstante lo anterior, parte de la doctrina del derecho comercial estima que en esta clasificación cabe un tipo mixto: *"sociedades de naturaleza mixtas",* que corresponde a aquellas donde las acciones o capital es tan importante corno las personas que conforman la sociedad, cornplejizando esta clasificación. 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 se debe estar ante *"sociedades",* es decir, ante sujetos u organizaciones que forman una persona jurídica distintas de los socios que la conforman, corno 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".*

**ENTIDADES SIN ÁNIMO DE LUCRO – Noción – No constituyen sociedad comercial**

El *Libro Segundo* del Código de Comercio regula con exclusividad a las *sociedades comerciales,* en los distintos aspectos y ternas que las constituyen, pero en la enumeración de las sociedades comerciales no incluye a las *corporaciones o asociaciones* ni a las *fundaciones,* es decir, a las entidades sin ánimo de lucro -ESAL-. La razón de la exclusión es obvia: estas organizaciones no tienen fines comerciales, es decir, carecen de ánimo de lucro, por eso no forman un tipo o clase de sociedad comercial. En su lugar, las entidades sin ánimo de lucro -ESAL- (es decir, su tipología y régimen) están reguladas en otro ordenamiento: en el Código Civil -entre otras normas que se armonizan con él-, y definitivamente no constituyen formas de sociedad comercial.

Que una ESAL no sea una forma de sociedad comercial se infiere de los requisitos que exige el artículo 98 del Código de Comercio, concretamente del previsto al final del inciso primero-la finalidad-, que dispone: *"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."* (resalto fuera de texto). Las ESAL del Código Civil no admiten el reparto de utilidades, ni durante la existencia de la organización ni cuando se extinga, y en este aspecto radica la diferencia más apreciable entre unas y otras organizaciones, pese a que ambas se crean con libertad, al amparo del derecho fundamental de asociación, previsto en el art. 38 de la Constitución Política• La diferencia también se apoya en el artículo 635 del Código Civil, que dispone que el propósito de estas normas no es regular a las sociedades industriales ni las actividades comerciales o industriales, las cuales se regirán por el derecho comercial• De conformidad con lo anterior, una "fundación" o una "asociación o corporación" - constituidas en lo términos del Código Civil-, no pueden asimilarse o identificarse con una "sociedad comercial", como uniformemente lo considera la doctrina y la jurisprudencia civil y comercial, porque la última se crea con la finalidad de que sus socios repartan las utilidades obtenidas en desarrollo de la empresa o actividad social; mientras que en la fundación el patrimonio se afecta a la consecución de un interés general y no percibe lucro.

**INHABILIDAD SOCIEDADES DE PERSONAS – Aplicación**

[…] El artículo 8, numeral 2, literal d) , de la Ley 80 de 1993 -que regula las inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado- dispone que si las personas naturales identificadas allí tienen participación o desempeñan cargos directivos o de manejo en "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 ...", entonces estas organizaciones no pueden participar en los procesos de contratación del Estado.

[…] La duda surge porque de la redacción eventualmente se puede desprender esa idea, en cuyo caso la identificación de las "sociedades de personas" estaría, por primera vez, directa y positivamente prevista en esta norma de la Ley 80 de 1993. Dice la parte correspondiente de la disposición que "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 ciertos eventos no pueden presentar ofertas en los procesos de contratación del Estado. (negrilla y subraya fuera de texto) Para la Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente-, el hecho de que la norma exprese -luego de enunciar varias organizaciones- "(...) y las demás sociedades de personas (...)" no significa que la Ley 80 de 1993 asimiló las fundaciones y las corporaciones a tipos de "sociedades de personas", ni siquiera para los solos efectos de la inhabilidad prevista en el literal […] Lo que se observa es que la norma -al empezar la enumeración de organizaciones- incluye a varias ESAL -corporaciones o asociaciones y fundaciones- , pero a continuación incluye a una sociedad de capital -a la sociedad anónima-, y finalmente a una sociedad de personas (quizá de naturaleza mixta) -la sociedad de responsabilidad limitada-. Es a continuación de la última que la norma añade: *"las demás sociedades de personas"* también están inhabilitadas. Esto significa que el literal d) no se propuso mencionar, identificar o relacionar a todas las *"sociedades de personas"* sino a una sola -la sociedad de responsabilidad limitada-, pero finalizó diciendo que a todas les aplica la inhabilidad.

**CADUCIDAD DEL CONTRATO – Inhabilidad – Miembros de una ESAL**

De conformidad con el literal i), del numeral 1, del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, la inhabilidad que surge cuando se impone la sanción de caducidad solo puede extenderse a sus socios y a las sociedades de personas de las que dichos socios formen parte con posterioridad a dicha declaratoria. Dispone la norma citada: “*Artículo 8. De las inhabilidades e incompatibilidades para contratar. (...) 1.Son inhábiles para participar en licitaciones y para celebrar contratos con las entidades estatales: (.. .) i) Los socios de sociedades de personas a las cuales se haya declarado Ja caducidad, así como las sociedades de personas de las que aquellos formen parte con posterioridad a dicha declaratoria.* La inhabilidad prevista en esta norma en realidad contiene dos supuestos: i) no pueden contratar con el Estado los socios de sociedades de personas a las cuales se haya declarado la caducidad; y ii) tampoco pueden contratar con el Estado las sociedades de personas de las que aquellos formen parte con posterioridad a dicha declaratoria”. Para que se configure el *primer supuesto,* dirigido exclusivamente a los socios -personas naturales o jurídicas- de la persona jurídica sancionada con caducidad, se requieren dos condiciones: a) estar ante una sociedad de personas: colectivas, en comandita simple, limitada, unipersonal y cooperativas; y b) que a esa sociedad se le declare la caducidad. El efecto inmediato de la sanción es que los socios de esa sociedad de personas quedan inhabilitados para contratar, es decir, en adelante no pueden celebrar negocios en forma independiente, o sea cada uno con su propia personalidad -sea natural o jurídica- . Esto significa que no solo queda inhabilitada la sociedad de personas, sino también cada socio - persona natural o jurídica-. En este caso -se reitera-, el efecto inhabilitante principal está dirigido exclusivamente al socio de la sociedad de personas, de modo que cada uno, en forma individual, queda imposibilitado para contratar -no así los integrantes de una ESAL, ni los socios de las sociedades de capital-. Esta inhabilidad, materialmente hablando, se comporta y aplica como si la caducidad se la hubieran impuesto directamente a los socios, pues no pueden contratar durante 5 años, como le sucede a la sociedad de personas directamente sancionada. […] No obstante lo anterior, no se puede olvidar que tanto la ESAL a la que se le declare la caducidad, como la sociedad de capital que reciba la misma sanción, quedan inhabilitadas individualmente para contratar, durante 5 años, pero por aplicación del literal c), del numeral 1, del artículo 8 de la Ley 80 de 1993: *"c) Quienes dieron lugar a la declaratoria de caducidad".* (negrilla y subraya fuera de texto) […] Por lo anterior, la inhabilidad del literal i) no se extiende al fundador de una fundación, además porque las inhabilidades son de aplicación e interpretación restrictiva, todo lo cual ha sido suficientemente decantado por la jurisprudencia.

**Bogota,** D.c 2/07/2019

**N. Radicado de salida: 2201913000004541**

Doctor

**JOSÉ ALEXANDER ROMERO TABLA**

Director Departamento Administrativo de Contratación Gobernación de Nariño

Radicación: Respuesta a consulta #1201913000000667

Tema: Régimen de inhabilidades

Tipo de asunto consultado: Diferencia entre una fundación y una sociedad de personas;

 extensión de la inhabilidad con ocasión de la declaratoria de

 caducidad a los fundadores de una fundación que hace parte

 de una estructura plural como proponente del proceso de

 contratación.

Respetado Doctor Romero:

Me refiero a su oficio del pasado 28 de junio, en el cual solicita a la Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente- un concepto relacionado con el contenido y alcance de algunas inhabilidades para contratar con entidades sin ánimo de lucro.

Los interrogantes planteados se responderán en ejercicio de la competencia que otorga el artículo 11, numeral 8, del Decreto 4170 de 2011[[1]](#footnote-1), advirtiendo que los conceptos que emite la Subdirección de Gestión Contractual se refieren a la aplicación de *normas de carácter general,* mas no a la solución de problemas concretos, los cuales le corresponde analizar y resolver a la entidad que adelanta los procesos de contratación.

En esta medida, si bien su solicitud se enfoca parcialmente en una problemática de la institución que representa, la Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente- se ajustará a la competencia que le otorga la ley, para explicarle el alcance de las normas citadas en la solicitud. A partir de este análisis podrá orientarse por este u otros conceptos proferidos.

Primer problema jurídico planteado. Preguntas uno y dos

"1. *¿Las personas jurídicas sin ánimo de lucro, especialmente las fundaciones corresponden* o *tienen la categoría jurídica de sociedades de personas?*

'2. *¿Lo dispuesto por el literal d) del numeral 2º del artículo 8º de la ley 80 de 1993 cuando reza '¿... 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 ...’, implica o establece que el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública entiende o asimila a las corporaciones, asociaciones y fundaciones, ¿como sociedades de personas?".*

* Consideraciones de la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente-

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 conformando al contrato de sociedad.

Varias disposiciones de ese código inciden en el sentido del concepto que se solicita. Se trata de 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 utilidades[[2]](#footnote-2); y ii) se entiende que son comerciales las sociedades creadas para ejecutar actos o empresas mercantiles[[3]](#footnote-3).

Sobre el primer aspecto, hay que señalar que, como regla general, las sociedades requieren un número plural de socios -regla que perdió carácter absoluto, porque ya existen 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. Se trata de elementos y requisitos necesarios para que exista contrato de sociedad, y por tanto sociedad comercial.

Sobre el segundo aspecto citado, lo propio de las sociedades comerciales es realizar actos de comercio o empresas mercantiles, tanto que la norma dispone que "Las sociedades que no contemplen en su objeto social actos mercantiles, serán civiles".

Las normas citadas se ubican 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 en 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 sociedad comercial citada -entre otras, reguladas en leyes especiales; y ni qué decir de algunas atípicas, porque 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.

Claro que 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 importancia decisiva que tienen los socios o el capital en las sociedades; pero para otros autores el factor determinante de la clasificación son las alícuotas 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 criterios[[4]](#footnote-4) •

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 demasiado en manos de quién están las acciones[[5]](#footnote-5); en cambio, las primeras se caracterizan porque las personas que la conforman -los socios- determinan la existencia de la sociedad, usualmente representadas en personas que se conocen entre sí

*-intuitus personarum-[[6]](#footnote-6) •* No obstante, en ambos casos existen socios y además se necesita capital o aportes; solo que en esta clasificación prevalece una de estas dos necesidades sobre la otra.

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 rnixta[[7]](#footnote-7)•

No obstante lo anterior, parte de la doctrina del derecho comercial estima que en esta clasificación cabe un tipo mixto: *"sociedades de naturaleza mixtas",* que corresponde a aquellas donde las acciones o capital es tan importante corno las personas que conforman la sociedad, cornplejizando esta clasificación. 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 se debe estar ante *"sociedades",* es decir, ante sujetos u organizaciones que forman una persona jurídica distintas de los socios que la conforman, corno 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".*

El *Libro Segundo* del Código de Comercio regula con exclusividad a las *sociedades comerciales,* en los distintos aspectos y ternas que las constituyen, pero en la enumeración de las sociedades comerciales no incluye a las *corporaciones o asociaciones* ni a las *fundaciones,* es decir, a las entidades sin ánimo de lucro -ESAL-. La razón de la exclusión es obvia: estas organizaciones no tienen fines comerciales, es decir, carecen de ánimo de lucro, por eso no forman un tipo o clase de sociedad comercial[[8]](#footnote-8).

En su lugar, las entidades sin ánimo de lucro -ESAL- (es decir, su tipología y régimen) están reguladas en otro ordenamiento: en el Código Civil -entre otras normas que se armonizan con él-, y definitivamente no constituyen formas de sociedad comercial sino formas de organización civil, con fines esencialmente altruistas o de interés general, que se conforman entre personas que tienen como finalidad contribuir con su esfuerzo, y hasta con sus bienes, a ayudar a la comunidad[[9]](#footnote-9). La ausencia de ánimo de lucro es la característica determinante de estas organizaciones, tanto que de allí toman su nombre general -ESAL-, y por eso mismo la diferencia fundamental con las sociedades comerciales.

Que una ESAL no sea una forma de sociedad comercial se infiere de los requisitos que exige el artículo 98 del Código de Comercio, concretamente del previsto al final del inciso primero

-la finalidad-, que dispone: *"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."* (resalto fuera

de texto). Las ESAL del Código Civil no admiten el reparto de utilidades, ni durante la existencia de la organización ni cuando se extinga, y en este aspecto radica la diferencia más apreciable entre unas y otras organizaciones, pese a que ambas se crean con libertad, al amparo del derecho fundamental de asociación, previsto en el art. 38 de la Constitución Política[[10]](#footnote-10)•

La diferencia también se apoya en el artículo 635 del Código Civil, que dispone que el propósito de estas normas no es regular a las sociedades industriales ni las actividades comerciales o industriales, las cuales se regirán por el derecho comercial[[11]](#footnote-11)•

De conformidad con lo anterior, una "fundación" o una "asociación o corporación" - constituidas en lo términos del Código Civil-, no pueden asimilarse o identificarse con una "sociedad comercial", como uniformemente lo considera la doctrina y la jurisprudencia civil y comercial, porque la última se crea con la finalidad de que sus socios repartan las utilidades obtenidas en desarrollo de la empresa o actividad social; mientras que en la fundación el patrimonio se afecta a la consecución de un interés general y no percibe lucro.

No obstante la claridad que ofrecen el derecho civil y comercial, el artículo 8, numeral 2, literal d) , de la Ley 80 de 1993 -que regula las inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado- dispone que si las personas naturales identificadas allí tienen participación o desempeñan cargos directivos o de manejo en *"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 ...",* entonces estas organizaciones no pueden participar en los procesos de contratación del Estado. Dispone la norma:

*"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 v las sociedades anónimas que no tengan el carácter de abiertas, así* como *las sociedades de responsabilidad limitada v 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".* (negrilla y subraya fuera de texto)

A partir de esta inhabilidad surge una inquietud para quien solicita este concepto: ¿todas las organizaciones enumeradas en el literal d) son "sociedades de personas"? La duda surge porque de la redacción eventualmente se puede desprender esa idea, en cuyo caso la identificación de las "sociedades de personas" estaría, por primera vez, directa y positivamente prevista en esta norma de la Ley 80 de 1993. Dice la parte correspondiente de la disposición que *"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 ciertos eventos no pueden presentar ofertas en los procesos de contratación del Estado. (negrilla y subraya fuera de texto)

Para la Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente-, el hecho de que la norma exprese -luego de enunciar varias organizaciones- "(...) *y las demás sociedades de personas (...)"* no significa que la Ley 80 de 1993 asimiló las fundaciones y las corporaciones a tipos de "sociedades de personas", ni siquiera para los solos efectos de la inhabilidad prevista en el literal d). Se proponen cuatro razones para justificar esta conclusión:

En *primer lugar,* porque si bien la redacción admite cierto grado de confusión, en realidad se supera con una lectura muy atenta, porque la misma redacción muestra que no pretende asimilar a todas las organizaciones enunciadas allí con formas o tipos de "sociedad de personas". Lo que se observa es que la norma -al empezar la enumeración de organizaciones- incluye a varias ESAL -corporaciones o asociaciones y fundaciones- , pero a continuación incluye a una sociedad de capital -a la sociedad anónima-, y finalmente a una sociedad de personas (quizá de naturaleza mixta) -la sociedad de responsabilidad limitada-. Es a continuación de la última que la norma añade: *"las demás sociedades de personas"* también están inhabilitadas. Esto significa que el literal d) no se propuso mencionar, identificar o relacionar a todas las *"sociedades de personas"* sino a una sola -la sociedad de responsabilidad limitada-, pero finalizó diciendo que a todas les aplica la inhabilidad.

Por esta primera razón se concluye que el literal d) no prescribe que todas las organizaciones mencionadas allí sean "sociedades de personas". Por el contrario, mantiene la naturaleza de cada una, y al final incluyó a todas las sociedades de personas como destinatarios de la prohibición.

La *segunda razón* consiste en que el parágrafo 1 del artículo 8 hace una precisión sobre la aplicación de la inhabilidad del literal d) que se está comentando. Dice que esa inhabilidad no se aplica cuando por disposición legal o estatutaria el servidor público en los niveles referidos debe desempeñar en ellas cargos de dirección o manejo. Expresa el parágrafo:

*"Parágrafo 1*o. *La inhabilidad prevista en el literal d) del ordinal 2o. de este artículo no se aplicará en relación con las corporaciones, asociaciones, fundaciones y sociedades allí mencionadas, cuando por disposición legal* o *estatutaria el servidor público en los niveles referidos debe desempeñar en ellas cargos de dirección* o *manejo".*

Si se observa con atención, la misma relación de organizaciones está mejor separada que la del literal d), aunque claramente se trata de lo mismo. Ahora se dice que la inhabilidad prevista en el literal d) *"(...) no se aplicará en relación con las corporaciones, asociaciones, fundaciones y sociedades allí mencionadas (...)",* esta vez dando a entender mejor que una cosa son las *"corporaciones, asociaciones, fundaciones"* y otra las *"sociedades allí mencionadas".*

Una lectura correcta del literal d) es posible, aunque con la dificultad de su redacción; pero la lectura integral del literal con el parágrafo citado confirma que el propósito de la Ley 80 de 1993 no fue asimilar a las ESAL con formas de sociedad comercial, y menos de personas.

La *tercera razón* consiste en que el literal d) del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 de ninguna manera es la norma organizadora de la tipología societaria del derecho mercantil. Semejante alcance y propósito no tiene sustento suficiente para afirmarlo. Creer que la Ley 80 de 1993 le define al derecho comercial cómo se organizan o agrupan las sociedades que regula el Código de Comercio, excede los propósitos y fines que se conocen del Estatuto General de Contratación de la Administraci ón Pública. De admitirse lo contrario, en adelante el derecho mercantil tendría que acudir al literal d) para conocer cuáles organizaciones son o no son sociedades de personas. Definitivamente no se cree que este sea el propósito de esta norma.

Lastimosamente se trata de una redacción poco afortunada, como sucede tantas veces en las que las normas relacionan a varias personas, cosas o situaciones, y a continuación de la última asigna una consecuencia o un beneficio, en cuyo evento es usual desconocer, dudar o asegurar si lo prescrito al final solo le aplica al ultimo sujeto, cosa o situación citada

-como mínimo le aplica al último, es lo único seguro- o si comprende a todos los enumerados. Se trata de una dificultad interpretativa relativamente típica. En el caso concreto, el propósito de la norma no fue calificar como sociedades de personas a todas las entidades citadas allí.

La *cuarta razón* que apoya la conclusión de la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente- consiste en considerar que en la relación de organizaciones citadas en el literal d) se encuentran *"las sociedades anónimas que no tengan el carácter de abiertas" ,* que son "sociedades de capital", lo que confirma que no todas las organizaciones mencionadas en este literal son "sociedades de personas". De admitirse -pero solo en gracia de discusión- que la expresión *"las demás sociedades de personas"* significa que todas las organizaciones enumeradas son sociedades de ese tipo, entonces se produciría una transformación en la tipología de aquella forma de sociedad, lo que no puede aceptarse, porque en lugar de producir orden en el sistema jurídico lo perturba, tanto en el derecho administrativo como en el civil y comercial.

Esta última lectura no se compadece con la claridad que el derecho privado -civil y comercial- ofrece sobre la naturaleza de estas organizaciones. En su lugar, se debe atender a la luminosidad conocida allí, en lugar de subvertir las clasificaciones conocidas. Esta idea se ajusta muy bien al inciso primero del artículo 13 de la Ley 80 de 1993, que establece: "Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley". Entonces, como la clasificación de las sociedades - de capital y de personas- no está regulada en la Ley 80, el derecho privado debe regir el tema -incluida su doctrina y jurisprudencia-.

* Respuestas al problema jurídico planteado. Preguntas uno y dos

"1. *¿Las personas jurídicas sin ánimo de lucro, especialmente las fundaciones corresponden* o *tienen la categoría jurídica de sociedades de personas?*

Por las razones expresadas antes, las personas jurídicas sin ánimo de lucro, incluidas las fundaciones, no son sociedades comerciales, por lo tanto, tampoco cabe clasificarlas entre las de capital, de personas o mixtas. Son entidades sin ánimo de lucro.

"2. ¿Lo dispuesto por el literal d) del numeral 2º del artículo 8º de la ley 80 de 1993 cuando reza *'¿...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 ... ',* implica o establece que el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública entiende o asimila a las corporaciones, asociaciones y fundaciones, como sociedades de personas?".

En criterio de la Agencia, y por las razones expresadas antes, el literal d) del numeral 2º del artículo 8º de la ley 80 de 1993 no entiende ni asimila a las corporaciones, asociaciones y fundaciones como sociedades de personas.

En todo caso, se recuerda que esta Agencia es respetuosa de los pronunciamientos de los entes de control, en razón a su autonomía y especial ejercicio de sus funciones. Por ello, no puede manifestarse sobre su contenido, pues es precisamente la entidad sometida a una acción preventiva quien debe analizar su alcance, objeto y consecuencias.

* Referencia normativa y jurisprudencia!

Código de Comercio, artículo 98. Código Civil, artículo 633.

Corte Constitucional, Sentencia C-831 de 2010. M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

Corte Constitucional, Sentencia C-219 del 22 de abril de 2015, M.P Mauricio González Cuervo

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, C.P. Enrique José Arboleda Perdomo,

radicación N.0 1.829, Bogotá, D.C., 20 de junio de 2007.

* Segundo problema jurídico planteado. Preguntas tres y cuatro

"3. ¿Si a un fundador o asociado de una fundación o de una entidad sin ánimo de lucro, le *es* declarada la caducidad de un contrato estatal, le resulta aplicable o extensiva a la Fundación o persona jurídica sin ánimo de lucro de la cual forma parte, la causal de inhabilidad contenida en el literal i) del numeral 1º del artículo 8 de la Ley 80 de 1993?

"4. En caso de ser afirmativa la respuesta anterior, cómo deben realizar las entidades públicas sujetas a la Ley 80 de 1993, la evaluación de capacidad jurídica y de inhabilidades de los proponentes, para determinar la existencia o no de posibles proponentes incursos en causales de inhabilidad, cuando del Registro Único de Proponentes y de los Certificados de Existencia y Representación Legal, no se puede identificar quiénes son los fundadores o integrantes de corporaciones, asociaciones, fundaciones y en general de cualquier otra persona jurídica sin ánimo de lucro?"

* + Consideraciones de la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente

De conformidad con el literal i), del numeral 1, del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, la inhabilidad que surge cuando se impone la sanción de caducidad solo puede extenderse a sus socios y a las sociedades de personas de las que dichos socios formen parte con posterioridad a dicha declaratoria. Dispone la norma citada:

*Artículo 8. De las inhabilidades e incompatibilidades para contratar. (...)*

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

*(.. .)*

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

La inhabilidad prevista en esta norma en realidad contiene dos supuestos: i) no pueden contratar con el Estado los socios de sociedades de personas a las cuales se haya declarado la caducidad; y ii) tampoco pueden contratar con el Estado las sociedades de personas de las que aquellos formen parte con posterioridad a dicha declaratoria.

Para que se configure el *primer supuesto,* dirigido exclusivamente a los socios -personas naturales o jurídicas- de la persona jurídica sancionada con caducidad, se requieren dos condiciones: a) estar ante una sociedad de personas: colectivas, en comandita simple, limitada, unipersonal y cooperativas; y b) que a esa sociedad se le declare la caducidad.

El efecto inmediato de la sanción es que los socios de esa sociedad de personas quedan inhabilitados para contratar, es decir, en adelante no pueden celebrar negocios en forma independiente, o sea cada uno con su propia personalidad -sea natural o jurídica- . Esto significa que no solo queda inhabilitada la sociedad de personas, sino también cada socio - persona natural o jurídica-.

En este caso -se reitera-, el efecto inhabilitante principal está dirigido exclusivamente al socio de la sociedad de personas, de modo que cada uno, en forma individual, queda imposibilitado para contratar -no así los integrantes de una ESAL, ni los socios de las sociedades de capital-. Esta inhabilidad, materialmente hablando, se comporta y aplica como si la caducidad se la hubieran impuesto directamente a los socios, pues no pueden contratar durante 5 años, como le sucede a la sociedad de personas directamente sancionada.

Por oposición a lo analizado, inferido del contenido del literal que se analiza, la Ley 80 permite que los socios de las sociedades de capital o los integrantes de organizaciones que no constituyan sociedades comerciales puedan contratar, pese a que la organización privada de la cual formen parte también sea sancionada con caducidad. Es un trato distinto que, *per se,* no viola el derecho fundamental a la igualdad, porque existen razones materiales suficientes para distinguir las sociedades, y por tanto para justificar la diferencia entre ser miembro de una ESAL o socio de una sociedad de capital y serlo de una sociedad de personas.

De otro lado, para que se configure el *segundo supuesto* identificado antes se requieren tres condiciones: a) estar ante una sociedad de personas: colectiva, en comandita simple, limitada, unipersonal y cooperativas; b) que a esa sociedad se le declare la caducidad; y c) que luego de haberse impuesto la caducidad, el socio entre a formar parte de una sociedad que prexistía o constituya una sociedad de personas. Si una sola de estas condiciones no se cumple, y con mayor razón dos o tres, no es posible aplicar la inhabilidad.

El efecto inmediato de este supuesto es que si los socios de la sociedad de personas, después de haberse declarado la caducidad, entran a formar parte de otra sociedad de personas -de una que ya existía[[12]](#footnote-12) o de una que se constituya-, la nueva sociedad de personas queda inhabilitada para contratar.

Por oposición, en relación con el factor temporal, este supuesto de inhabilidad no afecta a las sociedades de personas que preexistían a la declaratoria de caducidad, y donde el integrante de la sociedad de personas a la que se le declaró la caducidad ya era socio.

Como se observa, en ambos supuestos es necesario estar ante una "sociedad de personas" a la cual se le impone la sanción de caducidad; por lo tanto, en forma simple se infiere que esta inhabilidad no aplica cuando la caducidad se le declara a una "ESAL" o a una "sociedad de capital"; porque ninguna es sociedad de personas. En ambos eventos, atendiendo estrictamente a este literal, los miembros o los socios -según el caso- pueden contratar en forma independiente o formar parte de otra sociedad, bien sea de personas o de capital, y contratar a través de ellas.

No obstante lo anterior, no se puede olvidar que tanto la ESAL a la que se le declare la caducidad, como la sociedad de capital que reciba la misma sanción, quedan inhabilitadas individualmente para contratar, durante 5 años, pero por aplicación del literal c), del numeral 1, del artículo 8 de la Ley 80 de 1993: *"c)* ***Quienes dieron lugar a la declaratoria de caducidad".*** (negrilla y subraya fuera de texto)

Por lo anterior, la inhabilidad del literal i) no se extiende al fundador de una fundación, además porque las inhabilidades son de aplicación e interpretación restrictiva, todo lo cual ha sido suficientemente decantado por la jurisprudencia. Para citar un ejemplo, la Sala Plena del Consejo de Estado, en Sentencia del 8 de febrero de 2011, respecto del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, consideró lo siguiente:

*"Las inhabilidades e incompatibilidades, en tanto limitan la libertad y los derechos de las personas, son de origen constitucional y legal. La tipificación de sus causas, vigencia, naturaleza v efectos* es *rígida v taxativa; su aplicación es restrictiva, de manera que excluye la analogía legis o iuris, excepto en lo favorable; están definidas en el tiempo, salvo aquellas de carácter constitucional (verbi gratia arts. 179 No.1, 197 y 267 C.P.); y, además, hacen parte de un conjunto de disposiciones que integran un régimen jurídico imperativo y de orden público, razón por la cual no son disponibles ni pueden ser derogadas por acuerdo o convenio".* (negrilla y subraya fuera de texto)

* + Respuestas al problema jurídico planteado. Preguntas tres y cuatro

"3. *¿Si a un fundador o asociado de una fundación o de una entidad sin ánimo de lucro, le es declarada la caducidad de un contrato estatal, le resulta aplicable o extensiva a la Fundación o persona jurídica sin ánimo de lucro de la cual forma parte, la causal de inhabilidad contenida en el literal i) del numeral 1º del artículo 8 de la Ley 80 de 1993?"*

Para la Agencia, si al fundador o asociado de una fundación o de una entidad sin ánimo de lucro se le declara la caducidad de un contrato estatal, no le resulta aplicable a la Fundación o persona jurídica sin ánimo de lucro de la cual forma parte la causal de inhabilidad contenida en el literal i) del numeral 1º del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, por las razones anotadas antes, especialmente porque el literal i) alude a la caducidad impuesta a una sociedad de personas.

"4. En caso de ser afirmativa la respuesta anterior, cómo deben realizar las entidades públicas sujetas a la Ley 80 de 1993, la evaluación de capacidad jurídica y de inhabilidades de los proponentes, para determinar la existencia o no de posibles proponentes incursos en causales de inhabilidad, cuando del Registro Único de Proponentes y de los Certificados de Existencia y Representación Legal, no se puede identificar quiénes son los fundadores o integrantes de corporaciones, asociaciones, fundaciones y en general de cualquier otra persona jurídica sin ánimo de lucro?"

Como la respuesta a la anterior pregunta es negativa, por sustracción de materia no se puede resolver esta inquietud.

* + Referencia normativa y jurisprudencia!

Ley 80 de 1993, artículo 8, numeral 1, literal d, numeral 2, literal i.

Corte Constitucional, Sentencia C-903 de 2008. M.P. Jaime Araujo Rentería.

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

Atentamente,



Proyectó: Catalina salinas

1. *''Art. 11. Subdirección de Gestión Contractual. Son funciones de la Subdirección de Gestión Contractual las siguientes:*

*( ...)*

*"8. Absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter generar'.* [↑](#footnote-ref-1)
2. *"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 ".* [↑](#footnote-ref-2)
3. *"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-3)
4. * + Barrero Buitrago, Álvaro, Manual para el establecimiento de sociedades. 4ta. edición. Bogotá: Ed. Librería del Profesional. 2006, p. 45-49. [↑](#footnote-ref-4)
5. 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-5)
6. 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."* (Narváez García, *ibid,* p. 73-74) . [↑](#footnote-ref-6)
7. La Corte Constitucional, en la Sentencia C-831 de 2010, confirma 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 ".* [↑](#footnote-ref-7)
8. Para Álvaro Barrero Buitrago, comentando el requisito que deben cumplir las sociedades comerciales sobre el ánimo de lucro, explica que: *"esta característica viene a diferenciar a la sociedad mercantil de cualquier otra forma asociativa, pues para el comerciante la utilidad es primordial en sus actividades, no ocurriendo lo mismo para otras personas , donde el fin primordial no es obtener ganancias. como en el caso de las sociedades cooperativas."* (Barrero Buitrago, Álvaro, Manual para el establecimiento de sociedades. 4ta. edición. Bogotá: Ed. Librería del Profesional. 2006, p. 21). [↑](#footnote-ref-8)
9. Para César Torrente Bayona y Luis Eduardo Bustamante *"Las entidades sin ánimo de lucro son personas jurídicas , capaces de ejercer derechos y contraer obligaciones y de ser representadas judicial y extrajudicialmente . con sujeción a las disposiciones legales y a sus propios estatutos. Nacen por voluntad de los asociados en virtud del derecho constitucional de asociación,* o *por la libertad de disposición de los bienes de los particulares, para la realización de fines altruistas* o *de beneficio comunitario; de lo que se infiere que no contemplan dentro de su objeto principal el desarrollo de actividades mercantiles.*

*La ausencia de lucro es una de sus características fundamentales, lo cual significa que no existe el reparto de utilidades* o *remanentes generados en el desarrollo de sus objetivos, ni es viable el reembolso de los bienes* o *dineros aportados a la entidad" (Torrente Bayona, César y Luis Eduardo Bustamante. Las entidades sin ánimo de lucro.* Tercera edición. Cámara de

Comercio de Bogotá. 2000, p. 33). [↑](#footnote-ref-9)
10. De acuerdo con el Código Civil, las fundaciones y las corporaciones son personas jurídicas sin ánimo de lucro. Sobre ellas, la Corte Constitucional precisó lo siguiente, en la Sentencia C-219 de 2015: *"( ...) mientras que las fundaciones son personas jurídicas que requieren de la existencia de un conjunto de bienes y su afectación por el fundador para fines de utilidad pública, la Corporación resulta de la asociación de un conjunto de personas que buscan desarrollar un servicio* o *actividad que promueve intereses generales y que les representa un beneficio".* [↑](#footnote-ref-10)
11. *"Art. 635. Las sociedades industriales no están comprendidas en las disposiciones de este titulo; sus derechos y*

*obligaciones son reglados. según su naturaleza. por otros títulos de este Código, y por el Código de Comercio.*

*"Tampoco* se *extienden las disposiciones de este titulo a las corporaciones o fundaciones de derecho público, como los establecimientos que se costean con fondos del tesoro nacionaf'.* [↑](#footnote-ref-11)
12. En el mismo sentido Palacio Hincapié, Juan Ángel. La contratación de las entidades estatales. 5ta. edición. Medellín: Ed. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. 2005, p. 103. [↑](#footnote-ref-12)