

Bogotá D.C., 24/04/2019 Hora 16:33:1s

N° Radicado: 220191300002774

Señor
Ciudadano
Ciudad

Radicación: Respuesta a consulta # 4201912000001684

Temas: Régimen de inhabilidades e incompatibilidades,

Tipo de asunto consultado: Aplicación del literal d del numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 a una SAS.

Estimado señor,

Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 10 de marzo de 2019 en ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 5 del artículo 3 del Decreto 4170 de 2011.

■ **PROBLEMA PLANTEADO**

¿El literal d del numeral 2 del artículo 8 de la ley 80 de 1993, le aplica a una sociedad por acciones simplificada *“en donde el compañero permanente del funcionario público tenga un cargo de dirección y manejo”*?

■ **COLOMBIA COMPRA EFICIENTE RESPONDE:**

Las inhabilidades o incompatibilidades son impedimentos que restringen el derecho a contratar con el Estado de personas naturales o jurídicas que configuren los supuestos de hecho contemplados en la norma.

De acuerdo con el Consejo de Estado, *“la inhabilidad consagrada en el literal d) del numeral 2 del artículo 8º de la ley 80 de 1993, tiene por objeto garantizar transparencia, imparcialidad e igualdad en la contratación administrativa”* y de esta forma está dirigida a *“evitar que la contratación pública se utilice para favorecer los negocios personales o familiares [al poder ejercer] algún tipo de influencia directa o indirecta en las decisiones contractuales de los organismos públicos, dada la naturaleza de sus cargos, la autoridad que representan, su capacidad de influencia sobre personal subordinado y la información a la que tienen acceso.”*

Ahora bien, dado que la creación de las Sociedades por Acciones Simplificadas - S.A.S. es posterior al establecimiento de la normativa consagrada por la Ley 80 de 1993, debe partirse de la finalidad del literal d), numeral 2 del artículo 8º de la Ley 80 de 1993, de la remisión expresa de la Ley 1258 de 2008 a las normas legales que rigen a las sociedades anónimas y de la imposibilidad de la S.A.S. de negociar valores en el mercado público, para concluir que las S.A.S. se encuentran comprendidas en la inhabilidad prevista por el citado literal al resultarles aplicable el régimen legal dispuesto para las sociedades anónimas.



■ LA RESPUESTA SE SUSTENTA EN LOS SIGUIENTES ARGUMENTOS:

1. Las inhabilidades o incompatibilidades son impedimentos que restringen el acceso a la función pública o al derecho a contratar con el Estado.
2. La Ley 80 de 1993, la Ley 1474, entre otras, establece las causales por las cuales las personas (naturales o jurídicas) son inhábiles para participar en licitaciones y para celebrar contratos con las Entidades Estatales.
3. La Corte Constitucional ha señalado que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades para celebrar contratos estatales comporta una excepción a la regla general de libertad.
4. La Ley 80 en su artículo 8, numeral 2, literal d, señala que son inhábiles para contratar con la respectiva entidad, *“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.”*
5. La Ley 1258 de 2008 señala que las sociedades por acciones simplificadas es una sociedad de capitales cuya naturaleza será siempre comercial, independientemente de las actividades previstas en su objeto social.
6. El artículo 4 de la Ley 1258 de 2008 establece que *“Las acciones y los demás valores que emita la sociedad por acciones simplificada no podrán inscribirse en el Registro Nacional de Valores y Emisores ni negociarse en bolsa.”*
7. El Decreto 1082 de 2015 establece: *“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.”*
8. De acuerdo con la Superintendencia de Sociedades, *“se entiende por Sociedad anónima abierta aquella cuyos títulos que emiten están destinados a ser suscritos por el público, a través del mercado público de valores, y cualquier persona puede adquirirlos directamente o a través de comisionistas de bolsas de valores, puesto que su colocación y negociación no están sometidas a restricciones legales o estatutarias.”*





9. Por su parte, el mismo concepto de la Superintendencia de Sociedades establece que la *“sociedad anónima cerrada es aquella cuyas acciones pertenecen a un reducido número de personas naturales o jurídicas (no menos de cinco), y se evita que sean adquiridas por extraños mediante restricciones como el derecho de preferencia (e inclusive el derecho de acrecimiento) en la colocación de las que emita así como el derecho de preferencia en favor de la compañía y de sus accionistas para adquirir las acciones que pretenda enajenar cualquiera de sus titulares”*.
10. En consecuencia y dada la prohibición expresa a las S.A.S de inscribirse en el Registro Nacional de Valores y Emisores y negociar en bolsa, estas se podrían asimilar a las sociedades anónimas cerradas.
11. Por su parte, el artículo 45 de la Ley 1258 de 2008, establece: *“En lo no previsto en la presente ley, la sociedad por acciones simplificada se regirá por las disposiciones contenidas en los estatutos sociales, por las normas legales que rigen a la sociedad anónima y, en su defecto, en cuanto no resulten contradictorias, por las disposiciones generales que rigen a las sociedades previstas en el Código de Comercio. Así mismo, las sociedades por acciones simplificadas estarán sujetas a la inspección, vigilancia o control de la Superintendencia de Sociedades, según las normas legales pertinentes.”*
12. Finalmente, como lo ha establecido el Consejo de Estado *“la inhabilidad consagrada en el literal d) del numeral 2 del artículo 8° de la ley 80 de 1993, tiene por objeto garantizar transparencia, imparcialidad e igualdad en la contratación administrativa.
Transparencia en cuanto a que para la sociedad en general no exista ninguna sospecha o manto de duda de que sólo el interés general preside las decisiones contractuales de la entidad y no hay intención alguna de favorecimiento a ciertas personas o sociedades por los vínculos que tienen con los directivos de la entidad. Objetividad, en la medida que razones de interés patrimonial y de afecto familiar no sean determinantes de las decisiones contractuales de la entidad estatal, sino que éstas obedezcan objetivamente al interés general de obtención de la mejor propuesta para la entidad, sin consideración a ninguna razón subjetiva o personal. Igualdad, en la medida que ninguno de los proponentes esté en una mejor posición frente a los demás, por el hecho de que en su patrimonio o administración participan funcionarios directivos de la entidad contratante o sus familiares, que pueden interceder a su favor o tener acceso a información privilegiada.”*
13. Adicionalmente, el mismo concepto estableció, *“la naturaleza preventiva de la inhabilidad está dirigida a evitar que la contratación pública se utilice para favorecer los negocios personales o familiares de los directivos de las entidades estatales, quienes podrían ejercer algún tipo de influencia directa o indirecta en las decisiones contractuales de los organismos públicos, dada la naturaleza de sus cargos, la autoridad que representan, su capacidad de influencia sobre personal subordinado y la información a la que tienen acceso.”*
14. Teniendo en cuenta que la Ley 1258 de 2008, por la cual se crea la sociedad por acciones simplificada, es posterior a la consagración de las inhabilidades en la Ley 80 de 1993, no es posible que el Estatuto de Contratación la contemplara expresamente. Sin embargo, la inhabilidad



prevista en el literal d), numeral 2 del artículo 8° de la Ley 80 de 1993 sí contempló a las sociedades anónimas que no tengan el carácter de abiertas. Dado que la Ley 1258 de 2008 en los aspectos no regulados en ella para la sociedad por acciones simplificada remite a las normas que rigen a la sociedad anónima, la inhabilidad establecida en el literal d), numeral 2 del artículo 8° de la Ley 80 de 1993 le resulta aplicable en virtud de dicha remisión normativa.

15. Por lo anterior, y con el fin de garantizar la transparencia, moralidad, imparcialidad e igualdad en la contratación estatal, la inhabilidad del literal d), numeral 2 del artículo 8° de la Ley 80 de 1993 prevista, entre otras, para las sociedades anónimas que no tengan el carácter de abiertas, resulta aplicable a las sociedades por acciones simplificadas en atención a la remisión que hace el artículo 45 de la Ley 1258 de 2008 al régimen legal de las sociedades anónimas.

■ REFERENCIA NORMATIVA Y JURISPRUDENCIAL

Ley 80 de 1993, artículo 8.

Ley 1258 de 2008, artículo 3.

Decreto 1082 de 2015, artículo 2.2.1.1.2.2.8.

Corte Constitucional, Sentencia C-147 de 1998, MP. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional, Sentencia C-188 de 2008, MP. Manuel José Cepeda Espinosa

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 25 de octubre de 2012, Consejero Ponente: William Zambrano Cetina. Radicación número: 11001-03-06-000-2012-00060-00(2113)

Superintendencia de Sociedades, Oficio 220-29027 del 9 de abril de 2008.

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

Atentamente,



LUISA FERNANDA VANEGAS VIDAL
SUBDIRECTOR DE GESTIÓN CONTRACTUAL

Proyectó: Nathalia Urrego J

Revisó: Felipe Muñoz Tocarruncho.

