

 INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-03
		Versión: 01
		Página 1 de 20

LAS INHABILIDADES FRENTE A LA CONTRATACIÓN ESTATAL CON SOCIEDADES POR ACCIONES SIMPLIFICADAS

ADRIANA EDITH GARCÍA BUSTAMANTE

Institución Universitaria de Envigado

adriue@hotmail.com

MAGALI SALDARRIAGA BLANDÓN

Institución Universitaria de Envigado

dmsb_71@yahoo.es

CLAUDIA MARITZA SERNA OSPINA

Institución Universitaria de Envigado

claudiaserna84@hotmail.com

Resumen: Durante mucho tiempo en la contratación estatal ha sido el talón de Aquiles de la mayoría de los Gobiernos, manejar la maquinaria del Estado es, sin lugar a dudas, una labor titánica, por lo tanto, se deben establecer los mecanismos para que la transparencia sea el objetivo primordial. La creación de nuevas figuras, como las SAS, y de las leyes que las reglamentan, son necesarias para la consecución de los fines del Estado, esto se traduce en una normatividad que impone límites y sanciones cuando es necesario y actúa en consecuencia cuando detecta problemas, inhabilitando y judicializando de ser necesario.

Palabras claves: Contratación, inhabilidades, peculado, personas jurídicas, sociedades, Sociedades, Sociedades por Acciones Simplificadas, Sociedades Anónimas Abiertas.

Abstract: For a long time in government procurement has been the Achilles heel of most governments, driving the machinery of government is, without doubt, a daunting task, therefore, should establish mechanisms for transparency to be the primary objective. The creation of new forms, such as SAS, and the laws that regulate it, are necessary for achieving the goals of the State, this translates into a regulation that sets limits and sanctions when necessary and act accordingly when it detects problems, disabling and prosecute if necessary.

Key words: Contracts, disabilities, embezzlement, legal persons, societies, simplified joint stock companies, open partnerships anonymous.

 INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-03
		Versión: 01
		Página 2 de 20

1. INTRODUCCIÓN

La contratación estatal en los últimos años, se ha convertido en un aspecto esencial en cuanto a la problemática existente en la administración pública. El principal problema en cuanto a la contratación pública es, sin lugar a dudas, la corrupción, por este motivo el constituyente buscó la manera de introducir a la Ley la forma de minimizar o neutralizar las facultades en el ejercicio de la libertad de contratación pública, para garantizar la transparencia. Así las cosas, unas de las figuras creadas, fueron las inhabilidades e incompatibilidades en la contratación; este artículo investigativo se enfoca principalmente en las inhabilidades de las personas naturales en la contratación estatal, especialmente cuando se trata de acciones que llevan al delito de peculado, que han sido cometidas por uno o varios de los miembros de una Sociedad por Acciones Simplificadas. Se entiende por inhabilidades, aquellas circunstancias que el legislador considera motivo suficiente para prohibir a personas particulares o públicas celebrar contratos con entidades públicas, con la intención de proteger la transparencia y moralidad en la administración de los recursos del erario público. En este punto surge el problema jurídico que da pie a este artículo, por el cual se busca determinar si los socios de las Sociedades Anónimas Abiertas están inhabilitados para contratar con el Estado, cuando entre ellos se hallen

personas naturales declaradas judicialmente responsables por haber infringido uno de los delitos mencionados en el artículo 18 de la Ley 1150 de 2007, enfocándose principalmente en el de peculado.

Esta investigación contribuye a dar claridad a un aspecto que, por su naturaleza tanto jurídica como administrativamente, puede resultar de difícil comprensión; para ello se empezará por identificar la evolución normativa de la Reforma del Estatuto de Contratación Estatal Ley 1150 de 2007, en lo atinente a la responsabilidad penal de personas naturales y jurídicas inhabilitadas para contratar, posteriormente se analizará el régimen y naturaleza jurídica de las Sociedades por Acciones Simplificadas respecto de su capacidad para contratar con el Estado y finalmente se determinará la eficacia de la excepción de inhabilidad para contratar por el Estado, según la responsabilidad jurídica dentro de las Sociedades Anónimas Simplificadas.

2. EVOLUCIÓN NORMATIVA DE LA REFORMA DEL ESTATUTO DE CONTRATACIÓN ESTATAL LEY 1150 DE 2007, EN LO ATINENTE A LA RESPONSABILIDAD PENAL DE PERSONAS NATURALES Y JURÍDICAS INHABILITADAS PARA CONTRATAR.

La formulación de la Ley 1150 de 2007 es la culminación de una

 INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENIGADO	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-03
		Versión: 01
		Página 3 de 20

discusión jurídica sobre la necesidad de contar con una modificación al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, vigente con la Ley 80 de 1993. Durante los debates de ley, en el año 2007, se establecieron dos posiciones. En primera instancia, aquella que se negaba a una sustancial modificación de los principios generales de la Ley 80; pero que, así mismo, aceptaba que la legislación debía contar con ajustes puntuales en la normatividad. Es decir, que debían asegurarse los principios de eficacia y transparencia en la contratación.

La segunda postura, defendía la reforma de la Ley 80, no por nada distinto a que, perfectible, era un buen estatuto, tal y como estaba; aunque tenía muy claramente definida su vocación; era una ley general y de principios que tocaba algunos asuntos vitales para la destinación de los recursos públicos a los distintos tipos contractuales. Así, desde un punto de vista pragmático, el hecho de llevar al Congreso de la República una reforma tan compleja, podía ser altamente riesgoso.

La ley 1258 de 2008, mediante la cual se crea la Sociedad por Acciones Simplificadas en el derecho colombiano, está inspirada en la legislación francesa de 1994 mediante la cual se estableció la Sociedad Anónima Simplificada como una especie de Sociedad Anónima, debido a que no alteraba el régimen general, y sus modificaciones

estaban encaminadas a hacer más flexible el régimen tradicional de la sociedad por acciones. También en el año de 1994, en Alemania se implementó un régimen jurídico para las Kleine AG, que son las sociedades de carácter cerrado, o sea las que no negocian sus acciones en el mercado público de valores, y que están caracterizadas porque se admite su uni - personalidad y por la simplificación y flexibilización de las disposiciones que le son aplicables.

Algunos antecedentes de la Ley 1150 de 2007, son:

- Ley 80 de 1993
- LEY 678 DE 2001 por medio de la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición.
- Conpes 3186 de 2002 (Consejo Nacional de Política Económica y Social) Una Política de Estado para la Transparencia y Eficiencia en la Contratación Pública.
- Conpes 3249 de 2003 Política de Contratación Pública para un Estado Gerencial, contempla entre sus prioridades proporcionar la mayor transparencia posible

 INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENIGADO	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-03
		Versión: 01
		Página 4 de 20

a las actuaciones del Estado en procura de alcanzar dos objetivos: pulcritud en la selección de los contratistas y condiciones de contratación más favorables para el Estado.

- Comisión Interseccional CINCO creada en virtud de lo dispuesto en el Artículo 45 de la Ley 489 DE 1998, en esta se busca proponer la adopción de medidas orientadas a fortalecer los escenarios de transparencia y visibilidad de la gestión contractual pública.
- Creación del Sistema Integral de Contratación
- Electrónica
- El Gobierno presentó al Congreso el proyecto de ley –035 de 2004, con el que se pretende modificar la ley 80 de 1993 con el propósito de devolverle su carácter general, así como mayor transparencia y eficiencia.

La ley 1150 de 2007 es el resultado de las conclusiones del estudio, debate y análisis a la ley 80 de 1993 que realizó el Estado desde diferentes instancias y actores. En aquella se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la ley 80 de 1993 y se dictan otras

disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos.

Dicha directriz está organizada en tres (3) títulos y treinta y tres (33) artículos. Su eje central está orientado a las modalidades de selección o escogencia del contratista, en el cual se motivan otras modalidades como la selección abreviada, y como modalidad autónoma, el concurso de méritos.

En este articulado se condensan cambios importantes en búsqueda de mayor transparencia frente al Estatuto de Contratación como la creación de un portal de internet en el cual se puede tener acceso a la información concerniente a la contratación estatal. La Ley 1150 de 2007 crea el Sistema Electrónico para la Contratación Pública, SECOP, que integrará el Registro Único Empresarial de las Cámaras de Comercio, el Diario Único de Contratación Estatal, el Portal Único de Contratación y el Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal, SICE. En armonía con la Ley 527 de 1999, permitirá la realización de la totalidad del proceso de contratación por medios electrónicos, lo cual contribuirá a fortalecer la transparencia, reducir los costos de la contratación y facilitar el control de los mismos.

Por medio de él, se puede suministrar al público en general información que le permita formular observaciones a

 INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-03
		Versión: 01
		Página 5 de 20

su contenido, las entidades publicarán tanto los proyectos de pliegos de condiciones o sus equivalentes para su perfeccionamiento, como los estudios y documentos previos que sirvieron de base para su elaboración, en las condiciones que señale el reglamento.

Es necesario en este punto, definir que son las inhabilidades y hacer una clara diferenciación entre ellas y las incompatibilidades.

Las inhabilidades son situaciones de hecho previas a la elección, que impiden a un ciudadano postularse válidamente para ser elegido a un cargo o corporación. Mientras que las incompatibilidades son situaciones de hecho coetáneas al ejercicio de una función pública.

Las incompatibilidades son sobrevinientes, es decir que estando bajo una investidura, no le es permitido desempeñar o realizar determinados actos, toda vez que podría estar incurso en una causal de pérdida de investidura o de sanción disciplinaria. Las inhabilidades son previas al desempeño del cargo o funciones públicas, por tanto quien se encuentra impedido bajo una inhabilidad no debe ejercer dichas funciones porque puede correr el riesgo de ser demandada su elección y anulada su credencial. Existen así mismo las inhabilidades de Orden Constitucional, consagradas en la Constitución Política en los artículos

123, 127, 180 numeral 4, 292, 122 adicionado por el acto legislativo 01 de 2004.

Las incompatibilidades otorgan la posibilidad de renunciar a la investidura que se posee con el fin de dar legalidad a una nueva situación. Cosa que no sucede con la inhabilidad, porque una vez una persona se encuentre inhabilitada no tiene ninguna alternativa para superar tal situación, toda vez que no depende de su voluntad.

Las incompatibilidades perduran mientras se ejerza el cargo o curul, porque una vez se renuncia a la investidura desaparecen; y si resulta algún impedimento para ejercer un nuevo cargo estaríamos frente a una inhabilidad.

Además se dictan normas que excepcionan a aquellos que no quedan cobijados por las inhabilidades e incompatibilidades existentes, por ejemplo, lo consagrado en el artículo 18 de la Ley 1150 de 2007 en el cual se establece que: “Las personas naturales que hayan sido declaradas responsables por la comisión de delitos de peculado, concusión, cohecho, prevaricato en todas sus modalidades y soborno trasnacional, así como sus equivalentes en otras jurisdicciones. Esta inhabilidad se extenderá a las sociedades de que sean socios tales personas, con

 INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENIGADO	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-03
		Versión: 01
		Página 6 de 20

excepción de las sociedades anónimas abiertas”.

También se ha innovado respecto a las inhabilidades en lo concerniente a la cobertura de las inhabilidades a otros servidores públicos distintos al Representante Legal, que en el Decreto 222 de 1983 era el único a quien le cabía la responsabilidad y el régimen de inhabilidad e incompatibilidad, hoy y con base en el ordinal 2º del artículo 8º de la ley 80/93, quedan cubiertos aquellas personas que contribuyen a la organización de una actividad gubernamental y contractual. Entran los Asesores; los Auditores, particularmente los Auditores Internos; los funcionarios de presupuesto; los funcionarios de las Oficinas de Planeación, los Asesores externos, que tienen todos como funcionarios del nivel directivo alguna ascendencia con el Representante Legal de la entidad.

El cuarto evento, se refiere a otra de las innovaciones que tiene que ver con la inhabilidad que tienen las personas que se abstengan de suscribir los contratos una vez favorecidas con la Licitación. Esta inhabilidad se estableció a partir de 1993, para aquella persona que saliendo favorecida con la Licitación y que tenga la obligación de suscribir un contrato, no lo suscriba. Tiene hoy día doble sanción, la económica y la jurídica; la económica porque le hacen efectiva la póliza de garantía de seriedad de la oferta y la jurídica,

lo inhabilita por cinco (5) años para contratar.

3. EL RÉGIMEN Y NATURALEZA JURÍDICA DE LAS SOCIEDADES POR ACCIONES SIMPLIFICADAS RESPECTO DE SU CAPACIDAD PARA CONTRATAR CON EL ESTADO

Para un sector de la doctrina, la Sociedad por Acciones Simplificadas es “una forma híbrida de persona jurídica que incluye a la vez elementos de las entidades en que predomina el elemento personal y de aquellas en que lo primordial es el capital” y “... fue estructurada específicamente para sociedades cerradas...”[GAI 09]

Es sin lugar a dudas piedra angular de la Ley SAS, el principio de la autonomía de la voluntad privada, este poder se entiende como “... potestad reconocida a los particulares para disciplinar por si mismos sus propias relaciones, atribuyéndoles una esfera de intereses y un poder de iniciativa para la regulación de los mismos” [HIN 86]

El concepto de autonomía de la voluntad privada ha evolucionado conforme a las distintas épocas y escenarios jurídicos, así, por ejemplo en el siglo XIX, dentro de los preceptos del liberalismo económico, se identificó al derecho privado y a la autonomía de la voluntad como una manera de dar garantías a la libertad

 INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-03
		Versión: 01
		Página 7 de 20

contractual en los negocios de carácter privado patrimonial. Sin embargo, cuando cae en desuso el Estado Liberal, sus conceptos y bases, son considerados como utópicos, por lo que se enmarca a la autonomía de la voluntad como un concepto que solo puede desarrollarse dentro de los límites establecidos por la normatividad y las instituciones creadoras de dicha normatividad. Durante la época posterior a la Primera Guerra Mundial una necesidad imperiosa de acabar con todo lo relacionado al Estado Intervencionista que coartaba la autonomía de la voluntad privada, especialmente en lo económico.

Sería erróneo pensar que el principio de la autonomía de la voluntad tienda a desaparecer, sin embargo, no se le puede igualar al derecho privado, como se hacía en otras épocas, sin embargo, es obvio que las instituciones jurídicas, deben ir a la par de los escenarios que se presentan, por lo que deben modificarse, tanto en aspectos de fondo, como de forma. Es así como se llega a entender que la autonomía de la voluntad no solo depende del carácter vinculante entre los contratantes, sino que su obligatoriedad obedece al reconocimiento legal que posea.

La doctrina es clara en cuanto a la libertad contractual de las SAS especificando que: “La idea que subyace, entonces, a la incorporación de las sociedades anónimas

simplificadas dentro del ordenamiento jurídico colombiano no es otra que la de acoger una tendencia que ha venido rigiendo a nivel mundial en el derecho societario contemporáneo, consistente en permitir un mayor campo de acción a la autonomía de la voluntad de quienes hacen uso de estas figuras jurídicas en el desarrollo de sus actividades, buscando en todo caso guardar un equilibrio con ciertas normas de orden público que permitan el control y supervisión por parte de los entes de control del Estado. Se pretende, entonces, que la autonomía de la voluntad de los asociados prime sobre las exigencias de índole legal contenidas en el Código de Comercio, de suerte que las cláusulas estatutarias se ajusten a la forma que más le convenga al negocio”. [BAE 09]

Cabe destacar que según las cifras de la Confederación Colombiana de Cámaras de Comercio, a febrero de 2011 se han creado más de 56 642 SAS [POR 11], sin lugar a dudas, esto se debe a que este tipo de sociedades son de fácil y ágil creación, pero no por ello pierden la seguridad y efectividad en cuanto al progreso que aportan.

La naturaleza jurídica de las sociedades de derecho privado se puede explicar desde dos teorías: la teoría contractualista y la teoría institucionalista, sin dejar de lado una teoría más reciente que es la del neo contractualismo.

 INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-03
		Versión: 01
		Página 8 de 20

La teoría contractualista nace a la luz del Estado Liberal Clásico, en la tesis de que la sociedad en sí es un contrato, por lo que es un instrumento mercantil en el que funge la actividad económica [COR 00]. Para estas teorías el interés social es proporcional al interés de los socios, y va encaminado a conseguir el mayor rendimiento posible al menor costo. Alfredo Rovira lo ilustra perfectamente al afirmar que: "...el interés social resulta la consecuencia de la suma de voluntades (interés) convergentes de los socios, en el nuevo sujeto de derecho a crear, con el fin de desarrollar el conjunto de actos o actividades que los condujeron a constituir la sociedad, resumidos en el objeto social, todo con el ánimo de participar en las utilidades o beneficios y soportar las pérdidas que pudieran resultar. Es el alea común a todos los socios que encierra el devenir en el cumplimiento del objeto social" [ROV 06], esto queda reafirmado en el Código de Comercio, el cual en su artículo 98 establece 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".

Por otra parte las teorías institucionalistas nacen a la luz del Estado Social como una respuesta a la caducidad del Estado Liberal, así como por la necesidad del que el

Estado tomara parte más activa en la economía, específicamente en el desarrollo de la sociedad por acciones¹, de tal forma que el interés social para estas teorías va más allá de los socios [ROV 06b]. Es claro entonces que para esta teoría las sociedades son en sí mismas una institución, con voluntad jurídica propia, cuyo objeto social está por encima de los intereses de los socios, bajo estas circunstancias se delimita de manera precisa la autonomía de la voluntad privada [NAR 08].

Al entrar en crisis el Estado Social, entraron también en crisis las concepciones institucionalistas del derecho de sociedades, por ello surge de manera más reciente el nuevo contractualismo que no es otra cosa más que un híbrido de las bases del Estado Liberal y el Estado Social, bajo esta premisa, las sociedades se desarrollan autónomamente, sin el imperativismo de la ley, ni el paternalismo del Estado, pero tampoco, sin que el mismo sea indiferente a la vida económica. De tal forma que la función de la ley de sociedades bajo esta premisa, es la de mediar entre las partes, ofreciendo un marco normativo flexible que los contratantes pueden adoptar total o

¹ Sin embargo, este criterio se supera por el artículo 4 de la ley SAS que establece que Criterio que se encuentra superado por el artículo 4° de la ley de SAS, y a cuyo tenor: "Imposibilidad de negociar valores en el mercado público.- Las acciones y los demás valores que emita la sociedad por acciones simplificada no podrán inscribirse en el Registro Nacional de Valores y Emisores ni negociarse en bolsa".

 INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENIGADO	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-03
		Versión: 01
		Página 9 de 20

parcialmente. Sin embargo, esta flexibilidad no significa que los contratantes no estén obligados a actuar dentro del marco de la legalidad, al respecto del tema que ocupa este artículo, la ley de sociedades es clara al especificar “que cuando se utilice la sociedad por acciones simplificadas en fraude a la ley o en perjuicio de terceros, los accionistas y los administradores que hubieren realizado, participado o facilitado los actos fraudulentos, responderán solidariamente por las obligaciones nacidas de tales actos y por los perjuicios causados (art. 42)”. De igual manera la ley establece límites a las facultades de los miembros, tanto para proteger los intereses de los socios, como para proteger los del Estado, estableciendo que: los accionistas deberán ejercer el derecho de voto en el interés de la compañía. Se considerará abusivo el voto ejercido con el propósito de causar daño a la compañía o a otros accionistas o de obtener para sí o para tercera persona, ventaja injustificada, así como aquel voto del que pueda resultar un perjuicio para la compañía o para los otros accionistas. Quien abuse de sus derechos de accionista en las determinaciones adoptadas en la asamblea, responderá por los daños que ocasione, sin perjuicio que la Superintendencia de Sociedades pueda declarar la nulidad absoluta de la determinación adoptada, por la ilicitud del objeto (art. 43)”.

El acto administrativo se constituye como aquel que emiten los funcionarios administrativos del Estado, a nivel nacional y territorial; y por excepción, lo emiten los demás servidores del Estado pertenecientes a las otras ramas del poder público; los organismos de control fiscal, la Contraloría y conductual o Disciplinario, Procuraduría y la Defensoría del Pueblo; los organismos electorales y las personas particulares cuando unos y otros ejercen funciones públicas [CAI 04]. Todo contrato que se hace con el Estado es, de tal forma, un acto administrativo.

La Ley 80 de 1993 establece las pautas de la contratación estatal, principalmente en cuanto a los deberes de las partes, tanto para el sector público, como para el privado. El artículo tercero da cuenta de los fines que persigue la contratación estatal: “Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.

Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza

 INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENIGADO	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-03
		Versión: 01
		Página 10 de 20

el Estado, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones”. Este artículo es de vital importancia para el tema que ocupa este trabajo, puesto que habla de la función social del acto administrativo, lo que hace imperante que las partes, piensen no solo en su propio beneficio, aún cuando se sabe que las empresas privadas, buscan ante todo la remuneración económica derivada del contrato, este artículo exalta la necesidad de que las partes trabajen bajo el principio de la buena fe, en aras del bienestar público. Es evidente que, cuando una persona incurre en las causales de inhabilitación de las que se habla en este trabajo, principalmente cuando ha sido judicializado por conductas como el peculado, el Estado debe sancionar a la persona, pero también debe ir más allá, previendo que la conducta sea repetitiva.

Existen distintos tipos de contratos, a saber:

- La Selección abreviada corresponde a la modalidad de selección objetiva prevista para aquellos casos en que por las características del objeto a contratar, las circunstancias de la contratación, la cuantía, destinación del bien, obra o servicio, puedan adelantarse procesos simplificados para garantizar la eficiencia de la gestión contractual.
- El concurso de méritos corresponde a la modalidad prevista para la selección de consultores o proyectos, en la que se podrán utilizar sistemas de concurso abierto o de precalificación. En este último caso, la conformación de la lista de precalificados se hará mediante convocatoria pública, permitiéndose establecer listas limitadas de oferentes utilizando para el efecto, entre otros, criterios de experiencia, capacidad intelectual y de organización de los proponentes, según sea el caso.
- La contratación directa que es el procedimiento por el cual el Estado elige directamente al contratista, sin concurrencia, puja u oposición de oferentes. El procedimiento es facultativo. El Estado está obligado a requerir ofertas a tres casas del ramo de la que decida contratar. Posee competencia para rechazar la
- Licitación Pública es el acto de subastar o someter a concurso público los contratos de obras o servicios, compras, adquisiciones etc. del Gobierno con el propósito de obtener la mejor oferta en calidad y precio de los contratistas o proveedores. Las licitaciones públicas pueden ser nacionales o internacionales.

 INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-03
		Versión: 01
		Página 11 de 20

oferta de contratación directa por precio inconveniente.

Al igual que existen diferentes tipos de contratos existen distintos tipos de sociedades, en lo que respecta a los diferentes tipos de sociedad existentes en la legislación colombiana, el Libro Segundo del Código de Comercio, a partir del Título III, establece las clases de sociedades existentes: Sociedad Colectiva, En comandita Simple y por Acciones, De Responsabilidad Limitada y Anónima. Las sociedades así constituidas forman una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados y como tal dotadas de los atributos propios de la personalidad, adicionalmente está la empresa unipersonal, con las características que establecen los artículos 71 y siguientes de la referida Ley 222 de 1995. Es pertinente en este punto hacer una diferenciación clara entre las SAS y las SAA.

Las Sociedades por Acciones Simplificadas se caracterizan por ser “una estructura societaria de capital por acciones, con autonomía y tipicidad definida, con normas de carácter dispositivo que permiten no solo una amplia autonomía contractual en la redacción del contrato social, sino además la posibilidad de que los asociados definan las pautas bajo las cuales han de gobernarse sus acciones jurídicas [CCB 09]”. Este tipo de sociedades pueden constituirse por una o varias personas, ya sea por

documento privado (parágrafo 1 artículo 5 Ley 1258 de 2008), mediante escritura pública (obligatorio cuando el aporte sea en inmuebles, parágrafo 2, artículo 5).

Por su parte, las Sociedades Anónimas Abiertas son aquellas cuyas acciones se encuentran inscritas en el registro público de valores que lleva la Superintendencia de Valores y a su vez, se encuentran sujetas a la vigilancia de la misma. No obstante lo anterior, el artículo 5o. del Decreto 679 del 28 de marzo de 1994 (por el cual se reglamentó parcialmente la Ley 80 de 1993), preceptúa que para calificarse a una sociedad anónima como abierta, debe reunir los siguientes requisitos: tener más de trescientos (300) accionistas, que ninguna persona sea titular de más del treinta por ciento (30%) de las acciones en circulación, y que sus acciones estén inscritas en una bolsa de valores."

De otra parte, el numeral 2º del artículo 8º de la Ley 80 de 1993, señala que no podrán participar en licitaciones o concursos ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva, las sociedades anónimas que no tengan el carácter de abiertas, así que si la compañía suscribiera los mencionados contratos bajo la modalidad de sociedad anónima abierta sin cumplir con todos los requisitos, la responsabilidad que por este hecho tienen los accionistas de la misma, la debe definir la justicia ordinaria pues es ella quien posee

 INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-03
		Versión: 01
		Página 12 de 20

facultades de orden jurisdiccional para el efecto, determinando, en cada caso particular, la incidencia que tiene la referida omisión sobre el contrato celebrado.

4. LA EFICACIA DE LA EXCEPCIÓN DE INHABILIDAD PARA CONTRATAR POR EL ESTADO, SEGÚN LA RESPONSABILIDAD JURÍDICA DENTRO DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS SIMPLIFICADAS

Las inhabilidades para contratar con el Estado, son un mecanismo en la lucha contra la corrupción, es necesario entender entonces, en qué consiste, pues puede percibirse desde el aspecto moral, económico, político y jurídico, convirtiéndose en un debate; así se estima que: “el hablar de corrupción implica hablar de lugares comunes, de políticas construidas idealmente sobre la prevalencia del interés general y de la protección a la moralidad administrativa, de ahí que no se consideraría en principio, e incluso por principio, que hay fallas en la elaboración de tan loable inquietud” [AMA 07]. Para algunos teóricos, se identifican “como corruptas y por ello sujetas a sanción, las acciones u omisiones que los empleados públicos o particulares hayan realizado en contra del bien común [GAR 01]”. Moralmente, la corrupción es la pérdida de valores generalizada, causada por la desaparición de la moral cristiana [COR 01]. Desde el

punto de vista económico se define a la corrupción como el resultado de la ecuación “Monopolio + Discrecionalidad – Transparencia = Corrupción” [KLI 01]. Políticamente la corrupción es en Colombia casi el pan de cada día, en los últimos tiempos, escándalos de corrupción han llenado las páginas de los diarios y tiempo aire en los noticieros, exponiendo a la opinión pública, otra clase de latrocinios, los de los ladrones de cuello blanco. El caso más reciente de corrupción es el de los Nule, cuyos desfalcos a la Nación por medio del peculado, ascienden, hasta ahora, a los 700 mil millones de pesos [SEM 01].

Es evidente que ante el escenario, el Estado ha debido establecer los mecanismos idóneos para prevenir este tipo de delitos, tanto como para particulares, como para servidores públicos y a ello no escapan las sociedades que actúan como personas jurídicas, sean estas abiertas o cerradas, o cualquiera que sea su tipo aunque existen responsabilidades que están enmarcadas en la ley.

La creación de las SAS ha mejorado en gran medida la economía, así como ha incentivado la inversión extranjera y ha llevado algunos sectores económicos nacionales a la esfera internacional del mercado bursátil. De esta forma, la creación de las SAS ha permitido la creación de miles de entidades empresariales, ya que el acceso a esta estructura es

 INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENIGADO	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-03
		Versión: 01
		Página 13 de 20

fácil y se ajusta a las necesidades de un sector en especial. En una sociedad en la que el capital no abunda, la posibilidad de reunir un monto de dinero considerable entre muchas personas, para con ello entonces invertir y tener una ganancia significativa, es, a ojos de muchos, la manera idónea de conservar y hacer multiplicar su dinero, más allá de las cajas de ahorro o de las cuentas bancarias. Pero no solo los pequeños y medianos inversionistas han fijado su mirada en las SAS, sino que muchos grandes empresarios han detectado la versatilidad de las SAS y han migrado a este régimen societario.

Contrario a lo que puede pensarse, este régimen provee más protección a los accionistas y a terceros que los tradicionales, ya que su filosofía establece normas sustantivas y procesales encaminadas a lograr la eficacia deseada por el Estado.

Como en toda sociedad por acciones, la responsabilidad de los socios está limitada al monto de sus aportes. No obstante, la innovación en este campo está dada por la exoneración expresa de responsabilidad para los accionistas por obligaciones laborales, tributarias o de cualquier otra naturaleza que adquiriera la sociedad (Art. 1 Ley 1258 de 2008).

Para el desarrollo de este aparte, el equipo investigador se basó en las consideraciones vertidas en la Sentencia C-353 de 2009. En ella, se

plasman distintos planteamientos por los intervinientes de acuerdo al problema jurídico de la demanda, en la cual se impugna el artículo 18 de la ley 1150 de 2007, que versa sobre las inhabilidades para contratar de aquellas personas jurídicas que hayan sido judicializadas por delitos como el peculado o el cohecho, entre otros. El representante del Ministerio de Minas y Energía, es puntual al destacar un aspecto medular, afirmando que el propósito del artículo en cuestión y por ende del legislador, es “evitar la creación del riesgo precedentemente concretado; o sea: precaver que, de nuevo, el condenado tenga oportunidad de propiciar irrogaciones al erario público”.

Como es bien sabido, tanto en la vida como en la ley, el precedente es un aspecto muy importante, el legislador ha buscado con esta norma prevenir una conducta delictiva pasada, que muy probablemente pudiera repetirse a futuro, lo cual es una de las premisas de la ley, no sólo sancionar las conductas delictivas, sino ver a futuro la posibilidad de su comisión y actuar en consecuencia. Sin embargo, para juicio del interviniente, el hecho de que los socios no puedan gobernar la sociedad anónima por propia mano, limita el accionar de los mismos y por ende la posibilidad de un actuar fraudulento.

Por su parte el Procurador General de la Nación es asertivo al señalar que la propia naturaleza de las

 INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-03
		Versión: 01
		Página 14 de 20

sociedades anónimas abiertas, desdibuja el interés de la persona que haya sido condenada por algún delito contra la administración estatal. De igual manera, destaca que el hecho de que las acciones de las sociedades abiertas se comercializan libremente, sin restricción alguna en el mercado de valores, restringe la posibilidad de rastrear o conocer el nombre de los socios a ciencia cierta y que el hecho de que la captación de los dineros es masiva y se limita la posesión de acciones, el ánimo de lucro se limita a su participación accionaria. Sin embargo, el Procurador es consciente de la posibilidad de que alguno de los socios, que haya sido judicializado, pueda tener intereses contrarios a la legalidad y lo oculte tras de la sociedad, por lo que recomienda al legislador establecer los parámetros necesarios para impedir intereses ulteriores, que vulneren el espíritu constitucional de las sociedades anónimas abiertas.

La Corte emite sus consideraciones, empezando a explicar las modificaciones hechas al artículo 122 Constitucional, que, mediante referendo fue modificado, estipulando que aquellas personas que hayan sido condenados por la comisión de delitos contra el patrimonio público, no podrán ser elegidos ni designados como servidores públicos, esto en aras de hacer más eficaz la lucha contra la corrupción. Así las cosas, las Sociedades Anónimas Abiertas

trabajan en virtud de los intereses de la sociedad, no en el de uno o unos de los socios en particular. La Corte reconoce la imposibilidad del Estado para conocer a cabalidad si los socios de una sociedad abierta han sido judicializados o inhabilitados, debido a la propia estructura jurídica de dichas sociedades, por lo que, incluirlas en la inhabilidad sería vano e infructuoso.

Si bien es cierto que el Estado debe procurar la protección de los bienes públicos, también es cierto que debe establecer los mecanismos para hacer crecer la economía, por lo que ampliar las posibilidades para que más personas accedan al mercado accionario, hace que crezca un sector de la economía que a todas luces beneficia tanto al Estado, como a la sociedad en conjunto.

El delito más frecuente contra el patrimonio del Estado, es el peculado; sin embargo, recientemente en el Foro de lucha contra la Corrupción, gobernabilidad y desempeño institucional, se destacó que “en Colombia una importante parte de la pérdida de recursos públicos no es por corrupción, penalmente abierta, sino por un conjunto de modificaciones en contrataciones perfectamente hechas en términos jurídicos, pero con unas falencias en su especificación contractual a nivel técnico para la defensa de los intereses colectivos, que pueden favorecer la realización de ganancias extraordinarias de

 INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-03
		Versión: 01
		Página 15 de 20

ciertos conglomerados privados nacionales e internacionales sin una debida justificación técnica pero sí con una estricta validez legal. Práctica que en últimas es imposible demostrar como fruto de corrupción abierta de funcionarios públicos o incluso de las empresas favorecidas por fallas en la especificación técnica de los términos y condiciones contractuales [GAR 02].”

Aún cuando se sepa que el peculado existe, que las personas utilizan cierto tipo de sociedades para defraudar al Estado, existen los mecanismos para sancionar estas conductas, de tal forma que el legislador colombiano, por medio de la Ley 734 de 2002, establece el Código Disciplinario Único, dándole al Estado esa facultad disciplinaria, cuando servidores públicos o particulares cometen faltas que “conlleven incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses”, ya sean faltas gravísimas, graves o leves².

Las normas disciplinarias cumplen así un papel importantísimo en la consecución de los ideales del Estado por mantener el bien común, el artículo 22 del mismo Código lo expresa puntualmente: “El sujeto disciplinable, para salvaguardar la moralidad pública, transparencia,

² Artículo 23 de la ley 734 (Código Disciplinario Único).

objetividad, legalidad, honradez, lealtad, igualdad, imparcialidad, celeridad, publicidad, economía, neutralidad, eficacia y eficiencia que debe observar en el desempeño de su empleo, cargo o función, ejercerá los derechos, cumplirá los deberes, respetará las prohibiciones y estará sometido al régimen de inhabilidades, así como las incompatibilidades, impedimentos y conflictos de intereses, establecidos en la Constitución Política y en las leyes”.

De igual manera, el legislador no deja tan solo el control en manos del Estado o de la autoridad competente, busca de alguna forma la participación ciudadana por medio de las veedurías ciudadanas, entendidas como “un mecanismo democrático de representación que le permite a los ciudadanos o a las diferentes organizaciones comunitarias, ejercer vigilancia sobre la gestión pública, respecto a las autoridades administrativas, políticas, judiciales, electorales, legislativas y órganos de control, así como de las entidades públicas o privadas, organizaciones no gubernamentales de carácter nacional o internacional que operen en el país, encargadas de la ejecución de un programa, proyecto, contrato o de la prestación de un servicio público”³. Así se le da la posibilidad a la ciudadanía de vigilar el ejercicio del poder.

Ya no puede concebirse una sociedad como mero espectador del

³ Artículo 1° de la ley 850.

 INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENIGADO	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-03
		Versión: 01
		Página 16 de 20

quehacer político o económico, sino como una ciudadanía policiva, que tiene un poco de control, que debe conocer la ley y estar dispuesta a actuar, pues

“habiendo perdido la autoridad que les confería su papel de depositarios de un interés público, desbordados por la globalización de los circuitos del dinero, en competencia con la riqueza de actores nuevos, manipulados por intereses con frecuencia más poderosos que ellos, se sospechará cada vez más que los Estados naciones, mezquinos y endeblés, sólo condenan la corrupción para proteger el poco poder que les queda”. [GUE 95].

En el documento de políticas contra la corrupción elaborado por la Vicepresidencia de la República, al analizar este tema se agrega que,

“en la cultura ciudadana tampoco existen formas de conducta que demuestren una alta valoración de lo público, ni un claro sentido ético del servicio público. Si se observa entonces el panorama anterior, podrá concluirse que el problema de la contratación no es normativo sino humano y que mientras no se supere la crisis de valores que aqueja nuestra sociedad, incluida en ella la falta de preparación, por más perfecta que sea la norma, se seguirán presentando los mismos inconvenientes sino peores”. [DAV 03].

Sin lugar a dudas, el régimen de inhabilidades cumple de alguna forma con la misión de prevenir y sancionar las conductas delictivas propias de la función pública, como todo instrumento, tiene sus aristas, sus peligros; el hecho del anonimato que encierra el mercado de valores, la facilidad con la que se transfieren las acciones de una mano a otra, hace posible que se cometan delitos, al igual hace posible el peculado y es campo idóneo para el lavado de activos; pero la misma naturaleza del mercado accionario, limita hasta cierto punto el accionar de la ley; incluir a las SAS en las inhabilidades para contratar, en la presunción de que algunos de sus miembros pudieran estar imputados o judicializados por delitos, significaría no sólo hacer reformas constitucionales o crear nuevas normas, sino modificar las reglas del mercado de valores, lo cual escapa a las facultades del Gobierno colombiano.

La máxima “el fin justifica los medios” se ha convertido en el paradigma de amplios sectores de la sociedad que, al mismo tiempo, han consagrado el dinero como el máximo valor y que, por tal razón, ven en la administración de los recursos públicos, un medio más de satisfacción de intereses personales y no la forma por excelencia de satisfacer los intereses colectivos. De otra parte, la ausencia o la escasa frecuencia del castigo hace que el costo de incumplir la norma sea menor que el beneficio

 INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-03
		Versión: 01
		Página 17 de 20

que se obtiene del incumplimiento. En consecuencia, se ha venido generando un fenómeno denominado comúnmente “la subcultura de la ilegalidad” en la que la regla legitimadora de las prácticas corruptas referida a quien las practica es “roba, pero al menos hace”.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

La naturaleza internacional de mercado accionario, hace necesario que el Estado Colombiano modernice y actualice su legislación societaria, tal como se logró un avance con la Nueva Ley de Sociedades, que abrió el camino para ofrecer esquemas de inversión mucho más libres y de mejor acceso a la inversión nacional y extranjera.

Hablar de una erradicación total de conductas como el peculado, el cohecho y otras dentro de la administración pública, es a todas luces, una utopía, pero, sin lugar a dudas, existe aún un largo camino por recorrer, que ha sido notado por el legislador, muestra de ello es el párrafo final de la sentencia C-353 de 2009: “Las características generales de las sociedades anónimas cuyas acciones estén registradas en las bolsas de valores y los mecanismos de transacción de sus acciones, hacen imposible un control directo y efectivo sobre el ingreso de nuevos socios y sobre las calidades

personales de los mismos, circunstancia que justifica para ellas un tratamiento diferente por parte del legislador”. El legislador reconoce la imposibilidad del Estado para reconocer, identificar e individualizar a quienes cometen estos delitos y hacen parte de una SAS, pero también puntualiza en que por ellos mismo, es necesario buscar la forma de dar tratamiento y solución a esta problemática.

Las SAS han logrado establecer una forma de inversión que resulta atractiva para un país en desarrollo como Colombia, cerrarse a las nuevas formas de inversión bajo las cuales se rige la mayoría de las economías mundiales, sería no sólo condenar al atraso económico al país, sino que sería un retroceso en la lucha del Estado por dejar atrás prácticas retrógradas.

La creación de nuevos tipos de sociedad como las SAS, son parte de la lucha del Estado, por llevar a cabo una simplificación administrativa que lo lleve, no sólo a crear nuevas formas de inversión y captación de recursos privados, sino una descongestión de las instancias administrativas, que se traducen en reducción de costos para el Estado.

El Estado, y en específico los funcionarios públicos tienen el deber de no politizar los contratos que se celebren con el Estado. En muchas

 INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-03
		Versión: 01
		Página 18 de 20

ocasiones, acciones como el peculado, se dan bajo la sombra de amistades, comadrazgos o simplemente por la necesidad de afianzar una posición política o de captar dineros para las campañas. Si se busca transparencia, moralidad y eficiencia en la sociedad, es el Estado quien debe dar ejemplo de lo mismo, no se puede ser juez y señalador de la falta en la que el mismo Estado tiene parte de culpa.

Por último, se recomienda que, pese a que el Estado reconoce su incapacidad de inhabilitar a miembros de las SAS para contratar, por las limitantes que se han mencionado en el artículo, no se deje esto como un vacío jurídico, sino que se busquen los mecanismos idóneos para subsanar esta falencia, ya que a la larga, los costos de simplemente ignorar que hay un problema que se sabe existente, aún cuando se reconozca que no se tienen las herramientas para luchar contra él, puede ser más pesado, que el trabajar en la solución del problema.

REFERENCIAS

[AMA 07] AMAYA Castrillón, Juan Carlos. (2007). La lucha contra la corrupción en Colombia como herramienta para un control social exacerbado. Medellín: UDA, p. 202.

[BAE 09] BAENA Cárdenas, Luis GONZÁLO. (2009). Lecciones de Derecho Mercantil, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 219-220.

[CCB 09] CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ. (2009). ABC de las Sociedades por Acciones Simplificadas. Bogotá: Horizontes Gráficos S. por C.S., p. 2.

[CÓR 00] CÓRDOBA Acosta, Pablo Andrés. (2000). El gobierno de la empresa y el derecho, en Revista de derecho privado número 5, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 49.

[COR 01] CORTINA, Adela. (2001). El paradigma ético del Estado contemporáneo. Citado en: PÉREZ PERDOMO, Olga Lucía y otros. Acceso a la justicia y defensa del interés ciudadano en relación con el patrimonio público y la moral administrativa. Estudios ocasionales CIJUS, Universidad de los Andes, Bogotá D.C., p. 107.

[DÁV 03] DÁVILA Vinueza, Luis G. (2003). Menos normas y reformas y más pedagogía. Misión de Contratación.

[GAI 09] GAITÁN Roza, Andrés. (2009). La SAS: una nueva alternativa para las empresas de familia, en *Empresas colombianas:*

 INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENIGADO	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-03
		Versión: 01
		Página 19 de 20

actualidad y perspectivas, Bogotá, Superintendencia de Sociedades, p. 12.

[GAR 05] GARAY, Luis Jorge. Transparencia por Colombia. (2005). “Cuaderno de Transparencia No. 12: Monitoreo Ciudadano a Herramientas de Transparencia en la contratación pública”

[GAR 01] GARCÍA, Rowland. Op. Cit. p. 16. Citado en: PÉREZ PERDOMO, Olga Lucía y otros. (2001). Acceso a la justicia y defensa del interés ciudadano en relación con el patrimonio público y la moral administrativa. Estudios ocasionales CIJUS, Universidad de los Andes, Bogotá D.C., p. 107.

GUÉHENNO, Jean Marie. (1995). El fin de la democracia. Paidós, p. 12

FERNANDO HINESTROSA. (1986). “Función, límites y cargas de la autonomía privada”, en Estudios de derecho privado, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 11.

[KLI 01] KLITGAARD, Robert. (2001). Citado en: PÉREZ PERDOMO, Olga Lucía y otros. Acceso a la justicia y defensa del interés ciudadano en relación con el patrimonio público y la moral administrativa. Estudios ocasionales CIJUS, Universidad de los Andes, Bogotá D.C., p. 109.

[MOR 04] MORA Caicedo, Estaban y RIVERA MARTÍNEZ, Alfonso. (2004). Derecho Administrativo y Procesal Administrativo. Séptima Edición. Bogotá: Leyer, pp. 177 a 179.

[NAR 08] NARVÁEZ García, José Ignacio. (2008). Teoría General de las Sociedades. Décima Edición, Bogotá, Legis, p. 36.

Portafolio. El éxito de las SAS. Disponible en Internet: <<http://www.portafolio.co/archivo/documento/DR-9087>> [04/02/2011]

[ROV 06] ROVIRA, ALFREDO. (2006). Pacto de Socios. Buenos Aires, Astrea, p. 64.

[SEM 11] SEMANA. Los Nule y lo que falta por conocer. <<http://www.semana.com/nacion/nule-falta-conocer/155011-3.aspx>> [12/04/2011].

 INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-03
		Versión: 01
		Página 20 de 20