

Compartido por:



Colombia Compra Eficiente  
Rad No. RS20210715006898  
Anexos: No Con copia: No  
Fecha: 15/07/2021 17:33:41



CCE-DES-FM-17

## RÉGIMEN DE INHABILIDADES – Definición – Limitación a capacidad

Las inhabilidades e incompatibilidades son circunstancias establecidas por la Constitución Política o por la ley que impiden que personas naturales o jurídicas sean elegidas o designadas en un cargo público o celebren contratos con el Estado. Su objetivo no es otro que garantizar la idoneidad, imparcialidad, probidad, transparencia y moralidad de la función pública, garantizando el interés general.

## INHABILIDADES – Taxatividad – Principio de legalidad – Interpretación restrictiva

[...] Ahora bien, las inhabilidades e incompatibilidades al ser restricciones o límites especiales a la capacidad para presentar ofertas y celebrar contratos estatales, sólo pueden tipificarse en la ley, es decir, deben satisfacer el principio de legalidad, y su interpretación debe ser restrictiva. En efecto, si se admitiera una interpretación amplia, extensiva o finalista de las mismas, tales enunciados normativos contemplarían múltiples supuestos indeterminados, según el parecer o el sentido común de los operadores jurídicos, poniendo en riesgo principios como la igualdad, el debido proceso, la libre concurrencia y el ejercicio de la profesión u oficio. Esta ha sido la postura de la jurisprudencia, tanto de la Corte Constitucional como de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

## INHABILIDADES – Clasificación

Conviene también distinguir las fuentes de las inhabilidades, las cuales han sido clasificadas en dos (2) 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 pérdida de investidura. En el segundo grupo están aquellas que no devienen de un proceso sancionatorio, sino de condiciones propias de la persona y garantizan la moralidad, la imparcialidad, la eficacia y la transparencia.

## SOCIEDADES COMERCIALES – Clasificación – Parágrafo del artículo 90 de la Ley 1474 de 2011

[...] 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, así algunas atípicas no previstas en el Código de Comercio– 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 positivamente esta clasificación; pero, su vigencia y validez es indiscutida en el ámbito mercantil.

Página 1 de 15



El futuro  
es de todos

DNP  
Departamento  
Nacional de Planeación

Colombia Compra Eficiente

Tel. (+57 1)7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



www.colombiacompra.gov.co

Compartido por:



Bogotá, 15 Julio 2021

Señor  
**Jorge Enrique García Garavito**  
Bogotá D.C.

### **Concepto C – 349 de 2021**

**Temas:** RÉGIMEN DE INHABILIDADES – Definición – Limitación a capacidad / INHABILIDADES – Taxatividad – Principio de legalidad – Interpretación restrictiva como criterio hermenéutico – / INHABILIDADES – Clasificación / SOCIEDADES COMERCIALES – Clasificación – Parágrafo del artículo 90 de la Ley 1474 de 2011

**Radicación:** Respuesta a consulta P20210601004807

Estimado peticionario:

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 1º de junio de 2021.

#### **1. Problemas planteados**

Sobre el parágrafo del artículo 90 de la Ley 1474 de 2011, bajo el supuesto de que «[...] si una sociedad para hacer el ejemplo “Sociedad A” (sea del tipo SA.; SAS; Ltda, etc); se encuentra inhabilitada por el incumplimiento reiterado de acuerdo al artículo y conforma una sociedad “Sociedad B” de la cual es socio con otra persona sea natural o jurídica; para seguir presentándose a procesos de licitación», usted realiza las siguientes preguntas: i) «¿la “Sociedad B” también estaría inhabilitada en consecuencia si se atiende lo establecido en el Parágrafo?» y ii) «Si esta Sociedad B sigue presentándose aun estando en posible inhabilitación ¿genera una nueva inhabilitación?».

#### **2. Consideraciones**



La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, en el ejercicio de su competencia consultiva, ha estudiado la naturaleza jurídica del régimen de inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado, señalando que constituyen un límite a la capacidad contractual. Además de ello, ha profundizado en la forma de interpretación de estas restricciones. Este estudio puede apreciarse en los Conceptos con radicados No. 4201912000004765 de 29 de agosto de 2019, 4201913000005694 del 3 de octubre de 2019, 4201912000006288 del 7 de septiembre de 2019, 4201912000006259 del 13 de noviembre de 2019, 4201913000006917 del 21 de noviembre de 2019, 4201912000006978 del 25 de noviembre de 2019, 4201912000007291 del 3 de diciembre de 2019, 4201912000007281 del 5 de diciembre de 2019, 4201912000007060 del 11 de diciembre de 2019, 4201912000007512 del 16 de diciembre de 2019, 4201912000008460 del 14 de febrero de 2020, C-032 del 19 de febrero de 2020, C-402 del 26 de junio de 2020, C-365 del 30 de junio de 2020, C-386 del 24 de julio de 2020, C-585 del 14 de septiembre de 2020, C-592 del 14 de septiembre de 2020, C-551 de 24 de septiembre de 2020, C-709 del 7 de diciembre de 2020, C-721 de 14 de diciembre de 2020, C-004 del 12 de febrero de 2021, C-815 del 18 de febrero de 2021, C-047 del 8 de marzo de 2021, C-113 del 30 de marzo de 2021, C-122 del 30 de marzo de 2021 y C-210 del 12 de mayo de 2021, entre otros.

Particularmente, la Agencia también se ha pronunciado sobre la inhabilidad por incumplimiento reiterado en los Conceptos con radicado No. 4201913000005694 del 3 de octubre de 2019, 4201912000006259 del 13 de noviembre de 2019, 4201912000007281 del 5 de diciembre de 2019, 4201912000007060 del 11 de diciembre de 2019, C-709 del 7 de diciembre de 2020, así como en los Conceptos C-113 y C-122 de 30 de marzo de 2021. Algunos de los argumentos entonces expuestos se reiteran a continuación

## 2.1. Régimen de inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado

Las inhabilidades son circunstancias establecidas por la Constitución o la ley que impiden que personas naturales o jurídicas sean elegidas o designadas en un cargo público o celebren contratos con el Estado, con el objetivo de garantizar la idoneidad, imparcialidad, probidad, transparencia y moralidad de la función pública, garantizando el interés general.

El régimen de inhabilidades para contratar con el Estado es un conjunto de restricciones establecidas por el constituyente o por el legislador que afectan directamente la capacidad de las personas para establecer relaciones contractuales con el Estado, que pueden resultar de condenas, sanciones o situaciones previamente establecidas por el ordenamiento jurídico. En esta medida, la Corte Constitucional explica que «las inhabilidades representan una limitación a la capacidad para contratar con las entidades del Estado y obedecen a la falta de aptitud o a la carencia de una cualidad, calidad o requisito en el sujeto incapacitado quien por esta razón no podrá hacer parte de una relación contractual»<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1016 de 2012. M.P. Jorge Iván Palacio.



La consagración limitaciones que afectan la capacidad jurídica para contratar desarrolla los principios de la función administrativa consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política, con especial énfasis el de moralidad. Así lo entiende el Consejo de Estado:

De manera primordial en esta reflexión debe advertirse que la consagración legal de las incompatibilidades e inhabilidades en materia contractual, no es sino desarrollo del Principio de Moralidad que la Constitución Política consagra como uno de los rectores de la Función Administrativa, instituido en el artículo 209 de la Carta, toda vez que este Principio –en su carácter jurídico, ordenador y orientador del derecho– constituye la Finalidad, el Deber Ser, la Razón de Primer Orden en la cual se inspira, justifica y legitima la existencia de las normas que definen y regulan las inhabilidades e incompatibilidades.

Adicionalmente, toda vez que la Jurisprudencia Constitucional se ha referido a la protección del Interés General como causa que legitima la estructuración legal de las incompatibilidades e inhabilidades, se puede precisar que la regulación de sus causales para contratar con el Estado debe orientarse por el Principio de Moralidad que obviamente –como es propio de todos los Principios de la Función Administrativa– se despliega ordenado con base en la protección prevalente del interés general y, por ello, se entiende que la potestad de configuración legislativa en materia de incompatibilidades e inhabilidades para contratar con el Estado puede concretarse a través de una regla de carácter excluyente para determinados potenciales contratistas, la cual se impone entonces por razón de ese fin de interés general como regla legal prevalente, esto es que puede ser impuesta sobre el derecho individual a contratar con el Estado<sup>2</sup>.

Así las cosas, las inhabilidades son medios que garantizan la transparencia y eficiencia en la actividad contractual del Estado, imponiendo restricciones en la personalidad jurídica, la igualdad, la libre empresa y, particularmente, en el derecho a participar en procesos de selección y celebrar contratos con el Estado. La Corte Constitucional ha reconocido que estas limitaciones deben estar justificadas en la salvaguarda del interés general y que su lectura e interpretación es taxativa y restrictiva:

Todo régimen de inhabilidades e incompatibilidades de suyo excluye a ciertas categorías de personas del proceso de contratación, generando incapacidades especiales, impedimentos y prohibiciones de variada naturaleza, que en cierta medida afectan el derecho a la personalidad jurídica traducido, a su turno, en el principio general de capacidad legal [CC arts. 1502 y 1503; ley 80 de 1993, art. 6]. De ordinario, como ocurre en la contratación estatal, la inobservancia del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, se erige en causal de nulidad del contrato celebrado en esas condiciones (ley 80 de 1993, art. 44).

El carácter reconocidamente taxativo y restrictivo de este régimen y el de las correlativas nulidades, obedece a la necesidad de salvaguardar el interés general ínsito en la contratación pública de manera 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. Es

<sup>2</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 13 de noviembre de 2013. Rad. 25.646. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.



evidente que si la restricción legal [incompatibilidad o inhabilidad] no se sustenta en ninguna necesidad de protección del interés general o ésta es irrazonable o desproporcionada, en esa misma medida pierde justificación constitucional como medio legítimo para restringir, en ese caso, el derecho a la igualdad y el reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas que resultan rechazadas del ámbito contractual del Estado<sup>3</sup>.

Además, la Corte Constitucional explica que el legislador tiene la competencia para determinar qué hechos o situaciones generan inhabilidad para contratar, pues este régimen es un aspecto propio del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, cuya expedición compete al Congreso de la República a la luz del 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)<sup>4</sup>.

Conviene también distinguir las fuentes de las inhabilidades, las cuales han sido clasificadas en dos (2) 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 pérdida de investidura. En el segundo grupo están aquellas que no devienen de un proceso sancionatorio, sino de condiciones propias de la persona y garantizan la moralidad, la imparcialidad, la eficacia y la transparencia<sup>5</sup>.

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–; mientras que 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

<sup>3</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-415 de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>4</sup> Ibidem.

<sup>5</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-780 de 2001. M.P. Jaime Córdoba Triviño.



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– ajena a la oferta. La inhabilidad surge, entre otros, por su grado de parentesco o afinidad, por su condición de servidor público o por una declaratoria de responsabilidad penal, disciplinaria o sancionatoria contractual sobre él.

## **2.2. Inhabilidades e incompatibilidades como licitaciones a la capacidad contractual: interpretación restrictiva como criterio hermenéutico de los enunciados normativos gravosos y la reserva de ley**

En la contratación estatal, la *capacidad* 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 Pública<sup>6</sup> como en el de las entidades exceptuadas de aquel<sup>7</sup>. 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), establecido en el artículo 6 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 221 del Decreto 19 de 2012–, se destaca el régimen de inhabilidades e incompatibilidades como un conjunto de normas que imponen restricciones para los sujetos que, eventualmente, pretendan participar en los procedimientos de selección o celebrar contratos con las entidades estatales<sup>8</sup>.

Las inhabilidades son prohibiciones para concurrir a los procedimientos de selección y para contratar con el Estado, que se derivan: i) de la existencia de comportamientos reprochables o 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. De otro lado, las incompatibilidades, según un sector de la doctrina, son prohibiciones para participar en los procedimientos de selección y para celebrar contratos estatales, fundadas en la presencia de una calidad que ostenta el sujeto interesado en realizar alguna de dichas actividades, que no puede coexistir con

<sup>6</sup> Ley 80 de 1993: «Artículo 6. De la capacidad para contratar. 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».

<sup>7</sup> Código Civil: «Artículo 1502. Requisitos para obligarse. 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».

<sup>8</sup> 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).



su calidad de proponente o contratista del Estado. En todo caso, a pesar de la existencia de distintos criterios para diferenciar las inhabilidades de las incompatibilidades, de la presencia de ellas se derivan las mismas consecuencias jurídicas, esto es, la limitación de la capacidad contractual, como se desarrolló en el numeral 2.1. de este concepto. De manera que la presencia de ellas impide que se puedan celebrar contratos con el Estado o participar en procedimientos de selección de las entidades estatales, por lo que de cualquiera de ellas se derivan los mismos efectos jurídicos<sup>9</sup>.

De otro lado, 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, obras 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 destaca la doctrina, las inhabilidades e incompatibilidades son herramientas en la lucha contra la corrupción, adoptando paulatinamente una naturaleza sancionatoria o «neopunitiva»<sup>10</sup>. 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 más recientes los lamentables hechos de corrupción han generado, como respuesta del legislador, un incremento de las restricciones a la capacidad contractual, dirigidas a prevenir este tipo de situaciones o a sancionar tales conductas.

Ahora bien, las inhabilidades e incompatibilidades al ser restricciones o límites especiales a la capacidad para presentar ofertas y celebrar contratos estatales, solo pueden tipificarse en la ley o la Constitución –o sea, deben satisfacer el principio de legalidad– y su interpretación debe ser *restrictiva*<sup>11</sup>, pues si se admitiera una interpretación amplia, extensiva o finalista de las mismas, tales enunciados normativos contemplarían múltiples supuestos indeterminados, según el parecer o el sentido común de los operadores jurídicos, poniendo en riesgo principios como la igualdad, el debido proceso, la seguridad jurídica, 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, al tratar de precisar el sentido de este tipo de normas, que «[...] el intérprete de las disposiciones legislativas en la materia ha de ceñirse en la mayor medida posible al tenor literal y gramatical de

---

<sup>9</sup> En esta línea Dávila Vinuesa Expresa: «El legislador para calificar estas prohibiciones emplea dos vocablos: Inhabilidades o incompatibilidades, los cuales en un examen desprevenido podrían sugerir ideas diferentes y en consecuencia, efectos también distintos. Sin embargo, se trata de conceptos que no producen distinciones más allá de las puramente semánticas. En nada afecta el calificar una causal con denominación diferente a la empleada en el texto legal, cuando mucho se criticará la falta de precisión. Ello es así por cuanto los efectos jurídicos que se general para una y otra son exactamente los mismos. Incluso se podría afirmar que ante la semejanza de las figuras, conviene emplear un único vocablo, con lo cual serían innecesarias los intentos y las elucubraciones y explicaciones, algunas novedosas que podrían ensayarse. (DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal. 3ª ed. Bogotá: Legis, 2016. p. 148).

<sup>10</sup> BARRETO ROZO, 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.

<sup>11</sup> Ibidem. p. 69.



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»<sup>12</sup>. Por su parte, el Consejo de Estado ha acogido también 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»<sup>13</sup>. En tal sentido, la Sección Tercera ha señalado que:

[...] de conformidad con la jurisprudencia uniforme y reiterada de esta Corporación, la aplicación de las normas que contemplan inhabilidades e incompatibilidades, como en general de todas aquellas que comportan prohibiciones o limitaciones, deben responder a una interpretación restrictiva que no permite su extensión, por vía de la figura de la analogía, a supuestos no contemplados por el ordenamiento<sup>14</sup>.

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.); [...]<sup>15</sup>.

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

<sup>12</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-1039 de 2006. M.P. Humberto Sierra Porto. La Corte Constitucional ha mantenido este criterio en las sentencias: C-903 de 2008. M.P. Jaime Araujo Rentería; C-101 de 2018. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; entre otras.

<sup>13</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 30 de abril de 2015. Exp. 2251. C.P. Álvaro Namén Vargas.

<sup>14</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 24 de junio de 2015. Exp. 40.635. C.P. Hernán Andrade Rincón (E).

<sup>15</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 22 de mayo de 2013. Rad. 24.057. C.P. Olga Mélida Valle De De La Hoz.



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<sup>16</sup>.

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»<sup>17</sup>. 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 de aplicación e interpretación restrictivas [...]»<sup>18</sup>. 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.

### **2.3. Inhabilidad por incumplimiento reiterado: modificaciones de la Ley 1955 de 2019 a la Ley 1474 de 2011**

Las multas y la declaratoria de incumplimiento son sanciones administrativas impuestas por la entidad en cada contrato, frente al incumplimiento, parcial o definitivo, de las obligaciones pactadas. En principio, las consecuencias de estas sanciones no se proyectan más allá del marco del contrato en el que fueron impuestas. No obstante, conforme a los principios de probidad, transparencia y eficiencia, el legislador determinó que la declaratoria reiterada de estas sanciones, bien sea por la misma entidad o por varias, en uno o varios contratos, tuviera consecuencias negativas para el contratista más allá de los incumplimientos contractuales que las generaron.

En ese sentido, dentro del conjunto de medidas administrativas, fiscales y penales adoptadas por la Ley 1474 de 2011, conocida como Estatuto Anticorrupción, se incluyó la creación de una inhabilidad para contratar debido al incumplimiento reiterado de los oferentes en la ejecución de otros contratos estatales. Para estos efectos, el artículo 90 de la Ley 1474 de 2011 dispuso una inhabilidad de tres (3) años, que se configura bajo las siguientes causales:

<sup>16</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-415 de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>17</sup> 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.

<sup>18</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 29 de abril de 1998. Rad. 1097. C.P. Augusto Trejos Jaramillo.



Artículo 90. Inhabilidad por incumplimiento reiterado. Quedará inhabilitado el contratista que incurra en alguna de las siguientes conductas:

- a) Haber sido objeto de imposición de cinco (5) o más multas durante la ejecución de uno o varios contratos, durante una misma vigencia fiscal con una o varias entidades estatales;
- b) Haber sido objeto de declaratorias de incumplimiento contractual en por los menos dos (2) contratos durante una misma vigencia fiscal, con una o varias entidades estatales;
- c) Haber sido objeto de imposición de dos (2) multas y un (1) incumplimiento durante una misma vigencia fiscal, con una o varias entidades estatales.

La inhabilidad se extenderá por un término de tres (3) años, contados a partir de la inscripción de la última multa o incumplimiento en el Registro Único de Proponentes, de acuerdo con la información remitida por las entidades públicas. La inhabilidad pertinente se hará explícita en el texto del respectivo certificado.

[...]

Como se aprecia, el texto original de la Ley 1474 de 2011 contempla tres supuestos de hecho que dan lugar a la configuración de la inhabilidad: a) el primero relativo a imposición de cinco (5) multas por incumplimiento –parcial– durante una misma vigencia fiscal, con una o varias entidades estatales; b) un segundo supuesto que consiste en la concurrencia de dos (2) declaratorias de incumplimiento –definitivo– de contratos durante una misma vigencia fiscal, con una o varias vigencias fiscales; y c) un tercer supuesto alusivo a la imposición de dos (2) multas y una (1) declaratoria de incumplimiento –definitivo–, durante una misma vigencia fiscal con una o varias entidades estatales<sup>19</sup>. Ante la configuración de cualquiera de estos supuestos, la persona quedaría inhabilitada por un periodo de tres (3) años contados a partir de la fecha de inscripción en el RUP de la última multa o declaratoria de incumplimiento.

Recientemente, los literales a) y b) fueron modificados por el artículo 43 de la Ley 1955 de 2019, en lo que respecta al período dentro del que se deben presentar las multas y declaratorias de incumplimiento para que se configure los dos primeros supuestos que dan lugar a la configuración de la inhabilidad por incumplimiento reiterado. Los literales a) y b) quedaron de la siguiente manera:

- a) Haber sido objeto de imposición de cinco (5) o más multas durante la ejecución de uno o varios contratos, con una o varias entidades estatales, *durante los últimos tres (3) años*;
- b) Haber sido objeto de declaratorias de incumplimiento contractual en por los menos dos (2) contratos, con una o varias entidades estatales, *durante los últimos tres (3) años [...]*. (Cursivas fuera de texto).

En ese orden, a la luz del texto original de la Ley 1474 de 2011, para que se

<sup>19</sup> AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, Concepto de 11 de diciembre de 2019. Radicado de entrada No. 4201912000007060, Radicado de salida No. 2201913000009165.



configurara la inhabilidad era necesario que las cinco multas –literal a)– o los dos incumplimientos –literal b)– fueran declarados en la misma vigencia fiscal, esto es, en el mismo año. Después de la modificación introducida por la Ley 1955 de 2019, basta que las dos declaratorias de incumplimiento o las cinco multas se hayan impuesto dentro de los últimos tres años.

Lo importante es que el párrafo del artículo 90 del Estatuto Anticorrupción dispone que «La inhabilidad a que se refiere el presente artículo se extenderá a los socios de sociedades de personas a las cuales se haya declarado esta inhabilidad, así como las sociedades de personas de las que aquellos formen parte con posterioridad a dicha declaratoria». Por tanto, es necesario analizar la clasificación de las sociedades para determinar el alcance de esta restricción contractual.

#### **2.4. Clasificación de las sociedades comerciales para efectos del párrafo del artículo 90 de la Ley 1474 de 2011**

La resolución del aspecto consultado supone claridad sobre la clasificación de las sociedades comerciales. 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 utilidades<sup>20</sup>; y ii) se entiende que son comerciales las sociedades creadas para ejecutar actos o empresas mercantiles<sup>21</sup>.

Sobre el primer aspecto, 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

<sup>20</sup> «Art. 98. Por el contrato de sociedad dos o más personas se obligan a hacer un aporte en dinero, en trabajo o en otros bienes apreciables en dinero, con el fin de repartirse entre sí las utilidades obtenidas en la empresa o actividad social.

»La sociedad, una vez constituida legalmente, forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados».

<sup>21</sup> «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» .



tener ánimo de lucrarse con el desarrollo de la actividad que constituya el objeto social, que en este caso se representa en la vocación de repartir utilidades. De esta manera, se trata de elementos y requisitos necesarios para que exista el contrato de sociedad y, por tanto, 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 disponga 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, así algunas atípicas no previstas en el Código de Comercio– 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 positivamente esta clasificación; pero, 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 criterios<sup>22</sup>.

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

---

<sup>22</sup> BARRERO BUITRAGO, Álvaro. Manual para el establecimiento de sociedades. 4ª edición. Bogotá: Ed. Librería del Profesional. 2006, p. 45-49.



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 sea las acciones<sup>23</sup>. En cambio, las sociedades de personas se caracterizan porque quienes la conforman – los socios– determinan la existencia de la sociedad, usualmente representadas en personas que se conocen entre sí –*intuitus personarum*–<sup>24</sup>. 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 y unipersonales. 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<sup>25</sup>. 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. Estas «*sociedades de naturaleza mixta*» corresponden a aquellas donde las acciones o el capital es tan importante como las personas que conforman la sociedad, complejizando esta clasificación. Este 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 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

<sup>23</sup> 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).

<sup>24</sup> 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).

<sup>25</sup> 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».



se obligan a hacer un aporte en dinero, en trabajo o en otros bienes apreciables en dinero, con el fin de repartirse entre sí las utilidades obtenidas en la empresa o actividad social».

En este contexto, teniendo cuenta que el alcance del régimen de inhabilidades se guía por criterios de interpretación restrictiva, el párrafo del artículo 90 del Estatuto Anticorrupción no aplica a las «*sociedades de capital*», ya que la norma se limita a las «*sociedades de personas*». Por un lado, tratándose por ejemplo de sociedades anónimas o sociedades por acciones simplificadas, etc., la inhabilidad decretada alcanza únicamente a la persona jurídica que estaba ejecutando el contrato en calidad de contratista. Es decir, la inhabilidad no se extiende a los demás socios ni a las personas jurídicas que ellos conformen posteriormente.

*Contrario sensu*, tratándose por ejemplo de sociedades colectivas, en comandita simple, etc., la inhabilidad alcanza a la persona jurídica que incurra en el incumplimiento reiterado, a los socios y a las sociedades de personas que estos conformen con posterioridad. En este caso, la participación posterior de cualquiera de los sujetos mencionados configura una nueva inhabilidad, pues –conforme a los literales a) y b) del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993– no podrán participar en procedimientos de selección ni celebrar contratos con entidades estatales «Las personas que se hallen inhabilitadas para contratar por la Constitución y las leyes» ni «Quienes participaron en las licitaciones o concursos o celebraron los contratos de que trata el literal anterior estando inhabilitados». Conforme a la norma citada, los efectos de la inhabilidad del literal b) «[...] se extenderán por un término de cinco (5) años contados a partir de la fecha de ocurrencia del hecho de la participación en la licitación o concurso, o de la celebración del contrato [...]».

Como se desprende de la lectura del párrafo, la inhabilidad del artículo 90 de la Ley 1474 de 2011 afecta a las sociedades de personas y se extiende tanto a los socios de estas como a las sociedades de la misma naturaleza que ellos conformen con posterioridad. Por tanto, dentro de ejemplo propuesto por el peticionario, la inhabilidad de la «sociedad colectiva A» afectaría a la «sociedad en comandita simple B» si esta última está conformada por alguno de los socios de la primera. Esto se infiere de la norma citada cuando dispone que «La inhabilidad [...] se extenderá a los socios de sociedades de personas a las cuales se haya declarado esta inhabilidad, así como las sociedades de personas de las que aquellos [es decir, los socios] formen parte con posterioridad a dicha declaratoria» (Corchetes fuera de texto).

En consecuencia, siguiendo con el ejemplo propuesto, no está dentro del ámbito de la restricción que la inhabilidad por incumplimiento reiterado de la «sociedad colectiva A» se extienda a la «sociedad en comandita simple B» cuando la primera es socia de la segunda. Esta inhabilidad se extiende de la persona jurídica a los socios y de estos últimos, a las personas jurídicas que conformen posteriormente. Es decir, la literalidad de la norma aplica al supuesto en el que la «sociedad en comandita simple B» está conformada por alguno de los socios de la «sociedad colectiva A», mas no el caso en el que esta última asume directamente la calidad de socio en la primera. Una conclusión contraria desconocería el carácter restrictivo del régimen de inhabilidades e



incompatibilidades para participar en procedimientos de selección y celebrar contratos con el Estado.

### 3. Respuestas

Respecto al párrafo del artículo 90 de la Ley 1474 de 2011, «[...] si una sociedad para hacer el ejemplo “Sociedad A” (sea del tipo SA.; SAS; Ltda, etc); se encuentra inhabilitada por el incumplimiento reiterado de acuerdo al artículo y conforma una sociedad “Sociedad B” de la cual es socio con otra persona sea natural o jurídica; para seguir presentándose a procesos de licitación»:

- i) «¿la “Sociedad B” también estaría inhabilitada en consecuencia si se atiende lo establecido en el Párrafo?».
- ii) «Si esta Sociedad B sigue presentándose aun estando en posible inhabilitación ¿genera una nueva inhabilitación?».

Teniendo en cuenta que el alcance del régimen de inhabilidades se guía por criterios de interpretación restrictiva, el párrafo del artículo 90 del Estatuto Anticorrupción no aplica a las «*sociedades de capital*», ya que la norma se limita a las «*sociedades de personas*». Por un lado, tratándose por ejemplo de sociedades anónimas o sociedades por acciones simplificadas, etc., la inhabilitación decretada alcanza únicamente a la persona jurídica que estaba ejecutando el contrato en calidad de contratista. Es decir, no se extiende a los demás socios ni a las personas jurídicas que ellos conformen posteriormente.

*Contrario sensu*, tratándose por ejemplo de sociedades colectivas, en comandita simple, etc., la inhabilitación alcanza a la persona jurídica que incurra en el incumplimiento reiterado, a los socios y a las sociedades de personas que estos conformen con posterioridad. En este caso, la participación posterior de cualquiera de los sujetos mencionados configura una nueva inhabilitación, pues –conforme a los literales a) y b) del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993– no podrán participar en procedimientos de selección ni celebrar contratos con entidades estatales «Las personas que se hallen inhabilitadas para contratar por la Constitución y las leyes» ni «Quienes participaron en las licitaciones o concursos o celebraron los contratos de que trata el literal anterior estando inhabilitados». Conforme a la norma citada, los efectos de la inhabilitación del literal b) «[...] se extenderán por un término de cinco (5) años contados a partir de la fecha de ocurrencia del hecho de la participación en la licitación o concurso, o de la celebración del contrato [...]».

Como se desprende de la lectura del párrafo, la inhabilitación del artículo 90 de la Ley 1474 de 2011 afecta a las sociedades de personas y se extiende tanto a los socios de estas como a las sociedades de la misma naturaleza que ellos conformen después. Por tanto, dentro de ejemplo propuesto por el peticionario, la inhabilitación de la «sociedad colectiva A» afectaría a la «sociedad en comandita simple B» si esta última está conformada por alguno de los socios de la primera. Esto se infiere de la norma citada cuando dispone que «La inhabilitación [...] se extenderá a los socios de sociedades de personas a las cuales se haya declarado esta inhabilitación, así como las sociedades de

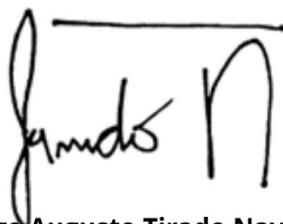


personas de las que aquellos [es decir, los socios] formen parte con posterioridad a dicha declaratoria» (Corchetes fuera de texto).

En consecuencia, siguiendo con el ejemplo propuesto, no está dentro del ámbito de la restricción que la inhabilidad por incumplimiento reiterado de la «sociedad colectiva A» se extienda a la «sociedad en comandita simple B» cuando la primera es socia de la segunda. Esta inhabilidad se extiende de la persona jurídica a los socios y de estos últimos, a las personas jurídicas que conformen posteriormente. Es decir, la literalidad de la norma aplica al supuesto en el que la «sociedad en comandita simple B» está conformada por alguno de los socios de la «sociedad colectiva A», mas no el caso en el que esta última asume directamente la calidad de socio en la primera. Una conclusión contraria desconocería el carácter restrictivo del régimen de inhabilidades e incompatibilidades para participar en procedimientos de selección y celebrar contratos con el Estado.

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

Atentamente,



**Jorge Augusto Tirado Navarro**

Subdirector Gestión Contractual ANCP – CCE

Elaboró: María Claudia de la Ossa Bobadilla  
 Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual  
 Revisó: Juan David Montoya Penagos  
 Gestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual  
 Aprobó: Jorge Augusto Tirado Navarro  
 Subdirector de Gestión Contractual ANCP –CCE

