



Concepto Sala de Consulta C.E. 1346 de 2001 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

DECLARATORIA DE CADUCIDAD ¿ Genera inhabilidad frente a sociedad cualquiera sea su clase / SOCIEDAD DE PERSONAS ¿ Declaratoria de caducidad afecta a sociedad y socios / INHABILIDAD DE SOCIEDAD ¿ Declaratoria de caducidad / INHABILIDAD DE SOCIO ¿ Declara DECLARATORIA DE CADUCIDAD - Genera inhabilidad frente a sociedad cualquiera sea su clase / SOCIEDAD DE PERSONAS - Declaratoria de caducidad afecta a sociedad y socios / INHABILIDAD DE SOCIEDAD - Declaratoria de caducidad / INHABILIDAD DE SOCIO - Declaratoria de caducidad / RECTIFICACIÓN DOCTRINARIA

La Sala considera pertinente rectificar la tesis expresada en el concepto número 1283 del 4 de septiembre de 2000, en el sentido de que cuando a una sociedad se le declara la caducidad de un contrato estatal, recae sobre ella la inhabilidad establecida en el literal c) del numeral 1 del artículo 8 de la ley 80 de 1993, cualquiera que sea la clase de sociedad; y en cuanto a los socios, la inhabilidad recae sobre los socios de las sociedades de personas a las cuales se haya declarado la caducidad, no sobre los socios de las sociedades de capital, de acuerdo con lo dispuesto por el literal i) del mismo numeral del citado artículo, el cual, por referirse a inhabilidades e incompatibilidades para contratar, tiene carácter taxativo.

NOTA DE RELATORIA: 1) Autorizada la publicación con oficio 016158 de 22 de junio de 2001. 2) El revisado fue el concepto 1283 del 17/08/00 de la Sala de Consulta del Consejo de Estado

CONSORCIO - Responsabilidad de sus miembros / DECLARATORIA DE CADUCIDAD - Responsabilidad de consorcio / RESPONSABILIDAD DE CONSORCIO / PROMESA DE CONTRATO DE SOCIEDAD - Responsabilidad de los socios

La responsabilidad de los miembros de los consorcios, así como la que adquieren quienes conformen sociedades bajo cualquiera de las modalidades previstas en la ley con el único objeto de presentar una propuesta, celebrar y ejecutar un contrato estatal, es solidaria por expreso mandato de la ley. Así lo ordena el artículo 7 numeral 1 de la ley 80, al cual remite el parágrafo 3 de la misma norma. Dicha responsabilidad solidaria se genera por las actuaciones, hechos y omisiones relacionados con las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato. Lo anterior significa que para el caso previsto en el parágrafo 2 del artículo 32 de la ley 80, las personas que suscriban el documento de intención consistente en una promesa de contrato de sociedad cuyo perfeccionamiento se sujetará a la condición de que el contrato se le adjudique, quedan comprometidas solidariamente por las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato, hasta cuando se cumpla íntegramente el objeto de aquella y éste. Por tanto, si durante el desarrollo de la propuesta o el contrato adjudicado uno o varios socios de la sociedad constituida transfieren sus partes de interés, cuotas o acciones en ella a un tercero, dicho socio o socios no quedan por ese hecho liberados de la responsabilidad solidaria, por cuanto ella tiene su fuente en la ley, y no es en relación con las obligaciones que emanan del contrato de sociedad sino de las obligaciones derivadas de la propuesta y el contrato, a las cuales quedan ligados los socios desde el momento en que suscriben el documento de intención.

NOTA DE RELATORIA: Autorizada la publicación con oficio 016158 de 22 de junio de 2001.

CONSORCIO - Inhabilidad de sus miembros / DECLARATORIA DE CADUCIDAD - Inhabilidad de consorcio / SOCIEDAD ANÓNIMA - Por declaratoria de caducidad accionistas no quedan inhabilitados / INHABILIDAD DE CONSORCIO - Declaratoria de caducidad / PROMESA DE CONTRATO DE SOCIEDAD - Inhabilidad de los socios

El artículo 7 de la ley 80 no establece inhabilidades, éstas se rigen por lo dispuesto en los artículos 8 y 58 de la misma ley. Por consiguiente, las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato, en el que sea contratista un consorcio o sociedad, sólo afectarán con inhabilidad a quienes queden comprendidos en una de las causales taxativamente señaladas en la ley, para que ella se configure. Dicho de otra manera, hay que deslindar la responsabilidad solidaria de carácter patrimonial de las inhabilidades, por cuanto cada institución tiene su régimen propio; de la misma manera que se deslinda la responsabilidad civil de la penal, o ésta de la disciplinaria. Este deslinde se sustenta en lo dispuesto en los artículos 50 a 58 de la ley 80 y en el último inciso del artículo 18, que para el caso de la declaratoria de caducidad señala que el contratista se hará acreedor "a las sanciones e inhabilidades previstas en esta ley ", esto es, que dichas normas separan los fenómenos y determinan que los efectos de cada uno son conforme a lo que para cada evento prescribe la ley. Por tanto, si se declara la caducidad, para determinar la inhabilidad es preciso analizar el caso concreto en relación con las causales previstas en la ley 80. En consecuencia, los accionistas de una sociedad anónima a la cual se le declare la caducidad no quedan inhabilitados por disponerlo así la ley, que es la que determina taxativamente las causales de inhabilidad.

NOTA DE RELATORIA: Autorizada la publicación con oficio 016158 de 22 de junio de 2001. 2) Concepto 1172 del 03/03/99 Sala de Consulta

para autorizarla / DECLARATORIA DE CADUCIDAD - Cesión de contrato de concesión / CONTRATO ESTATAL - Inhabilidad e incompatibilidad sobrevinientes / CONTRATO DE CONCESIÓN - Imprudencia de cesión a favor de sociedad anónima / LEVANTAMIENTO DEL VELO CORPORATIVO - Consagración legal

La cesión de los Contratos de Concesión Nos.239 y 240 de 1999 celebrados entre el INVIAS y Wackenhut de Colombia S.A., propuesta por ésta en favor de una sociedad anónima que se constituiría y que sería subordinada de la misma sociedad matriz de la Wackenhut, si bien no infringiría los principios de la contratación, tal como están señalados en los artículos 23 a 26 de la ley 80 de 1993 y no estaría tipificada en la inhabilidad mencionada en el literal i) del numeral 1 del artículo 8 de la misma ley, no es procedente, por cuanto la sociedad proyectada no sería jurídicamente un tercero, conforme lo exige la cesión de un contrato de acuerdo con el artículo 887 del Código de Comercio, ya que su poder de decisión se encontraría sometido a la voluntad de la misma sociedad matriz o controlante de la cedente, según lo dispuesto por el artículo 260 del Código de Comercio, subrogado por el artículo 26 de la ley 222 de 1995. No se requiere la medida del levantamiento del velo corporativo, previsto en el artículo 44 de la ley 190 de 1995, respecto de la Wackenhut de Colombia S.A. y de la sociedad proyectada, para determinar que la sociedad matriz de ambas es la misma, por cuanto de acuerdo con el párrafo 1 del artículo 30 de la ley 222 de 1995, tal información puede ser obtenida con los certificados de existencia y representación legal de las sociedades, expedidos por las Cámaras de Comercio. No es obligatorio para la entidad estatal aceptar la cesión del contrato propuesta por el contratista, al cual se le presentó una inhabilidad sobreviniente de conformidad con el inciso primero del artículo 9 de la ley 80 de 1993.

NOTA DE RELATORIA: 1) Autorizada la publicación con oficio 016158 de 22 de junio de 2001. 2) Concepto 1172 del 03/03/99 Sala de Consulta. 3) Sentencia 10641 del 19/08/99 Sección Tercera del Consejo de Estado

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero Ponente: CÉSAR HOYOS SALAZAR

Bogotá D.C, diecisiete (17) mayo de dos mil uno (2001)

Radicación número: 1346

Actor: MINISTRO DE TRANSPORTE

Referencia: CONTRATACION ESTATAL. Inhabilidad sobreviniente por declaratoria de caducidad de un contrato. Cesión de otros contratos.

El doctor GUSTAVO CANAL MORA, Ministro de Transporte, formula a la Sala una consulta que expone en la siguiente forma:

a) La situación presentada

Refiere el señor Ministro que el Instituto Nacional de Vías -INVIAS-, establecimiento público del orden nacional, adscrito al Ministerio de Transporte, adelantó la licitación pública SCO-L01-97, con el objeto de seleccionar al concesionario para realizar los estudios y diseños definitivos, las obras de rehabilitación y de construcción, la operación y mantenimiento y la prestación de servicios del proyecto vial denominado El Vino - Tobia Grande - Villeta - Honda - La Dorada - Puerto Salgar - San Alberto, en los departamentos de Cundinamarca, Tolima, Caldas, Santander y Cesar.

Dicha licitación fue adjudicada a los proponentes que prometieron constituir la Sociedad Concesionaria del Magdalena Medio S.A.

Constituida efectivamente la mencionada sociedad, el INVIAS celebró con ella el Contrato de Concesión No. 0388 del 15 de diciembre de 1997, al cual le declaró la caducidad, mediante la Resolución No. 2282 del 2 de junio de 2000 "como quiera que esta sociedad incumplió las obligaciones adquiridas en virtud del mismo, y tal incumplimiento tuvo la entidad y las características señaladas en el artículo 18 de la ley 80 de 1993" y en la misma Resolución dispuso "hacer efectiva la solidaridad de la Sociedad Concesionaria del Magdalena Medio S.A. y de cada uno de sus accionistas, según lo establecido en el pliego de condiciones de la Licitación Pública SCO-L01-97 y en la Propuesta presentada por el contratista".

La citada Resolución fue confirmada por el INVIAS, mediante la Resolución No. 4260 del 24 de octubre de 2000.

De acuerdo con los artículos 7 numeral 1 y párrafo 3, y 8 numeral 1 literal c) y último inciso, de la ley 80 de 1993, la declaratoria de caducidad del contrato inhabilita a la sociedad contratista y a sus accionistas particulares, por el término de cinco (5) años contado a partir de la fecha de ejecutoria del acto que declaró la caducidad, y esto significa que les sobreviene una inhabilidad en los otros contratos estatales que hayan celebrado y estén ejecutando, los cuales deben ceder previa autorización escrita de la entidad contratante o, si ello no fuere posible, renunciar a su ejecución, conforme al inciso primero del artículo 9 de la misma ley y tal como lo señaló la Sala en el Concepto No. 1.283 del 4 de septiembre de 2000 y la aclaración oficiosa del 15 del mismo mes y año.

Añade el Ministro que con anterioridad, en 1999, el INVIAS abrió las Licitaciones Públicas SVP-001/99 y SVP-002/99, con el objeto de celebrar sendos contratos de concesión para la adecuación, administración, recaudo y desarrollo del sistema de peajes viales de las zonas sur occidente y norte de la red vial nacional, respectivamente.

Tales licitaciones fueron adjudicadas a la sociedad Wackenhut de Colombia S.A., y en consecuencia, el INVIAS celebró con ella los Contratos de Concesión Nos. 239 y 240 del 2 de julio de 1999, los cuales se están ejecutando.

Ante esta situación, se observa que la sociedad Wackenhut de Colombia S.A., para dar aplicación al inciso primero del artículo 9 de la ley 80 de 1993, debe ceder los Contratos de Concesión Nos. 239 y 240 de 1999, previa autorización del INVIAS o, de no ser posible la cesión, renunciar a la ejecución de los contratos.

La sociedad propuesta para la cesión

Señala el señor Ministro de Transporte que la sociedad Wackenhut de Colombia S.A. le ha solicitado al INVIAS que le permita efectuar la cesión de los Contratos de Concesión 239 y 240 de 1999 y para tal efecto, "propone la constitución de una sociedad del tipo de las anónimas, de la cual sería accionista mayoritario la sociedad matriz de Wackenhut de Colombia S.A."

Agrega que la sociedad propuesta cumpliría con los requisitos mínimos de experiencia y de capacidad económica exigidos en el pliego de condiciones de las licitaciones públicas de los mencionados contratos y su objeto social le permitiría ejecutar las obligaciones estipuladas en éstos.

Aclara que los requisitos de experiencia exigidos "los cumpliría la eventual sociedad cesionaria mediante la invocación de la experiencia de Wackenhut de Colombia S.A., toda vez que en los pliegos de condiciones de tales licitaciones se permitía que el proponente acreditara su experiencia a través de la de su sociedad matriz, de la de cualquiera de sus subordinadas (las del proponente) o de la experiencia de las subordinadas de su matriz (la del proponente)".

Indica los siguientes puntos de la sociedad contratista y de la que se constituiría para la cesión:

- "La sociedad colombiana AMOYA S.A. es la matriz de Wackenhut de Colombia S.A.
- La sociedad colombiana AMOYA S.A. sería -también- la matriz de la compañía a la cual eventualmente Wackenhut de Colombia S.A. le cedería los contratos de concesión 239 y 240 de 1999. Wackenhut de Colombia S.A. no sería accionista de esta compañía.
- La compañía Wackenhut de Colombia S.A. es una sociedad anónima (como se desprende de la sigla contenida en su denominación social y de lo certificado por la Cámara de Comercio).
- La compañía a la cual eventualmente Wackenhut de Colombia S.A. le cedería los contratos de concesión 239 y 240 de 1999, también sería una sociedad anónima".

Manifiesta que al ser anónimas las dos sociedades, no se presentaría la inhabilidad contractual establecida en el literal i) del numeral 1 del artículo 8 de la ley 80 de 1993, que se refiere a sociedades de personas.

Expresa su inquietud de que el beneficiario real sería la misma sociedad matriz, lo cual, en su criterio, se apreciaría con el levantamiento del velo corporativo, respecto del cual trae una cita de una sentencia de esta Corporación.

c). Los interrogantes

Teniendo en cuenta los hechos anteriores, el señor Ministro de Transporte formula a la Sala los siguientes interrogantes:

1. "La cesión de la posición contractual que ostenta Wackenhut de Colombia S.A. en los contratos de concesión 239 y 240 de 1999, en favor de la sociedad propuesta por dicha compañía, viola, vulnera o implica afectación de los principios de contratación y del régimen de inhabilidades e incompatibilidades señalados en la Ley 80 de 1993?
2. De ser afirmativa la respuesta a la pregunta anterior, a tal conclusión se llegaría por la vía del levantamiento del velo corporativo de la sociedad Wackenhut de Colombia S.A. y - teóricamente, pues aún no está constituida - de la sociedad propuesta para realizar dicha cesión contractual; o, por el contrario, no se hace necesaria la aplicación de tal figura (la del "disregard"), pues a la aludida conclusión se llega por vía de la interpretación de las normas sobre inhabilidades e incompatibilidades; así como de los principios de contratación, ambos establecidos en la ley 80 de 1993?
3. Es obligatorio para la entidad estatal aceptar la cesión propuesta por el contratista al cual le sobrevino la causal de inhabilidad para contratar (Wackenhut de Colombia S.A.), cuando en el cesionario propuesto no concurre ninguna de las inhabilidades señaladas por la Ley?. De no ser obligatorio para la entidad aceptar dicha cesión, cuáles son los criterios jurídicos que debe atender la entidad para aceptar o negar dicha cesión propuesta por el contratista al cual le sobrevino la causal de inhabilidad para contratar?"

1. CONSIDERACIONES

La cuestión planteada en esta consulta se refiere concretamente al alcance del artículo 9 de la ley 80 de 1993, como consecuencia de la aplicación de lo dispuesto en el literal c) del num. 1 del artículo 8. Y por ser una sociedad la que dio origen a la declaratoria de caducidad, hay una conexidad con lo previsto en el literal i) del mismo numeral de este artículo. Por consiguiente, para resolver el asunto es necesario analizar la normatividad mencionada y reexaminar los efectos de la caducidad declarada, asunto que la Sala analizó en el concepto número 1283 de septiembre 4 de 2000 desde la perspectiva de lo dispuesto en el parágrafo 3 del artículo 7 de la ley citada.

1.1 La declaración de caducidad como causal de inhabilidad. La ley 80 de 1993 dispone:

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

...

c) Quienes dieron lugar a la declaratoria de caducidad.

...

i) Los socios de sociedades de personas a las cuales se haya declarado la caducidad, así como las sociedades de personas de las que aquéllos 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 contado 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 contado a partir de la fecha de ocurrencia del hecho de la participación en la licitación o concurso, o de la de celebración del contrato, o de la de expiración del plazo para su firma".

La norma transcrita plantea dos situaciones que se analizan a continuación.

1.1.1 La inhabilidad afecta al contratista determinado en el acto administrativo que declara la caducidad. El vocablo "quienes", empleado en el literal c), es un pronombre relativo que equivale a "el que", "la que", y se refiere predominantemente a personas. Se emplea con antecedente explícito o implícito. Además, "los dos relativos personales *quien* y *el que*", alternan también, sin antecedente, en ciertas oraciones con el verbo ser, que son fórmulas perifrásticas en las que se resuelven las oraciones de predicado verbal o nominal cuando se trata de insistir en la idea de que la persona o personas mentadas por alguno de sus elementos nominales o pronominales son precisamente aquellas a las que conviene la aseveración contenida en el enunciado y no a otras"¹.

La expresión "quienes", en el texto de la norma transcrita, indica que la inhabilidad contenida en el enunciado del numeral 1 cubre a la persona o personas determinadas en el acto administrativo que declara la caducidad, conforme a lo ordenado en el artículo 18 de la ley 80 y en las demás disposiciones legales que consignan causales de caducidad. Dicho artículo expresamente establece, en el tercer inciso, que el contratista se hará acreedor a las sanciones e inhabilidades previstas en la ley. Por tanto, en principio sólo éste quedará inhabilitado.

Sin embargo, la norma extiende la inhabilidad derivada de la declaratoria de caducidad a otras personas: los socios de sociedades de personas y las sociedades de personas de las que aquéllos formen parte con posterioridad a dicha declaratoria.

1.1.2 La clasificación de las sociedades en de personas y de capitales. Esta distinción formó parte del proyecto de Código de Comercio de 1958, pero fue eliminada. Por tanto, el Código expedido mediante decreto ley 410 de 1971 no contiene una norma que institucionalice la clasificación de las sociedades comerciales en de personas y de capitales.

Para Manara² esta clasificación sólo es una metáfora; la distinción es *imprecisa e inadecuada*, porque todas las sociedades se prestarían a ser tanto de personas como de capitales. Otros autores han agregado que dicha clasificación es *irreal*, porque no se puede concebir una sociedad sin personas que la formen o sin capital; ambos elementos son indispensables y para la distinción se acude al elemento predominante. También se ha dicho que es una clasificación *incompleta* porque no comprende a todas las sociedades, por cuanto la sociedad de responsabilidad limitada no ha sido ubicada de manera inequívoca en una de las dos clases.

No obstante, la distinción no ha sido abandonada por la doctrina que intenta fundamentarla a partir de las siguientes características: a) la manera diversa de responder por las deudas, dado que en las sociedades de personas hay una responsabilidad personal de los socios por las deudas de la sociedad, mientras en las sociedades de capital la responsabilidad por las deudas corresponde sólo a la sociedad. Por consiguiente, en las sociedades de personas la garantía de los terceros se apoya en el crédito y la solvencia personal de los socios; b) la causa económica determinante de la asociación, que en las primeras es la persona del socio (*intuitus personae*), mientras en las segundas es la aportación del socio (*intuitus pecuniae*); c) la gestión de los negocios sociales, que en las sociedades de personas compete a los socios y en las de capitales a unos órganos especiales. En el primer caso, los socios administran el patrimonio propio; en el segundo, administran el patrimonio de un ente distinto a ellos; en otros términos, en un evento la disponibilidad del patrimonio y la dirección de la empresa están reunidas en las mismas personas; en el otro, están normalmente separadas.

El tratadista Gabino Pinzón³ estima que esta clasificación o división es sustantiva o de fondo y la establece "según la posición jurídica de los socios frente a terceros", para indicar que en las sociedades de personas los socios no desaparecen jurídicamente ante terceros, por cuanto sus bienes propios pueden ser perseguidos por los acreedores sociales y no solamente los de la sociedad; esto porque no hay una absoluta o completa separación de patrimonios que se produce con la personificación jurídica de la sociedad. Por eso, afirma, prevalece en las sociedades de personas un rígido *intuitus personae* que domina todo el sistema de la sociedad, como en relación con la capacidad para ser socio, la cesión del interés social, las causales de disolución, etc. En cambio, en las sociedades de capitales ante terceros no responde sino la persona jurídica y solo dentro de sus posibilidades patrimoniales de pago, esto es, se produce en ella una absoluta y completa separación de patrimonios en razón de su personificación jurídica.

El tratadista José Ignacio Narváez García⁴ expresa que en las sociedades 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. Este elemento tiene importancia para los terceros porque frente a

éstos se obliga no sólo la persona jurídica sino también los socios, con sus patrimonios individuales, presentes y futuros. Agrega que por razón de esta responsabilidad solidaria que asumen todos los socios, la ley les otorga la facultad de administrar la empresa social y para un socio ceder su participación a un tercero requiere el consentimiento de los demás socios. En las sociedades de capitales o formadas intuitus rei, una vez efectuados los aportes, los asociados pasan a la penumbra y son inadvertidos o carecen de importancia para los terceros, en razón de que solamente responden hasta concurrencia de sus respectivas aportaciones.

El Código de Comercio consigna, en sus artículos 233, 237, 243 y 252, una clasificación de las sociedades según la forma como esté representado su capital: en por acciones, o por cuotas o por partes de interés. Este criterio de clasificación fue adoptado por el Comité encargado de revisar el Proyecto de Código de Comercio, al considerarlo más técnico dado que se fundamenta en un factor objetivo: el fraccionamiento del capital social.

En consecuencia, la incorporación de la clasificación de las sociedades en de personas y por oposición a éstas las de capitales, en la ley 80 de 1993 para los efectos de la inhabilidad derivada de la declaratoria de caducidad, revive la discusión que se entendía superada, al menos en la ley.

El problema de la clasificación se manifiesta cuando se procede a enumerar las sociedades que corresponden a cada tipo o especie. En efecto, se han considerado sociedades de personas: la colectiva, la en comandita simple; y como de capitales: la en comandita por acciones y la anónima. Algunos autores discrepan y ubican las comanditarias en una categoría mixta, intermedia entre las dos clases. Así mismo, las sociedades de responsabilidad limitada han sido clasificadas, por algunos autores, en dicha categoría mixta.

Gabino Pinzón⁵, después de analizar las características de la sociedad de responsabilidad limitada y compararlas con las de la sociedad anónima, conforme a lo dispuesto por el Código de Comercio de 1971, concluye que dicha sociedad de responsabilidad limitada está tratada como una compañía de capitales. Por su parte, Narváez García⁶ estima que el régimen legal adoptado en el Código de Comercio para la compañía de responsabilidad limitada la concibe con una estructura autónoma y en verdad sui generis frente a los otros tipos sociales, y aunque algunos preceptos ponen de manifiesto la presencia del intuitus personae no se asemeja a la colectiva.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral,⁷ al examinar los alcances del artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo, que establece la responsabilidad de los partícipes de sociedades de personas hasta el límite de la responsabilidad de cada socio, frente al régimen de la sociedad de responsabilidad en el nuevo Código de Comercio, concluyó que las sociedades de responsabilidad limitada quedan comprendidas, para los efectos de esa responsabilidad laboral, dentro del grupo de las sociedades de personas.

Así las cosas, será la jurisprudencia la que finalmente defina cuáles sociedades quedan comprendidas dentro de la categoría de sociedades de personas, a menos que el legislador en el proyecto de reforma a la ley 80 de 1993 que cursa actualmente en el Congreso de la República opte por modificar la norma comentada para ajustarla a la clasificación adoptada en el Código de Comercio, con lo cual se despejarán dudas y se ahorrarán discusiones y litigios.

Respecto de las sociedades anónimas no hay duda que son de capitales, tanto la jurisprudencia como la doctrina coinciden en clasificarlas en dicha categoría.

Por consiguiente, si la sociedad contratista a la cual se le declara la caducidad del contrato es una sociedad anónima, los socios de ésta no quedan consecuencialmente inhabilitados, como tampoco la sociedad, de cualquier tipo, que aquellos formen posteriormente.

1.1.3 Inhabilidad como consecuencia de la declaratoria de caducidad, cuando se trata de una sociedad que se propuso constituir para celebrar un contrato. Como se dijo atrás, el caso reseñado en la consulta fue analizado por la Sala en el Concepto número 1283, en cuanto a los efectos de la declaratoria de caducidad respecto a los socios de una sociedad contratista que, en ejercicio de la facultad estatuida en el parágrafo 2 del artículo 32 de la ley 80, había sido propuesta para celebrar un contrato de concesión para la construcción de una obra pública. En el mencionado concepto, la Sala expresó:

"La inhabilidad para contratar constituye uno de los efectos jurídicos de las sanciones, bien sean éstas penales, administrativas, disciplinarias o fiscales, impuestas a los sujetos de derecho con capacidad de obrar, con el objeto de marginarlos del proceso de contratación administrativa y proteger el interés público, que es el fin de ésta. Para la configuración jurídica de la inhabilidad, es preciso que exista una sentencia judicial que imponga al proponente la pena de interdicción de derechos y funciones públicas, o que haya declarado la nulidad absoluta del contrato, o de la adjudicación de la licitación, o que, como en el caso de la consulta, exista un acto administrativo mediante el cual se haya declarado la caducidad del contrato, o se haya hecho efectiva la garantía de seriedad de la propuesta. La prohibición legal para participar en licitaciones o concursos o para contratar, sólo se configura cuando la sentencia judicial se encuentre ejecutoriada o el acto administrativo en firme; a partir de la fecha de la una o del otro, empieza a contarse el término de duración de la inhabilidad que es de cinco años, según lo dispone el inciso final del numeral 1 del artículo 8 de la ley 80. Es decir, en el caso que ocupa a la Sala no se requiere de proceso alguno ni de la expedición de un acto administrativo especial para imponer la inhabilidad, toda vez que la misma se configura con la ejecutoria del acto administrativo en el cual se declara la caducidad.

Es de anotar, que en la parte considerativa de la Resolución 002282 del 20 de junio del año 2000, en la cual el INVIAS declaró la caducidad del contrato, al referirse a la solidaridad establecida por la misma entidad en el numeral 1.4.5. del pliego de condiciones, se advierte: "por consiguiente todos y cada uno de los socios de la constituida Sociedad Concesionaria del Magdalena Medio, son solidariamente responsables para todos los efectos entre sí y con la sociedad conformada, entendidos estos, únicamente desde la perspectiva patrimonial", lo que, aunado al hecho de que en el artículo segundo se haya dispuesto que la sociedad concesionaria quedaría inhabilitada para contratar con el Estado por el

término de cinco años sin hacer mención expresa de cada uno de los socios en particular, puede llevar a pensar que éstos no quedan afectados por dicha inhabilidad. Sin embargo, para la Sala esta redacción un poco confusa no desvirtúa la responsabilidad que frente a las inhabilidades les compete a cada una de las firmas que conformaron la Sociedad y como quiera que la norma que fijó el tipo de responsabilidad para esta clase de asociaciones aparece claramente señalada en el parágrafo 3 del artículo 7 de la ley 80, ha de entenderse que la inhabilidad para participar en licitaciones y concursos o para contratar con el Estado por el término de cinco años, se hace extensiva a todos y cada uno de los socios de la misma, salvo el caso de las entidades estatales que hacen parte de ella en la forma explicada anteriormente.

La Sala estima oportuno revisar el anterior criterio, para lo cual analizará a continuación los aspectos que fundamentan la rectificación de la doctrina citada.

1. Según el parágrafo 3 del artículo 7 de la ley 80, en los casos en que se conformen sociedades bajo cualquiera de las modalidades previstas en la ley con el único objeto de presentar una propuesta, celebrar y ejecutar un contrato estatal, la responsabilidad y sus efectos se regirán por las disposiciones previstas en esta ley para los consorcios. En éstos, conforme dispone el numeral 1 del mismo artículo, *las personas que lo conforman responden solidariamente de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato*. En consecuencia, agrega la misma norma, las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato, afectarán a todos los miembros que lo conforman.

2. Obligaciones solidarias o in solidum son aquellas en que por virtud de la convención, del testamento o de la ley puede exigirse a cada uno de los deudores o por cada uno de los acreedores el total de la deuda (art. 1568 C.C.). En un contrato la deuda es lo que cada parte se obliga a dar, hacer o no hacer. Por tanto, la responsabilidad solidaria determina, en principio, que a cada uno de los contratistas se le puede exigir que cumpla el objeto de lo propuesto o contratado, esto es, lo que ellos se obligaron a dar, hacer o no hacer. Se dice en principio, porque puede ocurrir que, a pesar de ser exigible el cumplimiento de la obligación a uno de los deudores, se requiera la concurrencia de todos los proponentes, como es el caso de una promesa de constitución de sociedad. La obligación solidaria tiene un significado patrimonial y su alcance está reglamentado en el título IX del libro 4 del Código Civil.

La responsabilidad de los miembros de los consorcios, así como la que adquieren quienes conformen sociedades bajo cualquiera de las modalidades previstas en la ley con el único objeto de presentar una propuesta, celebrar y ejecutar un contrato estatal, es solidaria por expreso mandato de la ley. Así lo ordena el artículo 7 numeral 1 de la ley 80, al cual remite el parágrafo 3 de la misma norma. Dicha responsabilidad solidaria se genera por las actuaciones, hechos y omisiones relacionados con las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato.

Lo anterior significa que para el caso previsto en el parágrafo 2 del artículo 32 de la ley 80, las personas que suscriban el documento de intención consistente en una promesa de contrato de sociedad cuyo perfeccionamiento se sujetará a la condición de que el contrato se le adjudique, quedan comprometidas solidariamente por las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato, hasta cuando se cumpla íntegramente el objeto de aquella y éste. Por tanto, si durante el desarrollo de la propuesta o el contrato adjudicado uno o varios socios de la sociedad constituida transfieren sus partes de interés, cuotas o acciones en ella a un tercero, dicho socio o socios no quedan por ese hecho liberados de la responsabilidad solidaria, por cuanto ella tiene su fuente en la ley, y no es en relación con las obligaciones que emanan del contrato de sociedad sino de las obligaciones derivadas de la propuesta y el contrato, a las cuales quedan ligados los socios desde el momento en que suscriben el documento de intención.

La inhabilidad es la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos, lo que constituye una incapacidad particular, según lo dispuesto en el inciso 3 del artículo 1504 del Código Civil, modificado por el artículo 60 del decreto 2820 de 1974. Las causales de inhabilidad son, por consiguiente, las taxativamente consignadas en la ley.

La inhabilidad en materia penal y disciplinaria está prevista como una sanción, mientras en la ley 80 de 1993 y en los Códigos Civil y de Comercio se produce como consecuencia de la ocurrencia del hecho, o de hallarse en la circunstancia que describa el ordenamiento jurídico, y respecto del sujeto o sujetos que indique la norma que determina la inhabilidad.

El artículo 7 de la ley 80 no establece inhabilidades, éstas se rigen por lo dispuesto en los artículos 8 y 58 de la misma ley. Por consiguiente, las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato, en el que sea contratista un consorcio o sociedad, sólo afectarán con inhabilidad a quienes queden comprendidos en una de las causales taxativamente señaladas en la ley, para que ella se configure. Dicho de otra manera, hay que deslindar la responsabilidad solidaria de carácter patrimonial de las inhabilidades, por cuanto cada institución tiene su régimen propio; de la misma manera que se deslinda la responsabilidad civil de la penal, o ésta de la disciplinaria. Este deslinde se sustenta en lo dispuesto en los artículos 50 a 58 de la ley 80 y en el último inciso del artículo 18, que para el caso de la declaratoria de caducidad señala que el contratista se hará acreedor "a las sanciones e inhabilidades previstas en esta ley ", esto es, que dichas normas separan los fenómenos y determinan que los efectos de cada uno son conforme a lo que para cada evento prescriba la ley.

Por tanto, si se declara la caducidad, para determinar la inhabilidad es preciso analizar el caso concreto en relación con las causales previstas en la ley 80. En el evento que sirve de causa a esta consulta, encontramos que a una sociedad anónima contratista se le declaró la caducidad del contrato; esta situación, conforme a lo dispuesto en el literal i) del numeral 1 del artículo 8 de la ley 80, acarrea inhabilidad sólo para los socios de sociedades de personas más no para los de las sociedades de capitales, como son las sociedades anónimas.

Por ejemplo, si la sociedad anónima "X" celebró un contrato con una entidad estatal y durante la ejecución del mismo se produce la declaratoria de caducidad, este hecho no acarreará inhabilidad a sus accionistas, por razón del principio establecido en el literal i). La inhabilidad afectará únicamente a la sociedad anónima "X".

De igual manera, si la sociedad anónima "X" participa con muchas otras personas en la propuesta que promete constituir una sociedad anónima "Y" que ha de celebrar un contrato de concesión de obra pública y, celebrado el contrato, durante su ejecución se produce la declaratoria de caducidad por incumplimiento de la sociedad "Y" constituida, tal declaratoria afectará de inhabilidad a la sociedad "Y", pero no a los socios de dicha sociedad anónima, entre ellos a la sociedad "X", por cuanto ese hecho no está previsto como causal de inhabilidad, dado que el literal i) del artículo 8 cubre con inhabilidad sólo a los socios de sociedades de personas y no a los accionistas de sociedades de capital.

En consecuencia, los accionistas de una sociedad anónima a la cual se le declare la caducidad no quedan inhabilitados por disponerlo así la ley, que es la que determina taxativamente las causales de inhabilidad.

Un planteamiento semejante hizo la Sala en el Concepto número 1172 de marzo 3 de 1999, al referirse a la causal de inhabilidad estatuida en el literal e) del artículo 8: "Quienes sin justa causa se abstengan de suscribir el contrato estatal adjudicado". Dijo la Sala: "es conveniente notar que la inhabilidad surge si la persona no se ha presentado a firmar el contrato o se ha negado a hacerlo "sin justa causa", ya que es evidente que si tiene un motivo válido que justifique su abstención, mal podría darle la ley esa consecuencia a su conducta". Y agregó: "*Ahora bien, la norma de la inhabilidad señala expresamente que se aplica a quienes "sin justa causa" se abstengan de firmar el contrato adjudicado, de manera que, a contrario sensu, si uno de los integrantes del grupo proponente demuestra una causa justa para la abstención no se presenta la inhabilidad respecto de él*".

1.2 Análisis de la norma sobre las inhabilidades e incompatibilidades sobrevinientes en los contratos estatales y la proyectada sociedad para la cesión. La ley 80 de 1993, en el artículo 9, establece:

"De las inhabilidades e incompatibilidades sobrevinientes.- Si llegare a sobrevenir inhabilidad o incompatibilidad en el contratista, este cederá el contrato previa autorización escrita de la entidad contratante o, si ello no fuere posible, renunciará a su ejecución.

Cuando la inhabilidad o incompatibilidad sobrevenga en un proponente dentro de una licitación o concurso, se entenderá que renuncia a la participación en el proceso de selección y a los derechos surgidos del mismo.

Si la inhabilidad o incompatibilidad sobreviene en uno de los miembros de un consorcio o unión temporal, este cederá su participación a un tercero previa autorización escrita de la entidad contratante. En ningún caso podrá haber cesión del contrato entre quienes integran el consorcio o unión temporal".

Este artículo fue declarado exequible por la Corte Constitucional, mediante la Sentencia No. C-221 del 16 de mayo de 1996, en la cual se expresó lo siguiente:

"A juicio de la Corte, en nada se ofende el imperio de la Constitución por haberse establecido que el hecho de sobrevenir una causal de inhabilidad o incompatibilidad en cabeza de quien ya es contratista da lugar a la obligación de éste de ceder el contrato previa autorización escrita de la entidad contratante, o a la de renunciar a su ejecución si aquello no fuere posible. Tampoco se vulnera la Carta por consagrar que quien participa en un proceso de licitación o concurso y resulta intempestivamente afectado por inhabilidades o incompatibilidades deba renunciar a dicha participación, ni se desconoce la normatividad superior por prever, como lo hace la norma, la cesión en favor de un tercero de la participación en el consorcio o unión temporal que licita o es contratista cuando la causa de inhabilidad o incompatibilidad se radica en uno de sus miembros.

Se trata de evitar en tales casos que el contratista, pese a su situación, prosiga vinculado contractualmente con el Estado, o que el aspirante a serlo continúe tomando parte en los procesos de adjudicación y selección, y ello independientemente de si la persona incurrió en la causal correspondiente por su propia voluntad o por un motivo ajeno o externo a su deseo, puesto que la ley parte del supuesto, enteramente ajustado a la Carta, de que en las aludidas condiciones, de todas maneras, no es posible ya la contratación, por lo cual debe interrumpirse si se ha iniciado, o impedir que se perfeccione con el afectado en el evento de que todavía no exista vínculo contractual".

En el presente caso, si existiera la inhabilidad sobreviniente, la norma a aplicar la constituye el inciso primero del citado artículo, y es por ello que la sociedad Wackenhut de Colombia S.A. ha solicitado al INVIAS que le permita ceder el contrato a una sociedad que habría de constituirse, la cual sería también una sociedad subordinada de la misma matriz de la Wackenhut, con lo cual no se podría hablar en realidad, de que el contrato se cediera a un tercero, que es lo que debe acontecer en una cesión de contrato (art. 887 Código de Comercio), pues la transferencia del contrato se haría de una subordinada a otra subordinada de la sociedad matriz que las controla, lo que significa que en el fondo sigue siendo ésta la que se beneficia con el contrato.

Según la consulta, la Wackenhut, que es una sociedad anónima, ha planteado que la sociedad que se constituiría sería también una anónima, de manera que no se presente la inhabilidad establecida en el literal i) del numeral 1 del artículo 8 de la ley 80 de 1993, que dispone que son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales, 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 y por este aspecto del tipo societario, no habría lugar a la aplicación de esta inhabilidad, máxime que, como ha sido aceptado unánimemente por la jurisprudencia y la doctrina, las inhabilidades e incompatibilidades para celebrar contratos estatales son taxativas y de interpretación restrictiva, por lo cual no admiten interpretaciones analógicas o extensivas.

De otro lado, no se podría afirmar que la solución planteada iría en contra de los principios de transparencia, economía y responsabilidad que informan la contratación estatal, pues no estaría propiamente en contradicción con los mandatos que integran estos principios, de acuerdo con los artículos 23 a 26 de la ley 80 de 1993, ya que éstos no contemplaron la situación de cesión de contrato.

Lo que sucede es que la sociedad propuesta para la cesión no es en realidad de verdad, un tercero, al cual válidamente se le pudiera traspasar el contrato, puesto que se trataría de otra sociedad subordinada a la misma matriz, la cual por su dominio jurídico o económico sobre ella, le podría imponer su decisiones y su criterio sobre el manejo y la ejecución del contrato.

Conviene analizar la figura de la sociedad matriz y las subordinadas (filiales y subsidiarias), respecto de las cuales la ley 222 de 1995 introdujo modificaciones al Código de Comercio.

1.2.1 La sociedad matriz y las sociedades subordinadas. La teoría clásica según la cual la sociedad comercial constituye una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados, que conserva el Código de Comercio en el inciso segundo del artículo 98, ha sido atemperada e incluso modificada por la teoría del control jurídico y económico, establecida para hacer frente a la realidad contemporánea de grupos económicos y de vinculaciones societarias cada vez más complejas.

Es así como diversas legislaciones en los países han introducido normas que buscan reglamentar esta realidad y proteger los intereses de los asociados y de la comunidad en general.

La ley 222 de 1995, por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, sobre las sociedades comerciales, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones, cambió varios aspectos de las sociedades matrices y subordinadas.

El artículo 26 de esa ley subrogó el artículo 260 del Código de Comercio para establecer el principio fundamental de la subordinación en la siguiente forma:

"Subordinación.- Una sociedad será subordinada o controlada cuando su poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad de otra u otras personas que serán su matriz o controlante, bien sea directamente, caso en el cual aquélla se denominará filial o con el concurso o por intermedio de las subordinadas de la matriz, en cuyo caso se llamará subsidiaria".

Como se observa, de acuerdo con esta norma, el poder de decisión de la sociedad subordinada se encuentra sometido a la voluntad de la sociedad matriz o controlante, con lo cual se deduce que ceder un contrato estatal de una sociedad subordinada a otra subordinada de la misma matriz, no implica un traslado efectivo de las obligaciones y responsabilidades del contrato, por cuanto el poder de decisión de ambas se halla sujeto al criterio y dirección de una única sociedad: la controlante.

En estas circunstancias, no puede hablarse de cesión del contrato a un tercero, esto es, a una sociedad distinta, ajena por completo a las partes contratantes, como lo exige el artículo 887 del Código de Comercio para que se tipifique la figura de la cesión de contrato.

Cabe señalar que las normas comerciales tienen aplicación en materia de contratos estatales, de conformidad con lo preceptuado por los artículos 13, 32 y 40 de la ley 80 de 1993.

Ahora bien, los eventos legales de subordinación de sociedades fueron establecidos por el artículo 27 de la ley 222 de 1995, que subrogó el artículo 261 del Código de Comercio, el cual quedó en los siguientes términos:

"Presunciones de subordinación.- Será subordinada una sociedad cuando se encuentre en uno o más de los siguientes casos:

1. Cuando más del cincuenta por ciento (50%) del capital pertenezca a la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de sus subordinadas, o de las subordinadas de éstas. Para tal efecto, no se computarán las acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto.
2. Cuando la matriz y las subordinadas tengan conjunta o separadamente el derecho de emitir los votos constitutivos de la mayoría mínima decisoria en la junta de socios o en la asamblea, o tengan el número de votos necesario para elegir la mayoría de miembros de la junta directiva, si la hubiere.
3. Cuando la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de las subordinadas, en razón de un acto o negocio con la sociedad controlada o con sus socios, ejerza influencia dominante en las decisiones de los órganos de administración de la sociedad.

Parágrafo 1. Igualmente habrá subordinación, para todos los efectos legales, cuando el control conforme a los supuestos previstos en el presente artículo, sea ejercido por una o varias personas naturales o jurídicas de naturaleza no societaria, bien sea directamente o por intermedio o con el concurso de entidades en las cuales éstas posean más del cincuenta por ciento (50%) del capital o configure la mayoría mínima para la toma de decisiones o ejerzan influencia dominante en la dirección o toma de decisiones de la entidad.

Parágrafo 2. Así mismo, una sociedad se considera subordinada cuando el control sea ejercido por otra sociedad, por intermedio o con el concurso de alguna o algunas de las entidades mencionadas en el Parágrafo anterior".

Como se aprecia, en varios apartes de la norma se menciona el ejercicio de la influencia dominante de la sociedad matriz sobre la controlada, como ocurre en el tercer numeral, nuevo en la legislación mercantil colombiana, en donde la subordinación es económica, en virtud de un negocio importante, como por ejemplo una franquicia, de la cual depende la actividad comercial de la subordinada.

Tal influencia, como lo precisa la norma, se ejerce sobre las decisiones de los órganos de administración de la sociedad controlada.

La ley 222 de 1995 quiso ir más allá de la vinculación jurídica y económica y estableció la noción de grupo empresarial en el artículo 28, el cual dispuso:

"Grupo empresarial.- Habrá grupo empresarial cuando además del vínculo de subordinación, exista entre las entidades unidad de propósito y dirección.

Se entenderá que existe unidad de propósito y dirección cuando la existencia y actividades de todas las entidades persigan la consecución de un objetivo determinado por la matriz o controlante en virtud de la dirección que ejerce sobre el conjunto, sin perjuicio del desarrollo individual del objeto social o actividad de cada una de ellas.

Corresponderá a la Superintendencia de Sociedades, o en su caso a la de Valores o Bancaria, determinar la existencia del grupo empresarial cuando exista discrepancia sobre los supuestos que lo originan".

En suma, cuando al vínculo de subordinación, se agrega una unidad de propósito y dirección de las sociedades, de acuerdo con el objetivo trazado por la matriz o controlante, se debe hablar de grupo empresarial, el cual cohesionada e integra las decisiones de las subordinadas.

Se ha planteado en la consulta, la posibilidad de acudir a la figura del levantamiento del velo corporativo para determinar los vínculos de subordinación de la Wackenhut y la sociedad propuesta con la controlante, razón por la cual resulta oportuno hacer una reflexión en torno a esta figura.

El levantamiento del velo corporativo de las sociedades comerciales. La ley 190 de 1995, llamada estatuto anticorrupción, introdujo en la legislación colombiana la figura del levantamiento del velo corporativo de las personas jurídicas, conocida en el derecho anglosajón como "lifting the corporate veil" o "disregard of legal entity" y desarrollada últimamente por la doctrina española, con la finalidad de evitar la comisión de actos ilícitos o irregulares por una sociedad interpuesta y encontrar el beneficiario real de una operación o actividad comercial.

El artículo 44 de la mencionada ley dispuso:

"Las autoridades judiciales podrán levantar el velo corporativo de las personas jurídicas cuando fuere necesario determinar el verdadero beneficiario de las actividades adelantadas por ésta (sic)".

Es de observar que la facultad que confiere esta norma, se otorga a las autoridades judiciales, no a las administrativas. Sin embargo, una norma distinta, el artículo 265 del Código de Comercio subrogado por el artículo 31 de la ley 222 de 1995, concede a los organismos de inspección, vigilancia o control, como son las Superintendencias de Sociedades, de Valores y Bancaria, en sus respectivos campos de acción, la facultad de "comprobar la realidad de las operaciones que se celebren entre una sociedad y sus vinculados".

Respecto de la norma en mención, señaló la Sección Tercera de esta Corporación, en sentencia del 19 de agosto de 1999 (Rad. 10.641), lo siguiente:

"Esta disposición tiene como objeto evitar que mediante la constitución de una sociedad se burlen las prohibiciones e incompatibilidades existentes para las personas naturales, se dificulte la investigación de los delitos contra la administración pública o se legalicen y oculten los bienes provenientes de actividades ilícitas. Con tal finalidad la sociedad ya no será una persona distinta de los socios, sino que se levantará el velo corporativo (*lifting the corporate veil*) y se descubrirá el beneficio oculto" (páginas 30 y 31).

Sin embargo, en el caso de una sociedad matriz y sus subordinadas, sean filiales o subsidiarias, no se advierte que fuera indispensable acudir a la figura del levantamiento del velo corporativo, para encontrar sus vínculos de subordinación, por cuanto el artículo 30 de la ley 222 de 1995 establece que cuando se tipifique una situación de control, la sociedad controlante debe elaborar un documento con la identificación de sus vinculados y la mención del presupuesto que da origen a la subordinación, el cual debe ser inscrito en el registro mercantil correspondiente a cada uno de los vinculados. Lo mismo acontece en el caso de un grupo empresarial.

La norma confiere facultades a las Superintendencias para hacer cumplir esta obligación y dispone que las Cámaras de Comercio deben certificar la calidad de matriz o de subordinada de la sociedad.

Finalmente, la norma contiene la exigencia de que cualquier modificación a la situación de control o del grupo debe inscribirse en el registro mercantil.

El artículo 30 de la ley 222 de 1995 establece exactamente lo siguiente:

"Obligatoriedad de inscripción en el registro mercantil.- Cuando de conformidad con lo previsto en los artículos 260 y 261 del Código de Comercio, se configure una situación de control, la sociedad controlante lo hará constar en documento privado que deberá contener el nombre, domicilio, nacionalidad y actividad de los vinculados, así como el presupuesto que da lugar a la situación de control. Dicho documento deberá presentarse para su inscripción en el registro mercantil correspondiente a la circunscripción de cada uno de los vinculados, dentro de los treinta días siguientes a la configuración de la situación de control.

Si vencido el plazo a que se refiere el inciso anterior, no se hubiere efectuado la inscripción a que alude este artículo, la Superintendencia de Sociedades, o en su caso la de Valores o Bancaria, de oficio o a solicitud de cualquier interesado, declarará la situación de vinculación y ordenará la inscripción en el registro mercantil, sin perjuicio de la imposición de las multas a que haya lugar por dicha omisión.

En los casos en que se den los supuestos para que exista grupo empresarial se aplicará la presente disposición. No obstante, cumplido el requisito de inscripción del grupo empresarial en el registro mercantil, no será necesaria la inscripción de la situación de control entre las sociedades que lo conforman.

Parágrafo 1. Las Cámaras de Comercio estarán obligadas a hacer constar en el certificado de existencia y representación legal la calidad de matriz o subordinada que tenga la sociedad así como su vinculación a un grupo empresarial, de acuerdo con los criterios previstos en la presente ley.

Parágrafo 2. Toda modificación de la situación de control o del grupo, se inscribirá en el registro mercantil. Cuando dicho requisito se omita, la entidad estatal que ejerza la inspección, vigilancia o control de cualquiera de las vinculadas podrá en los términos señalados en este artículo, ordenar la inscripción correspondiente".

Con base en esta norma se deduce que no sería necesario el levantamiento del velo corporativo de las sociedades, para determinar cuál es la matriz o controlante y cuáles las subordinadas, porque bastaría con los certificados de las cámaras de comercio en los cuales consten tales calidades, que deben estar inscritas en los respectivos registros mercantiles, con sus modificaciones.

Por último, conviene precisar que la posibilidad de levantar el velo corporativo de la persona jurídica no significa, para el caso de las sociedades anónimas, que por dicha vía pueda determinarse que los accionistas de una específica sociedad anónima contratista están inhabilitados por haberse declarado la caducidad del contrato a la misma. Tal inhabilidad no existe porque la norma que la tipifica no la predica de las sociedades de capital, como es la anónima. Dicho de otra manera, las causales de inhabilidad no se modifican por la norma que permite levantar el velo corporativo, sino que dicho procedimiento simplemente permite verificar si en la respectiva persona jurídica se da un caso de inhabilidad o incompatibilidad tipificados en las normas especiales que regulan tales materias.

La autorización de la cesión del contrato no es obligatoria para la entidad estatal. El inciso primero del artículo 9 de la ley 80 de 1993, dispone que en el evento en que llegare a sobrevenir una inhabilidad o incompatibilidad en el contratista, éste cederá el contrato "previa autorización escrita de la entidad contratante" o, si ello no fuere posible, renunciará a su ejecución.

La autorización constituye un permiso que da la entidad estatal a la sociedad contratista para ceder el contrato y como tal, no es obligatoria para la entidad, puesto que ésta como parte del contrato debe analizar si la cesión es procedente jurídicamente, si le conviene a la entidad misma y si cumple con los fines de la contratación estatal.

De hecho, al prever la norma que si la cesión no fuere posible, el contratista deberá renunciar a la ejecución del contrato, está considerando tácitamente que la autorización no es obligatoria, pues contempla que habrá casos en que la cesión no es factible y necesariamente se deberá negar la autorización.

De otra parte, los contratos estatales son *intuitu personae*, según lo establece el inciso tercero del artículo 41 de la ley 80 de 1993, lo cual, en armonía con lo dispuesto por el inciso segundo del artículo 887 del Código de Comercio, significa que para la cesión del contrato, la entidad debe evaluar las capacidades de la sociedad que se le propone como cesionaria y decidir libremente si la acepta o no, de acuerdo con el principio de la autonomía de la voluntad que le reconocen el inciso primero del artículo 32 y el inciso segundo del artículo 40 de la ley y teniendo en cuenta la protección de los derechos de la entidad, que le asigna, aunque no de manera exclusiva, el numeral 1 del artículo 26 de la misma y los fines de la contratación estatal mencionados en el artículo 3 de ésta.

LA SALA RESPONDE

Previamente a las respuestas, la Sala considera pertinente rectificar la tesis expresada en el concepto número 1283 del 4 de septiembre de 2000, en el sentido de que cuando a una sociedad se le declara la caducidad de un contrato estatal, recae sobre ella la inhabilidad establecida en el literal c) del numeral 1 del artículo 8 de la ley 80 de 1993, cualquiera que sea la clase de sociedad; y en cuanto a los socios, la inhabilidad recae sobre los socios de las sociedades de personas a las cuales se haya declarado la caducidad, no sobre los socios de las sociedades de capital, de acuerdo con lo dispuesto por el literal i) del mismo numeral del citado artículo, el cual, por referirse a inhabilidades e incompatibilidades para contratar, tiene carácter taxativo.

2.1 La cesión de los Contratos de Concesión Nos.239 y 240 de 1999 celebrados entre el INVIAS y Wackenhut de Colombia S.A., propuesta por ésta en favor de una sociedad anónima que se constituiría y que sería subordinada de la misma sociedad matriz de la Wackenhut, si bien no infringiría los principios de la contratación, tal como están señalados en los artículos 23 a 26 de la ley 80 de 1993 y no estaría tipificada en la inhabilidad mencionada en el literal i) del numeral 1 del artículo 8 de la misma ley, no es procedente, por cuanto la sociedad proyectada no sería jurídicamente un tercero, conforme lo exige la cesión de un contrato de acuerdo con el artículo 887 del Código de Comercio, ya que su poder de decisión se encontraría sometido a la voluntad de la misma sociedad matriz o controlante de la cedente, según lo dispuesto por el artículo 260 del Código de Comercio, subrogado por el artículo 26 de la ley 222 de 1995.

2.2 No se requiere la medida del levantamiento del velo corporativo, previsto en el artículo 44 de la ley 190 de 1995, respecto de la Wackenhut de Colombia S.A. y de la sociedad proyectada, para determinar que la sociedad matriz de ambas es la misma, por cuanto de acuerdo con el parágrafo 1 del artículo 30 de la ley 222 de 1995, tal información puede ser obtenida con los certificados de existencia y representación legal de las sociedades, expedidos por las Cámaras de Comercio.

2.3 No es obligatorio para la entidad estatal aceptar la cesión del contrato propuesta por el contratista, al cual se le presentó una inhabilidad sobreviniente de conformidad con el inciso primero del artículo 9 de la ley 80 de 1993.

Los criterios jurídicos que debe tener en cuenta la entidad estatal para aceptar o negar dicha cesión de contrato, son verificar si la cesión es procedente o no de acuerdo con las normas legales, proteger los derechos de la entidad (art. 21-1 ley 80 /93), observar el carácter de *intuitu*

personae que tienen los contratos estatales (inc. tercero art. 41 *ibídem*) y por ende, analizar la capacidad, organización y experiencia del cesionario propuesto, ejercer la autonomía de la voluntad (inc. primero art. 32 e inc. segundo art. 40, *ibídem*) y buscar alcanzar los fines de la contratación estatal (art. 3 *ibídem*).

Transcribese al señor Ministro de Transporte. Igualmente, envíese copia a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

AUGUSTO TREJOS JARAMILLO

CESAR HOYOS SALAZAR

Presidente de la Sala

LUIS CAMILO OSORIO ISAZA

FLAVIO AUGUSTO RODRIGUEZ ARCE

ELIZABETH CASTRO REYES

Secretaria de la Sala

DECLARATORIA DE CADUCIDAD - Inhabilidad de socios / INHABILIDAD SOBREVINIENTE DE CONTRATISTA - Contrato de concesión / CONSORCIO - Inhabilidad y responsabilidad / RESPONSABILIDAD DE CONSORCIO - Regulación legal

Las principales conclusiones de la ponencia respecto del caso particular, a mi juicio, se apartan del alcance de las normas que regulan el régimen de la responsabilidad de los consorcios, el cual no es dable distinguirlo del régimen de inhabilidades generado con ocasión de la declaratoria de caducidad del contrato de concesión celebrado. En efecto, las normas de la ley 80 de 1993 son de aplicación prevalente frente a las de los códigos civil y comercial, las cuales sólo tienen carácter supletorio de aquéllas. Así, al regular tal ley la responsabilidad de los consorcios de manera expresa y especial, a sus preceptos debe atenderse el intérprete. En este orden de ideas, considero que todos los socios privados de la "Sociedad Concesionaria del Magdalena Medio S.A., sociedad de objeto único, de la cual es socia la firma "Wackenhut de Colombia S.A.", están inhabilitados para contratar con el Estado, por razón de la declaratoria de caducidad y en atención a la normatividad especial que regula el caso.

NOTA DE RELATORIA: 1) Autorizada la publicación con oficio 016158 de 22 de junio de 2001. 2) El revisado fue el concepto 1283 del 17/08/00 de la Sala de Consulta del Consejo de Estado

SALVAMENTO DE VOTO

CONSEJERO FLAVIO AUGUSTO RODRIGUEZ ARCE

Bogotá. D. C., veinticuatro (24) de mayo de dos mil uno (2001)

Radicación No. 1.346

Referencia : Contratación Estatal. Inhabilidad sobreviniente por declaratoria de caducidad de un contrato. Cesión de otros contratos.

Las principales conclusiones de la ponencia respecto del caso particular, a mi juicio, se apartan del alcance de las normas que regulan el régimen de la responsabilidad de los consorcios, el cual no es dable distinguirlo del régimen de inhabilidades generado con ocasión de la declaratoria de caducidad del contrato de concesión celebrado.

En efecto, las normas de la ley 80 de 1993 son de aplicación prevalente frente a las de los códigos civil y comercial, las cuales sólo tienen carácter supletorio de aquéllas. Así, al regular tal ley la responsabilidad de los consorcios de manera expresa y especial, a sus preceptos debe atenderse el intérprete.

En este orden de ideas, considero que todos los socios privados de la "Sociedad Concesionaria del Magdalena Medio S.A.", sociedad de objeto único, de la cual es socia la firma "Wackenhut de Colombia S.A.", están inhabilitados para contratar con el Estado, por razón de la declaratoria de caducidad y en atención a la normatividad especial que regula el caso.

1. Conforme al artículo 7, numeral 1 de la ley 80, las personas que concurren a conformar el consorcio, responden solidariamente de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la "propuesta y del contrato", por lo que, en consecuencia, las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo "de la propuesta y del contrato, afectarán a todos los miembros que lo conforman".

Es decir, se trata de una solidaridad legal con una gran extensión, por cuanto no sólo se limita a "todas y cada una de las obligaciones", sino que también comprende "las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato", lo cual explica su amplio alcance. Así, con ésta preceptiva sin duda, se incluyen los hechos y omisiones que dentro de la ejecución del contrato dan origen a la sanción administrativa de caducidad y, desde luego, también comprende la solidaridad legal todas sus consecuencias legales, como es, entre otras, la inhabilidad prevista en la ley - art. 8, lit. c) de la ley 80 -. Todo lo cual, como más adelante se precisa, obedece al interés directo que tienen los consorciados en el contrato que coyunturalmente celebra el consorcio, con o sin personería jurídica.

A diferencia de lo que ocurre en la unión temporal, en el consorcio las sanciones por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato, no hay lugar a individualizarlas teniendo en cuenta la participación en la ejecución del contrato; por lo mismo, el legislador dispuso la solidaridad de sus miembros, respecto de todas las incidencias que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato, una de las cuales es la declaratoria de caducidad.

Tal la razón por la cual no es válida la distinción que se hace entre responsabilidad patrimonial y las sanciones por incumplimiento de las obligaciones del contrato, la cual sólo es válida para las uniones temporales, en cuyo caso estas últimas se impondrán de acuerdo con la participación en la ejecución del mismo.

2. Según los términos del parágrafo 3 ibídem, en todos los casos en que se conformen sociedades "bajo cualquiera de las modalidades previstas en la ley" con el único objeto de "presentar una propuesta, celebrar y ejecutar un contrato estatal, la responsabilidad y sus efectos se regirá por las disposiciones previstas en esta ley para los consorcios", por lo que la modalidad bajo la cual se constituya la sociedad - de capitales o de personas - antes o con posterioridad a la adjudicación del contrato, resulta irrelevante para determinar el alcance de la responsabilidad y los efectos que de ella se derivan.

3. El artículo 8 ibídem, dispone que "son inhábiles para participar en licitaciones y para celebrar contratos con las entidades estatales", quienes dieron lugar a la declaratoria de caducidad (lit. c).

Es un hecho plenamente comprobado que a la "Sociedad Concesionaria del Magdalena Medio S.A.", le fue declarada la caducidad del contrato de concesión celebrado con INVIAS, razón por la cual está inhabilitada para celebrar contratos con entidades estatales.

Como consecuencia del mismo hecho y de la solidaridad consagrada en el artículo 7 en cita, todos los socios privados de la mencionada sociedad están inhabilitados igualmente para celebrar contratos con el Estado.

Así, como todos los socios de la sociedad concesionaria están inhabilitados en la forma dicha, no es viable jurídicamente que de manera directa celebren contratos, como tampoco en la forma propuesta por la firma "Wackenhut de Colombia S.A."

Como quiera que la inhabilidad prevista en el literal c) del artículo 8 sobrevino en todos los socios, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 ibídem, "Wackenhut de Colombia S.A." está obligada a ceder el contrato previa autorización escrita de INVIAS.

Dados los alcances del parágrafo 3 del artículo 7, la modalidad adoptada por la "Sociedad Concesionaria del Magdalena Medio S.A." y la sugerida para la sociedad propuesta por "Wackenhut" - del tipo de las anónimas -, tanto la una como la otra están en imposibilidad jurídica de contratar con entidades estatales. La disposición es enfática en deslindar la responsabilidad de la modalidad que revista la sociedad constituida y así a términos del numeral 1 del mismo precepto, por efecto de la solidaridad, cualquiera sea el tipo de sociedad, de capitales o de personas, las sanciones se extienden a todos los miembros que la conforman.

4. En este orden de ideas, no resulta procedente la distinción entre el régimen de las inhabilidades y el de la responsabilidad pues, sencillamente, todos los socios privados de la concesionaria a la cual se le declaró la caducidad son inhábiles para contratar con el Estado, así la sociedad que conformaron sea del tipo de las anónimas y, la que se ofrece constituir, sea de la misma clase.

5. Estas mismas razones son las que impiden aplicar el literal i) del artículo 8 que regula, para otros casos, la inhabilidad de "los socios de sociedades de personas a las cuales se les haya declarado la caducidad". En efecto, en el evento concreto se está en presencia de una causal autónoma de inhabilidad - literal c) ibídem -, originada también en la declaratoria de caducidad del contrato, pero que en los efectos se rige por la responsabilidad solidaria derivada de las sociedades conformadas "bajo cualquiera de las modalidades previstas en la ley con el único objeto de presentar una propuesta, celebrar y ejecutar un contrato estatal", según lo establecido en el numeral 1 y en el parágrafo 3 del artículo 7, de lo cual se sigue lo ya afirmado: la concesionaria y sus socios están inhabilitados para contratar con el Estado, sin importar el tipo de sociedad.

Además, a mi juicio, el entendimiento correcto del literal i) no es que sólo los socios de las sociedades de personas puedan ser cobijados por inhabilidad por razón de la declaratoria de caducidad. Por lo menos, debe hacerse una distinción: una cosa es que por razón de los intereses y de la naturaleza de las sociedades de capital, de amplia y permanente movilidad, no se involucre a sus accionistas en los efectos de las inhabilidades y, otra, que dada la naturaleza del consorcio y sus connotaciones en el sistema de contratación - mecanismo especial para garantizar la realización de megaproyectos -, el legislador exija, de manera expresa, una responsabilidad solidaria de todos los consorciados sin atender al tipo de sociedad, sea ésta constituida para efectos de formular propuesta o con posterioridad a la adjudicación para ejecutar el contrato; de manera que, como se ha explicado, aún tratándose de una sociedad de capitales, por mandato legal, la solidaridad afecta a todos los miembros que lo conforman.

El interés directo de los consorciados determina el alcance de su responsabilidad solidaria, la cual se aplica tanto al consorcio no societario como al societario, en este evento, de manera independiente de la modalidad de sociedad constituida - parág. 3, art. 7 en concordancia con el inciso 4 del parágrafo 2 del artículo 32 -6. Ahora bien, en el caso previsto en el parágrafo 2 del artículo 32 de la ley 80 no se trata, como lo afirma la ponencia, sólo de que "si durante el desarrollo de la propuesta o el contrato adjudicado uno o varios socios de la sociedad constituida transfieren sus partes de interés, cuotas o acciones en ella a un tercero, dicho socio o socios no quedan por ese hecho liberados de la responsabilidad solidaria, por cuanto ella tiene su fuente en la ley, y no es en relación con las obligaciones que emanan del contrato de sociedad sino de las obligaciones derivadas de la propuesta y el contrato, a las cuales quedan ligados los socios desde el momento en que suscriben el documento de intención", por cuanto el tema está claramente regulado en las normas citadas, y la cesión se efectúa en las mismas condiciones y con las limitaciones originales.

Lo fundamental, para el caso particular, es que por virtud de la solidaridad generada de la propuesta y la posterior adjudicación del contrato de concesión, en la forma como aconteció con la "Sociedad Concesionaria del Magdalena Medio S.A.", los socios privados de la concesionaria están todos inhabilitados para celebrar contratos con el Estado y deben ceder la participación que tienen en el Contrato No. 0388/97 por razón de la declaratoria de caducidad, así como los contratos 239 y 240, en el caso de la "Wackenhut", con motivo de la inhabilidad sobreviniente, independientemente de que la sociedad concesionaria sea del tipo de las anónimas.

7. Las anteriores conclusiones se refuerzan con lo dispuesto en el artículo 52 de la ley 80: "Los contratistas responderán civil y penalmente por sus acciones y omisiones en la actuación contractual en los términos de ley. Los consorcios (...) responderán por las acciones y omisiones de sus

integrantes, en los términos del artículo 7° de la ley".

8. En cuanto a la propuesta presentada por "Wackenhut" de constituir una sociedad anónima de la cual esta no sería socio, pero si lo sería con carácter mayoritario su sociedad matriz, con la intención de ceder los contratos celebrados con anterioridad, de una parte, permite confirmar la calidad de inhábil que tiene tal sociedad, razón por la cual debe, conforme al mandato legal, ceder los contratos Nos. 239 y 240 y, de otra, resaltar que como la finalidad de la ley es garantizar que la cesión se haga en un tercero funcionalmente hablando, ello implica que el cesionario debe ser no sólo una persona jurídicamente distinta de la contratista cedente sino, además, que no haya tenido o no tenga ningún interés en la formulación de la propuesta y en la celebración y ejecución del contrato. Otro entendimiento del deber legal de ceder los contratos, constituiría una burla a la ley, que persigue eliminar toda posibilidad de mantener relaciones jurídicas con quienes, por virtud del incumplimiento de sus obligaciones contractuales, están inhabilitados.

9. Finalmente, es preciso destacar que la sociedad en el consorcio es coyuntural - sólo para la celebración y ejecución del contrato - párrafo 2, inciso 4, artículo 32 - y que la responsabilidad, así como las inhabilidades, se extienden a los consorciados, dado que la ley entiende que estos son los contratistas, ejecutores e interesados directos del contrato. Esto resulta más evidente, cuando se toma en cuenta que para la propuesta y para la adjudicación del contrato se toman en cuenta los requisitos acreditados por los consorciados - capital, experiencia, etc. - y no los de la nueva sociedad, en caso de haberse ella constituido. Además el legislador, en este orden de ideas ha tomado en cuenta, que la vida del consorcio es temporal, mientras que la de los socios, en principio, puede extenderse mucho más allá.

Las anteriores consideraciones me llevan a separarme de la revisión doctrinaria vertida en la ponencia, como también de la conclusión conforme a la cual la cesión propuesta por "Wackenhut de Colombia S.A" mediante la constitución, en la forma dicha, de una sociedad anónima, "no infringiría los principios de la contratación (...) y no estaría tipificada en la inhabilidad mencionada en el literal i) del artículo 8". Esta convicción me releva de referirme al tema del levantamiento del velo corporativo tal como aparece en la ponencia.

FLAVIO AUGUSTO RODRIGUEZ ARCE

NOTAS DE PIE DE PAGINA

1 Diccionario de construcción y régimen de la lengua castellana. Instituto Caro y Cuervo, Bogotá, 1994, tomo 7, pág. 888.

2 Della società e delle associazione commerciale. Turin, 1902, t. I, págs. 584 y sgtes. Citado por Brunetti, Antonio. Tratado del derecho de las sociedades. Trad. Felipe de Solá Cañizares, UTEHA, Buenos Aires, 1960, tomo I, pág.153.

3 Sociedades comerciales. Temis, Bogotá, 1977, pág. 18

4 Teoría general de las sociedades. Legis, 8ª edición, Bogotá, 1998, págs. 73 - 75.

5 Sociedades comerciales. Tipos o formas de sociedad. Temis, 2ª edición, Volumen II, Bogotá, 1983 págs. 105 -112.

6 Derecho mercantil colombiano. Tipos de Sociedad. Legis, Bogotá, 1998, pág. 227

7 Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, sentencia de 26 de noviembre de 1992, radicación 5386. Jurisprudencia y Doctrina, tomo XXII, 1993, pág. 184. Posteriormente, reitero esta jurisprudencia en sentencia de mayo 10 de 1995, radicación 7189. Jurisprudencia y Doctrina, tomo XXIV, pág. 733.

Fecha y hora de creación: 2026-03-26 09:39:33