

OFICIO 220-087303 DEL 16 DE AGOSTO DE 2019

REF: INHABILIDAD E INCOMPATIBILIDAD DE UNA SOCIEDAD COMO CONSECUENCIA DE LA SANCION PROFESIONAL IMPUESTA A UNO DE LOS SOCIOS.

Acuso recibo de la consulta sobre la inhabilidad e incompatibilidad de una sociedad como consecuencia de la sanción profesional impuesta a uno de los socios, que se sirvió formular mediante la comunicación radicada bajo el número arriba indicado, la cual procede atender en su orden, conforme al artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, es decir, en ejercicio de una competencia impersonal, general y abstracta, en los términos que se describen a continuación.

Se refirió que el socio titular del 10% de las acciones de una sociedad por acciones simplificada, cuyo objeto social es la ejecución de obras de ingeniería, se graduó como administrador de obras civiles y posteriormente obtuvo el título de ingeniero civil, y que el Consejo Profesional Nacional de Ingeniería y sus Profesiones Afines lo sancionó disciplinariamente *“como ingeniero civil”* pero carece de *“sanción o limitación para ejercer la profesión de ADMINISTRADOR DE OBRAS CIVILES”*, como lo certificó esa misma organización.

Como consecuencia de lo anterior, se solicitó emitir concepto sobre la *“inexistencia de inhabilidades o incompatibilidades de la firma (...) en la presentación de licitaciones públicas o privadas que tengan relación con su objeto social”*, derivadas de la sanción disciplinaria irrogada al socio en mención.

En virtud de lo dispuesto por el artículo 13 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sustituido por el artículo 13 de la Ley 1755 de 2015, a este Despacho le corresponde emitir conceptos con motivo de las consultas que le son formuladas sobre las materias de su competencia, estos son expresados de manera general puesto que sus respuestas no pueden estar dirigidas a resolver situaciones particulares y concretas, en tanto se trata de una labor eminentemente pedagógica que busca ilustrar a los particulares sobre los temas que le competen, lo que explica, a su vez, que las mismas no tengan carácter vinculante ni comprometan su responsabilidad.

Sobre el asunto objeto de consulta es de señalar el Código de Comercio determina que 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”*.



SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

*La sociedad, una vez constituida legalmente, forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados*¹; que su capacidad se circunscribe al desarrollo de la empresa o actividad prevista en su objeto, en el que se entienden incluidos *“los actos directamente relacionados con el mismo y los que tengan como finalidad ejercer los derechos o cumplir las obligaciones, legal o convencionalmente derivados de la existencia y actividad de la sociedad”*², y que el accionista tiene derecho a participar en las deliberaciones de la asamblea general de accionistas y votar en ella, a recibir una parte proporcional de los beneficios sociales, a negociar libremente las acciones, a inspeccionar libremente los libros y papeles sociales, y a recibir una parte proporcional de los activos sociales al tiempo de la liquidación, una vez pagado el pasivo externo de la sociedad³.

1 Artículo 98.

2 Artículo 99.

3 Artículo 379.

4 Artículo 3.

5 Artículo 1.

6 Artículo 45.

legis

Además, la Ley 1258 de 2008 prescribe que la sociedad por acciones simplificada es una sociedad de capitales, de naturaleza siempre comercial⁴, en la que los socios solo son responsables hasta el monto de sus aportes, salvo que se utilice la sociedad en fraude a la ley o en perjuicio de terceros⁵, y que se rige por lo consagrado en los estatutos sociales, en las disposiciones legales que rigen la sociedad anónima y en cuanto no resulten contradictorias *“por las disposiciones generales que rigen a las sociedades previstas en el Código de Comercio”*⁶.

Por su parte, la Ley 80 de 1993 establece que son inhábiles para participar en licitaciones y para celebrar contratos con las entidades estatales:

a) Las personas que se hallen inhabilitadas para contratar por la Constitución y las leyes.

b) *Quienes participaron en las licitaciones o celebraron los contratos de que trata el literal anterior estando inhabilitados.*

c) *Quienes dieron lugar a la declaratoria de caducidad.*

d) *Quienes en sentencia judicial hayan sido condenados a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas y quienes hayan sido sancionados disciplinariamente con destitución.*

e) *Quienes sin justa causa se abstengan de suscribir el contrato estatal adjudicado.*

f) *Los servidores públicos.*

g) *Quienes sean cónyuges o compañeros permanentes y quienes se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con cualquier otra persona que formalmente haya presentado propuesta para una misma licitación.*

h) *Las sociedades distintas de las anónimas abiertas, en las cuales el representante legal o cualquiera de sus socios tenga parentesco en segundo*



SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el representante legal o con cualquiera de los socios de una sociedad que formalmente haya presentado propuesta, para una misma licitación.

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

Las inhabilidades a que se refieren los literales c), d) e i) se extenderán por un término de cinco (5) años contados a partir de la fecha de ejecutoria del acto que declaró la caducidad, o de la sentencia que impuso la pena, o del acto que dispuso la destitución; las previstas en los literales b) y e), 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 de la de celebración del contrato, o de la de expiración del plazo para su firma.

j) Las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos contra la Administración Pública o de cualquiera de los delitos o faltas contemplados por la Ley 1474 de 2011 y sus normas modificatorias o de cualquiera de las conductas delictivas contempladas por las convenciones o tratados de lucha contra la corrupción suscritos y ratificados por Colombia, así como las personas jurídicas que hayan sido declaradas responsables administrativamente por la conducta de soborno transnacional.

Esta inhabilidad procederá preventivamente aún en los casos en los que esté pendiente la decisión sobre la impugnación de la sentencia condenatoria.

Asimismo, la inhabilidad se extenderá a las sociedades de las que hagan parte dichas personas en calidad de administradores, representantes legales, miembros de junta directiva o de socios controlantes, a sus matrices y a sus subordinadas y a las sucursales de sociedades extranjeras, **con excepción de las sociedades anónimas abiertas.**

La inhabilidad prevista en este literal se extenderá por un término de veinte (20) años.

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

La inhabilidad se extenderá por todo el período para el cual el candidato fue elegido. Esta causal también operará para las personas que se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad, o primero civil de la persona que ha financiado la campaña política.

Esta inhabilidad comprenderá también a las sociedades existentes o que llegaren a constituirse **distintas de las anónimas abiertas**, en las cuales el representante legal o cualquiera de sus socios hayan financiado directamente o por interpuesta



SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

persona campañas políticas a la Presidencia de la República, a las gobernaciones y las alcaldías.

La inhabilidad contemplada en esta norma no se aplicará respecto de los contratos de prestación de servicios profesionales.

k) (sic) El interventor que incumpla el deber de entregar información a la entidad contratante relacionada con el incumplimiento del contrato, con hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato.

Esta inhabilidad se extenderá por un término de cinco (5) años, contados a partir de la ejecutoria del acto administrativo que así lo declare, previa la actuación administrativa correspondiente.

20. Tampoco podrán participar en licitaciones ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva:

a) Quienes fueron miembros de la junta o consejo directivo o servidores públicos de la entidad contratante. Esta incompatibilidad sólo comprende a quienes desempeñaron funciones en los niveles directivo, asesor o ejecutivo y se extiende por el término de un (1) año, contado a partir de la fecha del retiro.

b) Las personas que tengan vínculos de parentesco, hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil con los servidores públicos de los niveles directivos, asesor, ejecutivo o con los miembros de la junta o consejo directivo, o con las personas que ejerzan el control interno o fiscal de la entidad contratante.

c) El cónyuge, compañero o compañera permanente del servidor público en los niveles directivo, asesor, ejecutivo, o de un miembro de la junta o consejo directivo, o de quien ejerza funciones de control interno o de control fiscal.

d) Las corporaciones, asociaciones, fundaciones y las **sociedades anónimas que no tengan el carácter de abiertas**, así como las sociedades de **responsabilidad limitada y las demás sociedades de personas** en las que el servidor público en los niveles directivo, asesor o ejecutivo, o el miembro de la junta o consejo directivo, o el cónyuge, compañero o compañera permanente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, afinidad o civil de cualquiera de ellos, tenga participación o desempeñe cargos de dirección o manejo.

e) Los miembros de las juntas o consejos directivos. Esta incompatibilidad sólo se predica respecto de la entidad a la cual prestan sus servicios y de las del sector administrativo al que la misma esté adscrita o vinculada.

f) Directa o indirectamente las personas que hayan ejercido cargos en el nivel directivo en entidades del Estado y las **sociedades** en las cuales estos hagan parte o estén vinculados a cualquier título, durante los dos (2) años siguientes al

retiro del ejercicio del cargo público, cuando el objeto que desarrollen tenga relación con el sector al cual prestaron sus servicios.

Esta incompatibilidad también operará para las personas que se encuentren dentro del primer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o primero civil del ex empleado público.

PARÁGRAFO 1o. *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.*

En las causales de inhabilidad por parentesco o por matrimonio, los vínculos desaparecen por muerte o por disolución del matrimonio.

PARÁGRAFO 2o. *Para los efectos previstos en este artículo, el Gobierno Nacional determinará qué debe entenderse por sociedades anónimas abiertas⁷ (subrayas y negrillas fuera del texto).*

7 Artículo 8.

8 Artículo 5.

9 Artículo 90 modificado por el artículo 43 de la Ley 1955 de 2019.

También se advierte que la Ley 1474 de 2011, consagra que quien haya celebrado un contrato estatal de obra pública, de concesión, suministro de medicamentos y de alimentos, sus parientes o “sus socios en **sociedades distintas de las anónimas abiertas**, con las entidades a que se refiere el artículo 2° de la Ley 80 de 1993, durante el plazo de ejecución y hasta la liquidación del mismo, no podrán celebrar contratos de interventoría con la misma entidad”⁸, y que quedará inhabilitado el contratista que incurra en incumplimiento reiterado de los contratos estatales, en los términos allí consignados, inhabilidad que “se extenderá a los socios de **sociedades de personas** a las cuales se haya declarado esta inhabilidad, así como a las sociedades de personas de las que aquellos formen parte con posterioridad a dicha declaratoria”⁹ (subrayas y negrillas fuera del texto).

A su vez, la Ley 842 de 2003 precisa que incurre en ejercicio ilegal de la profesión, el profesional de la ingeniería, de alguna de sus profesiones afines o profesiones auxiliares, que estando inscrito en el registro profesional “ *ejerza la profesión estando suspendida su matrícula profesional, certificado de inscripción profesional o certificado de matrícula*”¹⁰; que las propuestas que se formulen en las licitaciones abiertas por entidades públicas “*para la adjudicación de contratos cuyo objeto implique el desarrollo de las actividades catalogadas como ejercicio de la ingeniería, deberán estar avalados, en todo caso, cuando menos, por un ingeniero inscrito y con tarjeta de matrícula profesional en la respectiva rama de la ingeniería*”¹¹, y que una vez impuesta una sanción a un profesional de la ingeniería y profesiones auxiliares o afines “*se dará aviso a la Procuraduría General de la*

Nación, a todas las entidades que tengan que ver con el ejercicio profesional correspondiente, con el registro de proponentes y contratistas y a las agremiaciones de profesionales, con el fin de que se impida el ejercicio de la profesión por parte del sancionado, debiendo estas, ordenar las anotaciones en sus registros y tomar las medidas pertinentes, con el fin de hacer efectiva la sanción”¹².

10 Parágrafo del artículo 13.

11 Artículo 20.

12 Artículo 75.

En estas disposiciones se establece que la sociedad por acciones simplificada es una sociedad de capitales, que constituye una persona jurídica distinta de los socios y, por lo tanto, estos son terceros respecto de los contratos que celebre el ente societario; que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado es de índole excepcional y aplicación restrictiva, en la medida en que limitan la capacidad jurídica de las personas; que las causales están previstas en el artículo 8 de la Ley 80 de 1993 y en los artículos 5 y 90 de la Ley 1474 de 2011, y que la sanción disciplinaria de suspensión en el ejercicio de la profesión impuesta a uno de los socios no está consagrada como causal de inhabilidad para que la sociedad de capitales participe en procesos de selección y contrate con entidades estatales.

Esto es así como quiera que el estatuto contractual solo considera incurso en causal de inhabilidad o incompatibilidad a la sociedad de capital del tipo de las SAS, cuando: (i) el representante legal o los socios tienen parentesco con el representante legal o los socios de otra sociedad que haya presentado propuesta para una misma licitación; (ii) se impuso sanción penal a los socios por la comisión de los delitos de peculado, concusión, cohecho, prevaricato y soborno transnacional; (iii) los socios participaron en la financiación de campañas políticas; (iv) los socios desempeñan cargos del nivel directivo, asesor, ejecutivo, o son miembros de la junta o consejo directivo o sus parientes tienen participación o desempeñan cargos de dirección o manejo en la entidad pública contratante; (v) los socios han ejercido cargos del nivel directivo, durante los dos (2) años siguientes al retiro del cargo, y (vi) los socios tienen contrato estatal de obra pública, de concesión, suministro de medicamentos y de alimentos, respecto de la celebración de contratos de interventoría con la misma entidad.

Sin embargo, esta Oficina considera que el ente societario **sí tiene el deber de impedir que a través suyo el socio sancionado con suspensión en el ejercicio de la profesión de ingeniería se desempeñe ilegalmente como ingeniero**, por ejemplo, interviniendo como empleado de la sociedad en la ejecución de los contratos de obra que aquella suscriba con el Estado.

En los anteriores términos su solicitud ha sido atendida, no sin antes observar que para mayor ilustración puede consultar en la página WEB la normatividad, los conceptos que la Entidad emite y la Circular Básica Jurídica, entre otros.