

EXCEPCIÓN A LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES: PERSONA JURÍDICA SIN ÁNIMO DE LUCRO CUYO REPRESENTANTE LEGAL SEA MIEMBRO DE JUNTA O CONSEJO DIRECTIVO¹

Aura Sofía Palacio Gómez²

RESUMEN. El artículo 10 de la Ley 80 de 1993 establece cuatro excepciones al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, de las cuales se destaca la tercera: «[...] las personas jurídicas sin ánimo de lucro cuyos representantes legales hagan parte de las juntas o consejos directivos en virtud de su cargo o por mandato legal o estatutario». A partir de su lectura se encuentran problemáticas relevantes, que cuestionan su pertinencia jurídica y la constitucionalidad de su alcance. Para comentar cada interrogante, y ante ausencia de doctrina y jurisprudencia que la desarrolle, se analizará con detalle las palabras y las instituciones que la integran.

Introducción

El artículo 10 de la Ley 80 de 1993 establece cuatro supuestos en los cuales el régimen de inhabilidades e incompatibilidades no se aplica, de manera que las prohibiciones para contratar dispersas en el ordenamiento jurídico se excepcionan en circunstancias determinadas. En efecto, la norma señala que no quedan «cobijadas» por las inhabilidades o incompatibilidades de que tratan los artículos 8, 9 y 9A *ibidem* las siguientes personas: *i*) las que deban contratar por obligación legal, *ii*) las que contraten para usar bienes o servicios que las entidades ofrezcan al público en condiciones comunes a quienes los soliciten, *iii*) las personas jurídicas sin ánimo de lucro cuyos representantes legales hagan parte de las juntas o consejos directivos, en virtud de su cargo o por mandato legal o estatutario y *iv*) las que celebren contratos en desarrollo de lo previsto en el artículo 60 de la Constitución Política.

Aunque la regla general es la capacidad para ser contratista, y la excepción al atributo de la personalidad, en la contratación pública, la compone el régimen

¹ Este ensayo, escrito para la sesión del 11 de septiembre de 2021, hace parte de la labor de apoyo a la investigación que el Auxiliar de Investigación realiza al interior del *Grupo de Estudio de Derecho Público* adscrito al CEDA, para cuya preparación recibió la orientación del Profesor Juan David Montoya Penagos, y se utiliza no solo para enriquecer el trabajo que el Investigador Principal adelanta al interior del CEDA –que finalmente aprovecha para construir el texto definitivo–, sino también para beneficio de toda la comunidad académica. La línea de investigación en la que se enmarca el ensayo es la *Contratación Estatal*, dirigida por el Profesor –Investigador Principal– Fabián Gonzalo Marín Cortés.

² Auxiliar de Investigación del Grupo de Estudio de Derecho Público, Nivel V, adscrito al *Centro de Estudios de Derecho Administrativo –CEDA–*.

de inhabilidades e incompatibilidades, el artículo 10 *ibidem* hace referencia a las «excepciones» de las «excepciones» a la capacidad jurídica, es decir, a un conjunto de supuestos en los que se admite inaplicar las prohibiciones para contratar, que al mismo tiempo son las que condicionan la capacidad jurídica en el derecho de la contratación pública.

A continuación, se estudia el tercer supuesto del artículo 10 *ibidem*. Para este propósito se examinarán las instituciones que lo componen, su alcance, pertinencia jurídica y constitucionalidad, resaltando las problemáticas hermenéuticas que genera y la dificultad de elegir un método interpretativo.

1. Consideraciones generales en torno a la norma: ¿a quién se dirige la «excepción»?

El artículo 10, excepción tercera, de la Ley 80 de 1993 dispone que no se aplicará el régimen de inhabilidades e incompatibilidades a las personas jurídicas sin ánimo de lucro cuyos representantes legales hagan parte de las juntas o consejos directivos, en virtud de su cargo o por mandato legal o estatutario. En esa medida, el destinatario de la disposición necesita la concurrencia de dos calidades: por un lado, ser una persona jurídica sin ánimo de lucro y, por otro, tener un representante legal que haga parte de una junta o de un consejo directivo de una entidad estatal, en razón de su cargo o por un mandato legal o estatutario.

Con respecto al primer requisito, «ser una persona jurídica sin ánimo de lucro», se tiene que este tipo de entidades nacen con fundamento en los artículos 38 y 39 de la Constitución Política –que contemplan el derecho a la libre asociación y el derecho a constituir asociaciones–. Estas normas exigen que el Estado garantice y permita que las personas se reúnan y desarrollen actividades desprovistas de ánimo de lucro. En efecto, se trata de «personas jurídicas» diferentes a las personas que la conforman, que pueden ejercer derechos, contraer obligaciones y contar con representación legal, judicial y extrajudicial³. Por ende, se concluye que esta excepción al régimen de inhabilidades e incompatibilidades no incluye a las personas naturales de ningún tipo ni a las personas jurídicas con finalidades de lucro.

³ CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ. Guía práctica de las Entidades sin Ánimo de Lucro y del Sector Solidario. [En línea]. Consultado el 3 de septiembre de 2021. Disponible en: <https://www.ccb.org.co/content/download/2756/35466/version/1/file/Gu%C3%ADa+Pr%C3%A1ctica+de+las+Entidades+sin+%C3%81nimo+de+Lucro+y+del+Sector+Solidario.pdf>

Ahora, a diferencia del artículo 355 de la Constitución Política⁴, el artículo 10 de la Ley 80 de 1993 no se limita a las personas jurídicas sin ánimo de lucro de naturaleza privada, por lo que bien podrían incluirse aquellas de naturaleza pública. Aunque esta conclusión no pareciera discutible, se destaca en la medida en que la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en el Concepto del 18 de octubre de 2001, sostuvo una tesis contraria, según la cual, la excepción en materia de inhabilidades e incompatibilidades no es aplicable a las entidades *privadas* sin ánimo de lucro.

Dicha afirmación se dio en razón de una pregunta realizada por el Ministerio de Medio Ambiente, en torno a la posibilidad de que una organización no gubernamental de carácter ambiental participara en licitaciones, concursos públicos o contrataciones directas y celebrara contratos con una corporación autónoma regional, siendo miembro de su consejo directivo. Al respecto, el Alto Tribunal sostuvo que: «No es posible que la organización no gubernamental del sector ambiental pueda celebrar contratos con la respectiva corporación autónoma regional en la cual el representante de aquella sea miembro del consejo directivo», argumentando que la excepción del artículo 10 de la Ley 80 de 1993 no procedía para entidades sin ánimo de lucro de naturaleza privada⁵.

No se comparte la conclusión propuesta por la Sala de Consulta y Servicio Civil, teniendo en cuenta que cuando el artículo 10 hizo referencia a las «personas jurídicas sin ánimo de lucro», no las distinguió entre las de naturaleza pública y las de naturaleza privada, por lo que ambas, al menos por el primer requisito, serían destinatarias de la excepción, independientemente de su naturaleza jurídica. No podría siquiera validarse ese planteamiento a partir de una interpretación restrictiva, porque el operador jurídico se vería obligado a elegir entre una y otra, sin algún tipo de sustento jurídico, más allá de las seis palabras que la integran.

Con respecto al segundo requisito: que las personas jurídicas sin ánimo de lucro tengan «representantes legales [que] hagan parte de las juntas o consejos directivos en virtud de su cargo o por mandato legal o estatutario», se hacen las siguientes precisiones: *i)* la figura del representante también aplica en las

⁴ El artículo 355 de la Constitución Política establece lo siguiente: «Ninguna de las ramas u órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado.

» El Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, celebrar contratos con *entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad* con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de Desarrollo. El Gobierno Nacional reglamentará la materia» (cursivas fuera del texto).

⁵ CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 18 de octubre de 2001. M.P. Ricardo Hernando Monroy Church.

personas jurídicas sin ánimo de lucro, en los términos del artículo 196 del Código de Comercio. Para sostener lo anterior se recuerda que, en principio, existe una división entre las personas jurídicas civiles y las personas jurídicas comerciales: por un lado, el artículo 633 del Código Civil señala que una persona jurídica –entendida como una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones– puede ser de dos especies: corporaciones y fundaciones de beneficencia pública. En esa medida, en la legislación civil, ambas son estructuras en las que prima la filantropía, pues su propósito no se enfoca en la obtención de utilidad. Por su parte, en el Código de Comercio, las personas jurídicas son las sociedades –artículo 98–, que tienen como propósito repartirse entre sí las utilidades obtenidas en la empresa o actividad social.

Si se tiene en cuenta que el artículo 10 de la Ley 80 de 1993 hace referencia a personas jurídicas sin ánimo de lucro, mal se haría en entenderlas a partir de las formas propias de las sociedades. No obstante, el artículo 100 del Código de Comercio permite que existan sociedades de naturaleza civil, que se constituyan por las formas comerciales, de manera que las personas jurídicas sin ánimo de lucro, aun cuando se distingan de las sociedades comerciales por su fin lucrativo, podrán emplear la regulación mercantil para su estructuración y funcionamiento.

Así las cosas, como el artículo 196 del Código de Comercio dispone que las sociedades tendrán una representación y administración de sus bienes, y quien la ejerza, por regla general, podrá celebrar o ejecutar todos los actos y contratos comprendidos dentro del objeto social o que se relacionen directamente con la existencia y el funcionamiento de la persona jurídica, ello implica que las personas jurídicas sin ánimo de lucro también podrán contar con esta figura de administrador o representante.

ii) No todas las entidades públicas tienen juntas o consejos directivos, de ahí que corresponda identificar las que cuenten con estos órganos colegiados para verificar el segundo requisito de la excepción al régimen. Para abordar este análisis se tendrá en cuenta lo dispuesto en la Ley 489 de 1998, especialmente el artículo 102⁶, que regula el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los representantes legales y de los *miembros de los consejos y juntas directivas* de las siguientes entidades: establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado, sociedades de economía mixta en las que la Nación o sus

⁶ El artículo 102 de la Ley 489 de 1998 dispone que: «Los representantes legales y los miembros de los consejos y juntas directivas de los establecimientos públicos, de las empresas industriales y comerciales del Estado y de las sociedades de economía mixta en las que la Nación o sus entidades posean el noventa por ciento (90%) o más de su capital social y de las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios, estarán sujetos al régimen de inhabilidades, incompatibilidades, y responsabilidades previstas en el Decreto 128 de 1976 y demás normas que lo modifiquen o adicionen».

entidades posean el noventa por ciento (90%) o más de su capital social y empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios.

Pese a lo anterior, si bien esta disposición regula inhabilidades e incompatibilidades de los representantes legales y de los miembros de junta o consejos directivos, en esta oportunidad se emplea para concluir que en las tipologías de entidades que menciona existen estos órganos, por lo que podría configurarse la excepción. De otro modo: en esta norma se reconoce la existencia de juntas y consejos directivos al interior de entidades descentralizadas con personería jurídica, de ahí que parecieran ser solo estas ante las cuales podría configurarse el tercer supuesto de hecho del artículo 10 de la Ley 80 de 1993. Esto ocurriría tanto en el nivel nacional como en el nivel territorial, teniendo en cuenta el artículo 2, parágrafo, de la Ley 489 de 1998.

Un aspecto que soporta esta afirmación consiste en que la figura de juntas y consejos directivos –como órganos colegiados equiparables en sus proporciones a las juntas de socios o accionistas en el derecho comercial– suele estar relacionada con la participación de las entidades en el sector privado, lo que es propio de las personas jurídicas sin ánimo de lucro, aun cuando no pretendan distribuirse las utilidades entre quienes la integran.

Finalmente, *iii)* se precisa que un miembro de junta o consejo directivo no es sinónimo de «servidor público»; sin embargo, esta distinción no es absoluta, en la medida en que, aunque no suele ser la regla general, lo cierto es que en los actos de creación de las entidades públicas se podría estipular que un funcionario determinado haga parte del órgano colegiado. En esos términos, en una misma persona podría confluir la calidad de miembro de junta o consejo y de servidor público. Este aspecto sería de gran relevancia si se tratara, por ejemplo, de una entidad sin ánimo de lucro de naturaleza pública.

Ahora bien, teniendo en cuenta los tres presupuestos básicos anteriores, en el siguiente acápite se realiza un estudio de las palabras que integran la disposición, abordando las discusiones teóricas y prácticas que promueve.

2. Problemáticas de la excepción: pertinencia jurídica y reproches de constitucionalidad

El artículo 10 de la Ley 80 de 1993, al igual que el régimen de las inhabilidades e incompatibilidades, contiene una serie de desafíos teórico prácticos para el operador jurídico, que cuestionan el alcance de la disposición e incluso su constitucionalidad y pertinencia normativa. Antes de detallarlos pormenorizadamente se tendrá en cuenta que, por un lado, no existen antecedentes de esta excepción en el Decreto 150 de 1976 y en el Decreto Ley 222 de 1983, como sí ocurre con las primeras dos excepciones: es decir, las aplicables

a las personas que deban contratar por obligación legal y a las que lo hagan para usar bienes o servicios que las entidades ofrezcan al público en condiciones comunes a quienes los soliciten. Por otro lado, se recuerda que en la Exposición de Motivos de la Ley 80 de 1993 no se hizo referencia a la aplicación de las excepciones⁷. En esa medida, y para interpretar la tercera excepción del artículo 10, se recurre a la semántica de las palabras que la componen.

En primer lugar, cuando el artículo 10 de la Ley 80 de 1993 establece que «No quedan cobijadas por las inhabilidades e incompatibilidades *de que tratan los artículos anteriores* [...] las personas jurídicas sin ánimo de lucro cuyos representantes legales hagan parte de las juntas o consejos directivos en virtud de su cargo o por mandato legal o estatutario», pareciera excepcionar la totalidad de causales dispuestas en el ordenamiento jurídico, y no solo las que se relacionen con el supuesto de hecho del tercer escenario, es decir, que aunque lo razonable sería que solo se excepcionaran ciertas causales, como la dispuesta en el artículo 8, numeral 2, literal d), de la Ley 80 de 1993⁸ y la definida en el artículo 14 del Decreto 128 de 1976⁹, la primera parte del artículo 10 señala que se trata de una excepción a todos los artículos anteriores, esto es, a la totalidad de causales del artículo 8 del EGCAP –incluyendo a las dispersas en el ordenamiento jurídico introducidas en el numeral 1, literal a)– y las que podrían surgir a partir del artículo 9 *ibidem*.

Esta dificultad ocurre porque a diferencia de las otras excepciones, la tercera no está escrita en términos generales y transversales a las causales de inhabilidad o incompatibilidad, sino que se enfoca en los sujetos, esto es, en una situación concreta. En consecuencia, para definir su alcance –esto es, si exceptúa todo el régimen o una parte de él– pareciera necesario acoger un criterio hermenéutico claro, con la particularidad de que no podría elegirse un método

⁷ ALCALDÍA DE BOGOTÁ. Exposición de motivos. [En línea]. Disponible en: <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=7148>

⁸ El artículo 8, numeral 2, literal d), de la Ley 80 de 1993 dispone que: «Las corporaciones, asociaciones, fundaciones y las sociedades anónimas que no tengan el carácter de abiertas, así como las sociedades de responsabilidad limitada y las demás sociedades de personas en las que el servidor público en los niveles directivo, asesor o ejecutivo, o el miembro de la junta o consejo directivo, o el cónyuge, compañero o compañera permanente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, afinidad o civil de cualquiera de ellos, tenga participación o desempeñe cargos de dirección o manejo».

⁹ El artículo 14 del Decreto 128 de 1976 establece lo siguiente: «De las incompatibilidades de los miembros de las juntas y de los gerentes o directores. Los miembros de las juntas o consejos directivos y los gerentes o directores no podrán, en relación con la entidad a la que prestan sus servicios y con las que hagan parte del sector administrativo al cual pertenece aquella:

»a) Celebrar por sí o *por interpuesta persona* contrato alguno; [...]» (cursiva fuera del texto).

distinto para interpretar cada excepción, sino que este debe aplicarse a la totalidad del artículo 10 *ibidem*.

Así las cosas, por un lado, podría sostenerse que la tercera excepción solo permite desconocer las causales que se relacionen con el supuesto de hecho que exceptúa, es decir, aquellas que se dirijan a las personas jurídicas sin ánimo de lucro, cuyo representante legal haga parte de una junta o consejo directivo. Para ello se acogería un método de interpretación teleológico, con el cual se destaca que, a diferencia de los otros supuestos, la finalidad del legislador era excepcionar un sujeto que no podía contratar por la concurrencia de dos calidades en una persona –representante legal y miembro de junta o de consejo directivo–.

Por el contrario, si se acoge una interpretación literal, se sostendría que, efectivamente, la tercera excepción del artículo 10 de la Ley 80 de 1993 aplica para cualquier causal de inhabilidad o incompatibilidad, por lo que excepciona todo el régimen, sin distinción. En esos términos, por ejemplo, si una persona jurídica sin ánimo de lucro contrata con una entidad estatal, pero incumple el contrato de forma grave, ocasionando la declaratoria de la caducidad, no estaría inhabilitada para contratar con otra entidad estatal por el artículo 8, numeral 1, literal c), siempre y cuando su representante legal sea parte de la junta o del consejo directivo de la misma.

En efecto, la distinción de métodos de interpretación y su respectiva consecuencia genera conclusiones paradójicas: en el primer escenario se acude a una interpretación teleológica, que resulta restrictiva, en la medida en que limita el alcance de la excepción; mientras que en el segundo escenario se escoge una interpretación literal –propia del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, en tanto prohibiciones– que concluye en ampliar la norma, es decir, en extender la excepción.

Escoger uno u otro método supone un desafío, en tanto, por un lado, si se escoge la interpretación teleológica, que resulta sumamente razonable, se estaría limitando el alcance de la disposición, de manera que una norma que «retorna» la capacidad jurídica –como atributo de la personalidad– y que garantiza los derechos que un régimen de prohibiciones restringe, se estaría viendo menguada con ocasión de este criterio hermenéutico. Por otro lado, si se optara por la interpretación literal, se estaría permitiendo que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades fuese «inaplicable» a las personas jurídicas sin ánimo de lucro, solo por la participación de su representante legal en la junta o consejo directivo de la entidad estatal, de manera que, independientemente de que, por ejemplo, a la entidad sin ánimo de lucro se le declarara la caducidad o se le condenara como responsable administrativamente por la conducta de soborno transnacional, no tendría inhabilidad para contratar, pudiendo incluso participar en

procedimientos de selección sin incurrir en la inhabilidad dispuesta en el artículo 8, numeral 1, literal b), de la Ley 80 de 1993¹⁰.

Aunque se reconoce que la conclusión de la interpretación teleológica es la más razonable, en tanto garantiza los principios de la función administrativa – artículo 209 de la Constitución Política–, no se pierde de vista que la redacción de la disposición quedó en términos muy amplios para las personas jurídicas sin ánimo de lucro, y que no pareciera existir sustento jurídico para restringir su alcance.

Una discusión que subyace de lo anterior, y que dependiendo de su solución puede restarle racionalidad a la interpretación teleológica, es la siguiente: recuérdese que el artículo 8, numeral 2, literal d) contempla una prohibición para contratar dirigida a las corporaciones, asociaciones, fundaciones y sociedades anónimas abiertas que tengan un empleado ocupando cargos de dirección o manejo –como lo sería el representante legal–, y sea, entre otros, miembro de junta o consejo directivo. En principio, si se acogiera el argumento teleológico, y se considerara que la tercera excepción del artículo 10 solo le aplicaría a esta causal del artículo 8 –eventualmente a la del artículo 14 del Decreto 128 de 1976–, se podría señalar su falta de relevancia jurídica, pues el artículo 8, parágrafo 1, de la Ley 80 de 1993 dispone que: «La inhabilidad prevista en el literal d) del ordinal 2o. de este artículo no se aplicará en relación con las corporaciones, asociaciones, fundaciones y sociedades allí mencionadas, cuando por disposición legal o estatutaria el servidor público en los niveles referidos debe desempeñar en ellas cargos de dirección o manejo». De esta forma, ya existiría una excepción a la disposición.

En esa medida, si se aceptara que la excepción del artículo 10 solo excepciona el artículo 8, numeral 1, literal d), se podría concluir que resulta innecesaria jurídicamente. Ahora, aunque se trata de una problemática considerable, se sostiene que, por la redacción de la norma, la excepción del artículo tercero es más amplia, evidenciándose su «relevancia» normativa, o al menos su utilidad jurídica. En suma, se trata de un error del legislador de 1993 que propicia que ciertas personas jurídicas estén exentas del régimen de prohibiciones. Lógicamente, esta afirmación conlleva a cuestionar la constitucionalidad de la disposición, pero antes se abordará una problemática con carácter similar.

En segundo lugar, se discute si la excepción procede respecto de cualquier entidad estatal, o solo frente a la cual el representante legal de la persona jurídica

¹⁰ El artículo 8, numeral 1, literal b) de la Ley 80 de 1993 dispone que son inhábiles para participar en licitaciones y celebrar contratos con las entidades estatales: «Quienes participaron en las licitaciones o concursos o celebraron los contratos de que trata el literal anterior estando inhabilitados.».

participa de la junta o del consejo directivo. Antes de resolver este interrogante se precisa que la excepción nunca establece que el representante legal de la persona jurídica sin ánimo de lucro pertenece a una junta o consejo directivo de una *entidad estatal*. Esta última parte pareciera agregarse con el único propósito de darle sentido a la norma, pues no se encuentra coherente señalar que se refiere a la junta o al consejo directivo de la misma persona jurídica sin ánimo de lucro. En ese orden se advierte que, pese a que la disposición no se estableció en esos términos, los problemas identificados se basan en este presupuesto.

Así pues, en cuanto a la aplicación de la excepción a una o a varias entidades estatales, se tiene que no es posible conocer si el legislador hacía referencia a un término plural o singular –es decir, a una entidad estatal o a todas las entidades estatales–, pues la disposición ni siquiera las mencionó. Esta problemática no pareciera tener una solución, pero en todo caso esta debería adecuarse a alguna de las dos posibilidades siguientes: de un lado, que la excepción solo le aplique a la entidad estatal de la cual el representante legal de la persona jurídica sin ánimo de lucro haga parte de su consejo o junta directiva, pues no existiría racionalidad para extender su interpretación; y de otro lado, que la primera parte del artículo 10 exceptiona los artículos anteriores, y que estos se aplican a todas las entidades estatales, de ahí que la excepción sí pueda ampliarse.

Lógicamente, la elección dependerá del criterio del operador jurídico, lo que nuevamente evidencia un problema de regulación en el régimen, pues a diferencia del escenario anterior, la norma no permite extraer una conclusión –ni siquiera una que se considere desacertada socialmente, pero con firmeza jurídica–. En esta oportunidad se sostendrá que, por la lógica jurídica, solo debería proceder respecto de la entidad estatal de la que forma parte el representante legal del eventual contratista, pues no tendría sentido extenderla a las demás; no obstante, como se observa, esta afirmación está dada en términos de lo que debería ser, sin arriesgarse a definir cómo efectivamente es, básicamente porque no es posible elegir un camino, sin considerar que el otro también es igualmente viable.

En tercer lugar, cuando el artículo 10 dispone que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades no se aplica a las personas jurídicas sin ánimo de lucro, cuyo representante legal haga parte de una junta o consejo directivo, no especifica si se trata del representante legal principal, o si incluye, también, al representante legal suplente. Así las cosas, no es claro si cuando un representante legal suplente participa como miembro de junta o de consejo directivo de la entidad, inhabilita o incompatibiliza a la entidad que representa, o si la excepción lo cubre en razón de su calidad, aun cuando sea suplente. En

efecto, esta discusión también se aborda a partir de la escogencia de un método interpretativo.

Aquí se sostendrá que, a diferencia de las causales de inhabilidades e incompatibilidades, no se exige una interpretación restrictiva, y como allí se empleó el término «representante legal», sin cualificarlo o distinguirlo, se entenderá como el género, incluyendo a sus especies, es decir, al representante «principal» y al representante «suplente».

En relación con el cargo, también se cuestiona si la excepción aplica cuando un miembro de junta o consejo directivo ocupe esa calidad, y posteriormente sea nombrado representante legal de una persona jurídica sin ánimo de lucro. De otro modo, se discute si el orden de la obtención de los cargos influye en la configuración de la excepción, es decir, si se requiere que primero sea representante de una ESAL y luego miembro de junta o consejo directivo de una entidad estatal, o si se permite el caso inverso.

Al respecto, se sostiene que pese a que las finalidades del régimen de inhabilidades e incompatibilidades –moralidad, transparencia, igualdad, entre otros– se respetarían en mayor medida si se exigiera que primero se fuera representante legal y luego miembro de junta o consejo directivo, al evitar la creación de personas jurídicas sin ánimo de lucro para excepcionar el régimen de prohibiciones para contratar, lo cierto es que la norma, cuando establece el supuesto, se enfoca en los cargos, independientemente de su orden. En esa medida, pareciera que este aspecto no influye.

En cuarto lugar, se cuestiona la constitucionalidad de la excepción, a partir de un análisis del derecho a la igualdad y de la proporcionalidad de la medida. En cuanto a aquel –artículo 13 de la Constitución Política– se discute si el hecho de que la excepción aplique solo a las personas jurídicas sin ánimo de lucro, y no, por ejemplo, a las sociedades con ánimo de lucro, supone un tratamiento diferencial injustificado.

En esta oportunidad se destaca que, aunque las personas jurídicas mencionadas en el artículo 10 no tienen un ánimo de lucro, sí desarrollan actividades en el sector privado y sí obtienen ganancias, aun cuando estas se destinen a las finalidades filantrópicas que persiguen. En esa medida, si bien la participación de sus representantes en las juntas o consejos directivos de las entidades estatales se supedita a un mandato legal, estatutario o en razón a su cargo, también podría ocurrir que una persona jurídica *con* ánimo de lucro tuviera, por ejemplo, una directriz legal que estableciera que su representante debe participar en un órgano colegiado de una entidad estatal, pero que pese a estar en la misma situación que una ESAL, no estaría exceptuada del régimen de inhabilidades e incompatibilidades. Así las cosas, se concluye que existe un

tratamiento diferencial, y que no se observa una justificación constitucional para el mismo.

En cuanto a la proporcionalidad de la medida, se discute con vehemencia su alcance, teniendo en cuenta la conclusión del primer interrogante –que esta tercera excepción inaplica todas las causales del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, y no solo las relacionadas con las personas jurídicas sin ánimo de lucro–. Efectivamente, no se encuentra una razón jurídica para que el legislador le haya dado un tratamiento a esta excepción igual al de las otras, pues se están considerando aspectos concretos –una persona específica y un cargo determinado–, y se está permitiendo que las personas jurídicas sin ánimo de lucro burlen gran parte del régimen de inhabilidades e incompatibilidades.

En consecuencia, se considera que la disposición vulnera los postulados de la Carta Política, y aunque no se sugiere declararla inconstitucional integralmente –en tanto busca que las obligaciones legales, estatutarias o adquiridas en virtud de un cargo no obstaculicen la participación en el mercado de la contratación pública de una persona jurídica sin ánimo de lucro–, sí se considera que debería condicionarse su interpretación y restringirse su alcance en los siguientes términos: *i)* entender que excepciona solo las causales que le prohíban contratar a la persona jurídica sin ánimo de lucro, en razón de la concurrencia de dos calidades en su representante y *ii)* señalar que la excepción solo prospera en relación con la entidad estatal en la que el representante participa como miembro de junta o consejo directivo.

En quinto lugar, se discutirá si cuando la disposición hace referencia a un mandato «legal», incluye cuerpos normativos distintos a la ley. Para desarrollar este apartado se tendrá en cuenta que, si se entiende «legal» en sentido formal, es decir, a partir de un criterio orgánico, el legislador y el presidente serían los únicos competentes para establecer el deber de que un representante legal de una persona jurídica sin ánimo de lucro haga parte de un consejo o junta directiva. Por el contrario, si se entiende «legal» en sentido material, esto es, si se le considera «ley» a cualquier norma o disposición, independientemente del poder que la expida, siempre y cuando tenga los atributos de impersonalidad, generalidad y abstracción, podría sostenerse que, si un manual cumpliera estos tres criterios, tendría la posibilidad de crear excepciones a las inhabilidades e incompatibilidades.

Aunque se reconoce que existe una dualidad interpretativa, se considera que cuando se emplea la expresión «mandato legal», se hace referencia a que una ley en sentido formal deba ser la que define que el representante de una entidad sin ánimo de lucro determinada deba formar parte de la junta o del consejo directivo de una entidad estatal específica. Ahora, este apartado resultaría problemático, en tanto se recuerda que el criterio hermenéutico empleado no era

el mismo que el de las causales de inhabilidades e incompatibilidades – restrictivo–.

No obstante, se sostiene la conclusión, bajo el principio de que las cosas en derecho se deshacen como se hacen, de manera que, si las inhabilidades e incompatibilidades tienen reserva de ley, solo una ley podría desconocerlas –o la Constitución Política–. No obstante, se reconoce que quien sostenga una interpretación extensiva podrá concluir que el término «legal» no se restringe a la ley en sentido formal.

Adicionalmente, se cuestiona si se exige una cualificación especial de la ley que dispone que un representante legal deba formar parte de un consejo o junta directiva. Para abordar este aspecto se destaca que cuando Juan Ángel Palacio Hincapié ejemplifica esta excepción, señala lo siguiente:

«[...] Podría darse el caso que en virtud de la participación que tienen los usuarios en las juntas de las entidades prestadoras de servicios públicos, el representante legal de una persona jurídica sin ánimo de lucro fuera elegida para representar a los usuarios. En tal caso, la persona jurídica sin ánimo de lucro no estará inhabilitada para contratar con la entidad a pesar de hacer parte de la junta su representante legal [...]»¹¹.

En este ejemplo pareciera que basta que la ley autorice a unos usuarios a elegir a un representante ante la junta o consejo directivo para que se excepcionen las inhabilidades e incompatibilidades. No obstante, no se comparte la perspectiva del autor, teniendo en cuenta el alcance tan amplio de la disposición, de ahí que se señale que la ley debe ordenar *expresamente* que el representante de una entidad sin ánimo de lucro determinada sea quien deba conformar el órgano colegiado de una entidad estatal.

En sexto lugar, se discuten las dos alternativas restantes: la excepción derivada de un mandato estatutario y la excepción derivada del cargo. Frente a aquella se cuestiona el uso de la palabra «estatutario», ¿se referirá a los estatutos de la entidad estatal o al de la persona jurídica sin ánimo de lucro? Aunque se reconoce que no es un concepto definido en materia contractual pública, se considera que hace referencia a los primeros, es decir, a los estatutos de la entidad estatal, pues no tendría sentido que un mismo contratista se excepcione del régimen de inhabilidades e incompatibilidades en sus actos de creación.

Esta discusión también ocurre con la excepción «en virtud del cargo», que es quizá la más compleja de entender. ¿El cargo del representante o el cargo de miembro de junta o consejo? Siguiendo la misma lógica anterior se considera que

¹¹ PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. La contratación de las entidades estatales. Bogotá: Librería Jurídica Sánchez R. S.A.S., 2020. p. 170.

debe ser el cargo de «miembro de junta o consejo de la entidad estatal», de manera que sea una norma general la que establezca el deber, y no una que provenga del mismo excepcionado.

Finalmente, se concluye que la ausencia de justificación de la norma, y la incorrecta redacción, ofrecen varios desafíos para el operador jurídico, los cuales a su vez cuestionan la pertinencia jurídica y la constitucionalidad de su alcance.

Bibliografía

Doctrina

PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. La contratación de las entidades estatales. Bogotá: Librería Jurídica Sánchez R. S.A.S., 2020. 859 p.

Jurisprudencia

CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 18 de octubre de 2001. M.P. Ricardo Hernando Monroy Church.

Cibergrafía

ALCALDÍA DE BOGOTÁ. Exposición de motivos. [En línea]. Disponible en: <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=7148>

CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ. Guía práctica de las Entidades sin Ánimo de Lucro y del Sector Solidario. [En línea]. Consultado el 3 de septiembre de 2021. Disponible en:

<https://www.ccb.org.co/content/download/2756/35466/version/1/file/Gu%C3%ADa+Pr%C3%A1ctica+de+las+Entidades+sin+%C3%81nimo+de+Lucro+y+del+Sector+Solidario.pdf>

