

OFICIO 220-001012 DEL 12 DE ENERO DE 2021

ASUNTO: ALGUNOS ASPECTOS SOBRE LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS IMPUESTAS EN MATERIA CONTRACTUAL.

Me remito a la comunicación radicada en esta Entidad con el número y fecha de la referencia, mediante la cual se solicita que se emita un concepto sobre los siguientes temas:

- 1. “Las sanciones aplicadas por la administración a las personas jurídicas de naturaleza S.A.S, relacionadas con, “declaratoria de caducidad de un contrato, incumplimiento y aplicación de clausula penal, son extensibles a los accionistas y/o representante legal.*
- 2. El representante legal de una S.A.S, que ha sido sancionada por concepto de “declaratoria de caducidad de un contrato, incumplimiento y aplicación de clausula penal, ¿podría participar en procesos de contratación pública, en nombre y/o representación de otra S.A.S, que no ha sido sancionada?”*

Aunque es sabido, es oportuno reiterar que en atención al derecho de petición en la modalidad de consulta, la Superintendencia de Sociedades con fundamento en los artículos 14 y 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, emite un concepto de carácter general sobre las materias a su cargo, que no se dirige a resolver situaciones de orden particular ni constituye asesoría encaminada a solucionar controversias, o determinar consecuencias jurídicas derivadas de actos o decisiones de los órganos de una sociedad determinada.

En este contexto, se explica que las respuestas en instancia consultiva no son vinculantes, ni comprometen la responsabilidad de la Entidad, como tampoco pueden condicionar el ejercicio de sus competencias administrativas o jurisdiccionales en un caso concreto.

Así mismo se reitera que, las respuestas en esta instancia no se dirigen a prestar asesoría a los particulares o sus apoderados sobre temas relacionados con los procesos que se tramitan ante la Entidad, máxime que la doctrina constitucional

sobre el ejercicio de funciones judiciales por las superintendencias, invariablemente exige, que los funcionarios administrativos que ejercen funciones judiciales, estén dotados de independencia e imparcialidad, doctrina que reitera la Sentencia C-1641 del 29 de noviembre de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero, en la que la H. Corte Constitucional advierte no le es dable a esta Superintendencia como autoridad administrativa, intervenir en asuntos que haya de conocer en ejercicio de facultades jurisdiccionales o administrativas, en relación con los cuales se debe pronunciar como juez en las instancias procesales a que haya lugar.

En consecuencia, esta Entidad se abstiene de pronunciarse sobre un caso particular que tenga la virtud de ser objeto pronunciamiento por vía judicial.

Igualmente, es de indicar al consultante que, en materia de contratación pública, ésta Entidad no es autoridad, toda vez que ésta consultas deben ser elevadas a la Unidad Administrativa Especial Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, de conformidad con lo determinado por el numeral 5º del artículo 3º del Decreto 4170 de 2011.

Con el alcance indicado, éste Despacho procede a realizar las siguientes consideraciones:

1. Esta Superintendencia ya se ha pronunciado al respecto de la diferenciación entre la persona jurídica “sociedad” y sus socios individualmente considerados:

“La personificación jurídica se reduce a un simple fenómeno de imputación de las consecuencias jurídicas que se siguen de una determinada conducta humana, como ha sido puesto de relieve por Kelsen. Ordinariamente, los derechos adquiridos y las obligaciones contraídas como consecuencia de una acción o de una omisión entran a formar parte del patrimonio del cual es titular el sujeto de derecho ("persona natural") con cuyo nombre se distingue al ser humano que ha ejecutado la conducta en cuestión. Pero no siempre sucede así y ocurre con gran frecuencia que los derechos y obligaciones que se derivan de la acción u omisión de un ser humano son atribuidos a otro sujeto de derecho, el cual puede ser o una "persona natural" o una "persona jurídica". El primer caso se presenta, por ejemplo, cuando una "persona natural" obra en nombre y en representación de otro sujeto de derecho también "persona natural"; en la segunda hipótesis, referida a las sociedades, hay que distinguir el sustrato real propio de esta especie de persona jurídica y el desarrollo técnico de dicha personificación, organizado alrededor del contrato social.

“El sustrato real de la personificación jurídica de la sociedad, que explica y justifica su razón de ser, consiste en el desarrollo conjunto de una actividad económica organizada, real y lícita.

En el orden jurídico se ha previsto que las relaciones de carácter económico sean canalizadas a través de contratos; y para el fenómeno real de la asociación de capitales y esfuerzos de varios individuos ha diseñado una forma o molde contractual especial, mediante el cual disciplina las relaciones entre los socios y, simultáneamente, establece que todas las acciones y omisiones relacionadas con el desarrollo de la empresa que vincula a los socios entre sí mantenga en el plano jurídico esa unidad que manifiestan en la vida real, imputando todos los derechos y las obligaciones que se derivan de tales conductas a un sujeto de derecho distinto de los socios individualmente considerados. La separación y distinción subjetiva y patrimonial solamente se produce cuando se cumplen todos los supuestos de hecho necesarios para poner en movimiento todo el complejo normativo del cual se sigue la imputación de derechos y obligaciones a la sociedad y no a sus socios o a sus administradores. La sociedad-persona jurídica es, pues, un simple instrumento técnico que el derecho objetivo proporciona en atención a ese sustrato real que se canaliza a través de la sociedad-contrato; en otras palabras, es para el desarrollo de la actividad económica organizada por los socios que se constituye una compañía y es únicamente con ese fin que el ordenamiento jurídico prevé su funcionamiento”¹.

2. El artículo 2º de la Ley 1258 de 2008, dispone para las sociedades por acciones simplificadas que una vez inscrita en el Registro Mercantil, formará una persona jurídica distinta de sus accionistas, por lo que, en concordancia con lo determinado en el inciso segundo del artículo 1º de la misma norma, salvo lo previsto en el artículo 42 de la señalada ley, el o los accionistas no serán responsables por las obligaciones laborales, tributarias o de cualquier otra naturaleza en que incurra la sociedad.

3. El artículo 8º de la ley 80 de 1993 señala:

“(…) Son inhábiles para participar en licitaciones y para celebrar contratos con las entidades estatales:

1 SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Oficio 220-059456 (17 de diciembre de 2007). Asunto: Sociedades fachada. {En Línea}. Disponible en: https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/28230.pdf. {29/12/2020}.

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

4. El Consejo de Estado determinó mediante concepto:

“(..). 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.

Para responder su primera inquietud, por regla general, la sanción administrativa no será trasladada a sus socios en las sociedades por acciones simplificadas, a menos que la ley o la norma que rijan determinada sanción así lo disponga.

Al respecto de su segunda inquietud, es pertinente traer en mención los siguientes artículos de la ley 80 de 1993:

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

2 CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto No. 1346 de 2001. {En Línea}. Disponible en: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=21429>. {29/12/2020}

1o. <Aparte tachado derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007>
Son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar
contratos con las entidades estatales:

(...) j) <Literal modificado por el artículo 2 de la Ley 2014 de 2019. El nuevo
texto es el siguiente:> 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 contempladas
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, a los grupos empresariales a los que estas
pertenzcan cuando la conducta delictiva haya sido parte de una política del
grupo y a las sucursales de sociedades extranjeras, con excepción de las
sociedades anónimas abiertas.

También se considerarán inhabilitadas para contratar, las personas jurídicas
sobre las cuales se haya ordenado la suspensión de la personería jurídica
en los términos de ley, o cuyos representantes legales, administradores de
hecho o de derecho, miembros de junta directiva o sus socios controlantes,
sus matrices, subordinadas y/o las sucursales de sociedades extranjeras,
hayan sido beneficiados con la aplicación de un principio de oportunidad por
cualquier delito contra la Administración pública o el patrimonio del Estado.

La inhabilidad prevista en este literal se extenderá de forma permanente a
las sociedades de las que hagan parte dichas personas en las calidades
presentadas en los incisos anteriores, y se aplicará de igual forma a las
personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente
por la comisión de delitos mencionados en este literal.

k) <Literal modificado por el artículo 33 de la Ley 1778 de 2016. El nuevo
texto es el siguiente:> 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 puntos 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 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> <Literal CONDICIONALMENTE exequible. Literal adicionado por el parágrafo 2o. del artículo 84 de la Ley 1474 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> 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.”.

“(…) ARTÍCULO 58. DE LAS SANCIONES. Como consecuencia de las acciones u omisiones que se les impute en relación con su actuación contractual, y sin perjuicio de las sanciones e inhabilidades señaladas en la Constitución Política, las personas a que se refiere este capítulo se harán acreedoras a: (…)

(…) 4o. En los casos en que se hubiere proferido medida de aseguramiento en firme, o elevado pliego de cargos, la autoridad competente podrá, con el propósito de salvaguardar la recta administración pública, suspender provisionalmente al servidor público imputado o sindicado hasta por el

término de duración de la medida de aseguramiento o de la investigación disciplinaria.

5o. En el evento en que se hubiere proferido medida de aseguramiento en firme a un particular, por acciones u omisiones que se le imputen en relación con su actuación contractual, se informará de tal circunstancia a la respectiva Cámara de Comercio, que procederá de inmediato a inscribir dicha medida en el registro de proponentes.

El jefe o representante legal de la entidad estatal que incumpla esta obligación, incurrirá en causal de mala conducta.”

Como se observa de lo anteriormente descrito, las sanciones respectivas deberán estar determinadas en la ley para ser aplicables.

De conformidad con lo expuesto, se responde de manera cabal la consulta, teniendo como base fundamental los conceptos reiterados en cada ítem particular, no sin antes reiterar que los efectos del presente pronunciamiento son los descritos en el artículo 28 de Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y que en la Página WEB de esta Entidad puede consultar directamente la normatividad, los conceptos que la misma emite sobre las materias de su competencia y la Circular Básica Jurídica, entre otros.