

CAUSAL DEL NUMERAL 2, LITERAL D), DEL ARTÍCULO 8 DE LA LEY 80 DE 1993: TRASLADO DE LA CAUSAL A DIVERSAS PERSONAS JURÍDICAS¹

Mitchelle Rincón Rodríguez²

RESUMEN. En el presente escrito se estudiará la causal del régimen de inhabilidades e incompatibilidades dispuesta en el numeral 2, literal d), del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, para lo que se identifican sus aspectos problemáticos, enfatizando en los elementos que integran y definen la disposición, el ámbito de aplicación, naturaleza, término de duración y las calidades de sus sujetos que generan la inhabilidad y los sujetos pasivos de la prohibición.

Introducción

En este texto se estudiará el numeral 2, literal d), del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, empezando por describir cada uno de los elementos que la componen, enfatizando en la diferenciación de los tipos de sujetos indicados en ella, identificando su naturaleza jurídica –como inhabilidad o incompatibilidad–, el término de duración y se ahondará en las calidades de todos los sujetos.

Para lo anterior, se empezará por identificar algunas cuestiones, aclarando que fueron objeto de estudio es textos precedentes; no obstante, son transversales a cada una de ellas, por ello se dará cuenta de ellas, aunque de forma suscita. En primer lugar, la causal, como todas las establecidas en el numeral 2 del artículo 8, tiene un ámbito de aplicación restringido, circunscrito a una entidad, esto es, no implica una prohibición para contratar respecto de todas las entidades del Estado, sino que, por el contrario, solamente en relación con una específica, por lo que se denomina: «especial». De ahí que, quien esté incurso en ella podrá contratar con «otras» entidades, teniendo, por ejemplo, que si el vínculo es con el Ministerio de Salud y Protección Social nada impide que se contrate o participe en una licitación abierta con el Ministerio del Interior.

¹ Este ensayo, escrito para la sesión del 24 de abril 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 Cristian Andrés Díaz Diez, 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 G. Marín.

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

En segundo lugar, es preciso recordar la importancia del alcance que se le concede al término *licitación*, contenido en el enunciado introductorio del numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, y que determina la aplicación de la prohibición, pues la norma proscribire «participar en licitaciones», es decir, se circunscribe específicamente a ese procedimiento de selección; de ahí que es necesario precisar si se refiere a todos las modalidades del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007: licitación pública, concurso de méritos, selección abreviada, mínima cuantía y contratación directa³; o únicamente al primero.

Se reitera que la ley define a la *licitación*, no dejando margen de duda a que es conceptualmente independiente del resto de las modalidades de escogencia, por lo que una definición teleológica de esta, esto es, que cualquier forma de seleccionar al contratista donde haya invitaciones públicas y pluralidad de oferentes es una *licitación*, ni que exista la posibilidad que, con un razonamiento como el anterior, se concluya que la prohibición del numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 aplica a cualquiera de los procedimientos legales.

De ahí que existen dos (2) opciones interpretativas: *i*) la taxativa, restrictiva y literal, limita la aplicación de la causal a la *licitación pública* como modalidad especial; y *ii*) asumir que esos criterios hermenéuticos son insuficientes y no se ajustan al contexto y objetivos de las inhabilidades e incompatibilidades, por lo que sería necesario adoptar uno diferente que permita utilizarlas correctamente. Se sostiene que para la aplicación de las causales, y de esta en específico, implica decidirse por una de las elecciones interpretativas; además, lo que parece «conveniente» en el marco de la contratación estatal es entender que la prohibición se dirige a todos los procedimientos del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, y no exclusivamente a la licitación pública.

1. Aspectos generales de la causal: conceptualización y término de duración

El numeral 2, literal d), del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 establece que tampoco podrán participar en licitaciones ni celebrar contratos estatales las corporaciones, asociaciones, fundaciones y las sociedades anónimas de responsabilidad limitada y las demás sociedades de personas donde el servidor público en los niveles directivo, asesor o ejecutivo, o el miembro de junta o consejo directivo, o el cónyuge,

³ En la redacción original del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 estableció la estructura de los procedimientos de selección, limitándolos a la licitación y el concurso, términos que se mantienen en todo el articulado de la norma; sin embargo, con la expedición de la Ley 1150 se derogó la expresión «concurso», quedando vigente, únicamente, la licitación. Como destaca Dávila Vinueza, en ella se separó a la licitación del dispuesto para elegir consultores, para el que se creó uno especial, denominado concurso de méritos (DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal: aproximación crítica a Ley 80 de 1993. 2º Edición. Bogotá: Legis, 2003. p. 423).

compañero o compañera permanente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, afinidad o civil de cualquiera de ellos, tenga participación desempeñe cargos de dirección o manejo.

Esta causal parte de tres condiciones que al concurrir la producen: *i)* debe existir un sujeto que por sus condiciones o calidades la ocasiona, «sujeto generador»; *ii)* la traslada a un segundo sujeto, el «pasivo», en el que recae la restricción, y *iii)* finalmente, que aquel tenga un cargo de dirección o manejo en este. Aquellos, de acuerdo con lo establecido en el literal d), son: el servidor público en los niveles directivo, asesor o ejecutivo; 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 los anteriores.

A los sujetos pasivos, por su parte, la disposición los identifica como: 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. El presupuesto del que parte es de una persona: que sea miembro del consejo o junta directiva, o que sea un servidor público con funciones del nivel directivo, asesor o ejecutivo; o que sea el cónyuge, compañero o compañera permanente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, afinidad o civil de cualquiera de ellos.

Se destaca que el «sujeto generador» siempre será una persona natural, es decir, que nunca lo será uno de los demás que la Ley 80 de 1993 faculta para participar en una licitación pública –procedimiento de selección– o celebrar contratos, debido a la naturaleza de las actividades generadoras de la restricción, y de la tercera condición: que ejerzan cargos de dirección o manejo en el «sujeto pasivo». De ahí que no la produzcan los consorcios, uniones temporales, personas jurídicas, sociedades con objeto único o promesas de sociedad futura, pues, por un lado, por razones evidentes no pueden ostentar la calidad de servidor público en los niveles directivo, asesor o ejecutivo –propio de personas naturales–, y en general tampoco de integrante de junta o consejo directivo⁴; y por el otro, no pueden desempeñar cargos de dirección o manejo, por la misma razón anterior.

⁴ Se aclara que al especificar que como regla general solo las personas naturales tienen la condición de integrantes de alguno de los órganos directivos, implica que existe una excepción: la posibilidad de que lo sean personas jurídicas. Lo anterior, en razón a que, aunque en las normas de la estructura administrativa del Estado –Ley 489 de 1998– no se establece de forma exacta que puedan nombrarse como tal, tampoco se proscribía que sea así, en otras palabras, la norma lo autoriza, pero tampoco lo prohíbe; la disposición que regula la «integración de los consejos de los establecimientos públicos» señala, simplemente, que estos órganos se integraran de acuerdo con el acto de creación.

La posibilidad de que personas jurídicas estén este tipo de órganos se deriva del derecho privado, donde existe la posibilidad. La Superintendencia de Sociedades precisó que sin lugar a duda las personas jurídicas pueden integrar una junta directiva de una

En cuanto a la naturaleza del «sujeto pasivo», es evidente que siempre serán personas jurídicas, pues los identificados en la disposición son clases o tipos de estas, todas con carácter asociativo, con y sin ánimo de lucro. Las precisiones al respecto se harán en un acápite posterior. Para esta condición se reitera que la imposibilidad de que los demás sujetos que pueden ser «contratistas» estén incurso en esta causal, pues sus destinatarios son exclusivamente las personas jurídicas determinadas en la norma, es decir: corporaciones, asociaciones, fundaciones, sociedades anónimas que no tengan el carácter de abiertas, sociedades de responsabilidad limitada y las demás sociedades de personas.

Adicionalmente, se requiere que el vínculo que tiene el «sujeto pasivo» con la respectiva entidad sea actual, en otras palabras, que solamente producirá la restricción mientras subsista, siendo concomitantes; así, a diferencia de otras causales, la del literal d) implica que la extinción de la relación con la autoridad termina, automáticamente la prohibición para contratar con esa entidad. También es imperativo que la relación entre el «generador» y el «sujeto pasivo» sea concurrente al impedimento para contratar, es decir, que esta existirá mientras que aquel desempeñe cargos de dirección o manejo. Se destaca que en contraste con otras como la del numeral 2, literal a), *ibidem*, la limitación no excede el tiempo en que existe la calidad del sujeto pasivo.

En esa línea, cuando, por ejemplo, mientras un miembro de la junta directiva de una entidad estatal tenga un cargo de dirección en una fundación, esta no podrá contratar con esa entidad; no obstante, si deja de ser integrante de ese órgano de dirección, entonces, la restricción cesará y, por lo tanto, la fundación donde aún es directivo podrá contratar con esa autoridad. La misma lógica aplica si la relación que finaliza es la de directivo en el ente privado, caso en el cual también pierde vigencia la causal, y se vuelve a tener la capacidad contractual.

1.1. Naturaleza jurídica de la causal

En cuanto a la naturaleza jurídica, el literal d) no denomina directamente a la causal como inhabilidad o incompatibilidad; no obstante, el párrafo del numeral la denomina inhabilidad. Por parte de la doctrina, la categorización no es uniforme, Dávila Vinuesa se refiere a ella como una incompatibilidad en reiteradas ocasiones, pero en ningún momento su explicación del tema está dirigida a circunscribirla en

sociedad comercial y que actúa en su nombre el representante legal⁴. Así las cosas, nada obsta para que una persona jurídica esté en uno de los órganos directivos de las entidades estatales, siempre que en el acto de creación no se prohíba, máxime cuando la norma general no lo limita (SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Concepto 10 de enero del 2008. Radicado: 220-000503).

alguno de los dos conceptos⁵. Por otro lado, Palacio Hincapié la trata como una inhabilidad, coincidiendo con el párrafo; sin embargo, es necesario realizar la misma claridad, que el autor no desarrolla ningún argumento alrededor de esa mención. De la redacción de lo descrito por los autores, tampoco se puede inferir si realmente la entiende como una inhabilidad, o que está en verdadero desacuerdo con la disposición de la norma.

Por más que la delimitación de los conceptos no es clara ni unívoca, en ninguna de ellas se presentan los elementos necesarios para llenar de contenido invariable y constante de ellos. En este texto se sostiene, a partir de la revisión de varias definiciones y diferentes análisis, que las incompatibilidades son prohibiciones para contratar a personas que tengan dos calidades, en razón, por ejemplo, de vinculaciones laborales. De esta forma, un servidor público no puede contratar con el Estado, porque esas dos situaciones, ser contratista y servidor, no pueden concurrir en una misma persona. Sin embargo, en la causal del literal d) el «sujeto pasivo» no es el que tiene la relación con la entidad estatal, sino que entre ambos existe un *intermediario*: el «sujeto generador».

De acuerdo con esto, las condiciones que coexisten son: *i)* la del «sujeto generador» con la entidad respectiva; y *ii)* la del «sujeto generador» con «el sujeto pasivo». Como es claro no hay dos calidades concomitantes en una misma persona, y conforme al concepto que se adopta en el escrito, se considera que no es una incompatibilidad. Se resalta que las inhabilidades no tienen únicamente carácter sancionador o de reproche hacia un sujeto, como es el caso de la del literal d), que no tiene ni naturaleza, ni origen de penalización, sino que se protege la ejecución del contrato y al interés general del riesgo que representa las calidades de un determinado sujeto. No se considera que con esta prohibición para contratar se esté castigando a las personas jurídicas con quienes tienen vínculos los sujetos generadores.

Finalmente se profundizará en uno de los conceptos que integran las condiciones que constituyen la causal: los cargos de dirección o manejo. El artículo 32 del Código Sustantivo del Trabajo determina que los trabajadores de dirección, confianza y manejo hace referencia a los representantes del empleador, como directores, gerentes, administradores, entre otros; de ahí que se concluya que estas

⁵ Si bien Dávila Vinuesa utiliza el término *incompatibilidad* para referirse a la causal, el autor, al referirse a la conceptualización de las instituciones, destaca que si bien el legislador usa dos vocablos para designar las prohibiciones –*inhabilidades e incompatibilidades*–, y que un examen desprevenido podría sugerir que tienen significados y efectos distintos, ello no implica que existan verdaderas distinciones más allá de las semánticas. Señala, igualmente, que ninguna de las denominaciones tiene asociada ninguna consecuencia, más allá de una falta de precisión conceptual; de ahí que, aquí se resalta que la forma en que el autor emplea los conceptos no debe tener pretensiones categorizadoras, pues prescinde de su utilidad (Ibid. p. 148).

actividades están circunscritas a personas con vínculos naturales con las personas jurídicas, y que adicionalmente puedan tener injerencia en las decisiones.

2. Sujetos generadores de la causal

En el literal d) existe una particularidad, la presencia de sujetos que producen por su relación con una entidad del Estado la inhabilidad, y que además identifica plenamente, estando: el servidor público en los niveles directivo, asesor o ejecutivo, 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. Los sujetos son tan diferentes entre sí que es necesario estudiarlos, aunque sucintamente, de forma interdependiente, lo que se hará a continuación.

2.1. Servidores públicos del nivel directivo, asesor y ejecutivo

Los primeros sujetos generadores de la prohibición son los servidores públicos. Al respecto, Vergara Mesa explica que la Constitución política no define el concepto, sino que lo utiliza para denominar las categorías que lo constituyen, precisando que puede entenderse como la persona natural que cumple tareas a cargo del Estado, en general, de forma subordinada y por una contraprestación económica, en cualquier órgano estatal⁶. El autor agrega que se clasifican en miembros de corporaciones públicas, empleados públicos y trabajadores oficiales⁷.

Si bien se enuncia el concepto de servidor público, se aclara que la pretensión del texto no es analizarlo, por lo tanto el estudio se enfocará, de forma breve, en el examen de los niveles directivo, asesor y ejecutivo. Al conceptualizarlos, Yunes Moreno explica que los métodos de clasificación técnica de empleo son esenciales en los sistemas ordenados y racionales de administración de personal, que se organiza a partir de la agrupación de los empleos según las afinidades funcionales y la atribución de grados jerárquicos, entre las que están las de *niveles*⁸.

El Decreto 2503 de 1993, artículo 11, vigente cuando se expidió la Ley 80 de 1993, estableció la naturaleza general de las funciones y los requisitos generales para los diferentes empleos públicos de las entidades del Orden Nacional. En el artículo 3 se dispuso que, conforme a la naturaleza de sus funciones, la índole de sus responsabilidades y los requisitos exigidos para su desempeño, los empleos se clasifican en los siguientes niveles jerárquicos: *i)* nivel directivo, *ii)* nivel asesor, *iii)*

⁶ VERGARA MESA, Hernán Darío. Instituciones del derecho administrativo laboral. 1º Edición. Medellín: Editorial Universidad de Antioquia, 2019. p. 86.

⁷ Ibid. p. 89.

⁸ YUNES MORENO. Op. cit., p. 133-134.

nivel ejecutivo, *iv*) nivel profesional, *v*) nivel técnico y *vi*) nivel asistencial⁹. Los tres primeros se corresponden con los prescritos por literal d), teniendo plena coherencia.

Por otra parte, el Decreto 770 de 2005, con fuerza de ley según el artículo 53, numeral 3, de la Ley 909 de 2004, dispuso el sistema de funciones y de requisitos generales para los empleos público correspondientes a los niveles jerárquicos pertenecientes a los organismos y entidades del orden nacional. En el artículo 2 se dispuso que según la naturaleza general de sus funciones, las competencias y los requisitos exigidos para su desempeño, los empleos de las entidades a los cuales se refiere el presente Decreto se clasifican en los siguientes: *i*) nivel directivo, *ii*) nivel asesor, *iii*) nivel profesional, *iv*) nivel técnico y *v*) nivel asistencial.

En el artículo 4 se determinaron las funciones generales de cada uno de los niveles, siendo para el caso del nivel directivo, los empleos a los cuales corresponden funciones de dirección general, de formulación de políticas institucionales y de adopción de planes, programas y proyectos; mientras que, el nivel asesor agrupa los empleos cuyas funciones consisten en asistir, aconsejar y asesorar directamente a los empleados públicos de la alta dirección de la rama ejecutiva del orden nacional. Por otro lado, el Decreto reglamentario 1785 de 2014, compilado en el Decreto 1083 de 2015, prescribió en el Capítulo 2, los niveles jerárquicos de los empleos, coincidiendo con los del Decreto 770: *i*) nivel directivo, *ii*) nivel asesor, *iii*) nivel profesional, *iv*) nivel técnico y *v*) nivel asistencial.

Respecto a la normativa aplicable a las entidades territoriales que disponen de su propia calificación por niveles jerárquicos, el Decreto-ley 785 de 2005, reglamentado por el Decreto 2484 de 2014, prescribe, en el artículo 3, que según la naturaleza general de sus funciones, las competencias y los requisitos exigidos para su desempeño, los empleos de las entidades territoriales se clasifican en: *i*) nivel directivo, *ii*) nivel asesor, *iii*) nivel profesional, *iv*) nivel técnico y *v*) nivel asistencial.

⁹ El artículo 4 del decreto define que: «A los empleos agrupados en los niveles jerárquicos de que trata el artículo anterior, les corresponden las siguientes funciones generales:

»a) Nivel Directivo. Comprende los empleos a los cuales corresponden funciones de dirección general, de formulación de políticas institucionales y de adopción de planes, programas y proyectos;

»b) Nivel Asesor. Agrupa los empleos cuyas funciones consisten en asistir, aconsejar y asesorar directamente a los empleados públicos del nivel directivo;

»c) Nivel Ejecutivo. Comprende los empleos cuyas funciones consisten en la dirección, coordinación, supervisión y control de las unidades o áreas internas encargadas de ejecutar y desarrollar las políticas, planes, programas y proyectos de las entidades».

En cuanto a la aplicación de estos conceptos al literal d), es preciso resaltar que cuando el Decreto 770 de 2005 derogó al Decreto 2503 de 1993, eliminó el *nivel ejecutivo* de esta forma de clasificar el empleo público. Por eso, cuando el numeral 2, literal d), del artículo 8 de la Ley 80 consagra a los servidores de nivel ejecutivo como «sujeto generador», no es posible aplicar la norma, pues al ser los niveles conceptos jurídicos determinables a partir de las normas laborales pertinentes, si estas prescinden de una figura o institución, se hace imposible de precisar al desaparecer del ordenamiento.

Así las cosas, solamente se identifican como originadores de la prohibición quienes sean servidores públicos en el nivel directivo o asesor, de acuerdo con los manuales de cada entidad, donde se permita verificar la clasificación del empleo y la nomenclatura de los cargos. Adicionalmente, se resalta, como en textos antecedentes, el cuestionamiento referente a cuándo un servidor de un nivel inferior sea *encargado* de un empleo del nivel directivo o asesor, es decir, si el ejercicio de las funciones implica quedar incurso en la inhabilidad. La pregunta se considera compleja, pues en términos formales el funcionario *no* tiene un cargo de ese nivel, sin embargo, por un periodo de tiempo –que bien puede ser corto o largo–, desempeñó formal y materialmente esas funciones; por esto, el texto simplemente formula el cuestionamiento, sin proponer una solución.

2.2. Miembros de la junta o consejo directivo

El segundo sujeto generador son los miembros de consejo o junta directiva. De acuerdo con la Ley 489 de 1998, artículo 50, en el acto de creación de los organismos o entidades estatales se deben señalar que en su estructura es obligatorio incluir la disposición de los órganos superiores de dirección y administración y la forma de integración y de designación de sus titulares. El artículo 68 dispone que las entidades descentralizadas se sujetan a las normas de la Constitución, la Ley 489, su acto de creación y sus estatutos internos; adicionalmente, el párrafo prescribe que el régimen jurídico para las entidades descentralizadas es aplicable a las territoriales, sin perjuicio de las normas pertinentes.

Por otro lado, se establece que la dirección y administración de los establecimientos públicos está a cargo de un consejo directivo y de un director, gerente o presidente; por otro lado, que se integra según determine el respectivo acto de creación, y que será presidido por el ministro o director de departamento administrativo al que esté adscrito –art. 72 *ibidem*–. Además, que puede estar integrado, tanto por particulares como servidores públicos y que, por pertenecer a ellos, los particulares no adquieren la calidad de empleados, aunque cumplan funciones públicas –art. 74–.

Partiendo de las disposiciones relativas a los establecimientos públicos, y demás normas de la Ley 489, el Consejo de Estado explicó que los consejos o juntas directivas de las entidades descentralizadas del orden nacional se rigen por lo dispuesto en la Ley 489 de 1998 para los establecimientos públicos, con excepción de las sociedades de economía mixta en las que se tenga participación inferior al 90%, de las descentralizadas indirectas que no sean sociedades entre entidades públicas o sociedades de economía mixta sujetas al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado y de las entidades sin ánimo de lucro, todas las cuales se rigen por las disposiciones del derecho privado, sin perjuicio de lo previsto de manera particular para dichas entidades en Ley 489, en leyes especiales y en otras normas constitucionales y legales¹⁰.

Igualmente, se especifica que los consejos o las juntas directivas de la entidades descentralizadas pueden estar integradas parcialmente por personas naturales, sin la calidad de servidores públicos, en la forma y proporción que las entidades lo autoricen, quienes no pierden su calidad, es decir, que no se transforman ni en empleados públicos, ni en trabajadores oficiales, o cualquier otra clasificación del servicio¹¹.

2.3. Cónyuge, compañero o compañera permanente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, afinidad o civil de cualquiera de ellos

Otros sujetos generadores de la inhabilidad son los que tienen las siguientes relaciones con los servidores públicos –del nivel directivo, asesor y ejecutivo–: cónyuges, compañeros permanentes o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, afinidad o civil. El primer concepto que se relaciona es el matrimonio, ampliamente analizado en diferentes estudios acerca del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, de ahí que, en líneas generales, se resalta que es un contrato solemne por el cual dos personas se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente –art. 113 del Código Civil–.

Así las cosas, la condición de cónyuge se adquiere mediante la suscripción de ese contrato solemne, el cual, además, estará sujeto a registro; así, el artículo 5 del Decreto 1260 de 1970 estableció que los hechos y los actos relativos al estado civil de las personas deben ser inscritos en el competente registro civil, entre otros, el matrimonio, las capitulaciones matrimoniales, las rehabilitaciones nulidades de matrimonio, la separación de cuerpos y bins y divorcios. Igualmente, se señala que uno de los elementos del archivo de registro del estado civil es el *registro de matrimonios* –art. 8–.

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 5 de febrero de 2019. Exp. 2.405. C.P. Álvaro Namén Vargas.

¹¹ Ibid.

Así mismo prescribe que el estado civil –donde se incluye el matrimonio– debe constar en el registro del estado civil –art. 101–. También se determinó que como regla general ningún hecho, acto o providencia relativos al estado civil o la capacidad de las personas y sujeto a registro, surtirá efecto respecto de terceros, sino desde la fecha del registro o inscripción –art. 107–. Así, es claro que la oponibilidad a terceros, incluidas las entidades públicas, depende de la inscripción del matrimonio en el respectivo registro, de forma que la generación de la inhabilidad depende, exclusivamente, de que conste en él.

Por otro lado, la calidad de compañero permanente se origina en la unión marital de hecho, definida como la formada entre dos personas que, sin estar casados hacen una comunidad de vida permanente y singular –artículo 1 Ley 54 de 1990–. La ley también prescribe que la existencia de la unión marital de hecho entre compañeros permanentes se declarará por cualquiera de los siguientes mecanismos: *i)* escritura pública ante notario, *ii)* acta de conciliación judicial, y *iii)* sentencia judicial.

En este no existe un registro, de ahí que haya una dificultad para identificar la *tarifa* probatoria, es decir, que se requiere para probar tal calidad ante la respectiva entidad; de ahí que es necesario identificar si para que se constituya la inhabilidad es necesario que se declare previamente y se presente esa «declaración formal» ante la autoridad, o si, por el contrario, la finalidad de la figura es predominante y se debe priorizar la posición de la jurisprudencia en otros temas como la seguridad social, donde se puede probar por cualquier medio, sin necesidad de ninguna formalidad. La definición del tema no es sencilla, pues dependerá de la posición que se adopte al respecto.

Por otro lado, también se incluyen los parientes *hasta* el segundo grado de consanguinidad, afinidad o civil. Un primer aspecto destacable es el vocablo *hasta*, que inequívocamente incluye el primer y el segundo grado de cada una de las relaciones de parentesco referenciadas. En cuando a la consanguinidad están los padres y los hijos –en el primer grado–, y los hermanos, abuelos y nietos –en el segundo grado–; en lo concerniente a la afinidad están los suegros, nueros y yernos –en el primer grado–, y cónyuge de los hermanos, los abuelos del cónyuge –en el segundo grado–; y finalmente, en el civil los hijos y padres adoptivos –en el primer grado–.

3. Sujetos pasivos de la causal

Los sujetos pasivos de la causal del literal a) están plenamente identificados en él, en este caso no existen sujetos impersonales, sino que, por el contrario, la disposición señala «quien» estará incurso en ella: por un lado, los servidores

públicos de los niveles directivo, asesor y ejecutivo, y, por otro, los miembros de consejos y juntas directivas. Existen varios tipos de sujetos diferenciables, de ahí que sea necesario estudiarlos de forma interdependiente, lo que se hará a continuación.

Las corporaciones, asociaciones y fundaciones son diferentes tipologías de entidades sin ánimo de lucro, que para efectos de la causal bastará con identificar en su acto de constitución, si se crearon con esta naturaleza, de ser así serán destinatarios de la prohibición. En cuanto al concepto de *sociedad de personas*, es preciso señalar que no existe un referente normativo específico que permita determinarlo; sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia señalan que los tipos o clases de sociedad comerciales se organizan en: *i)* sociedades de capital y *ii)* sociedades de personas. Como se refirió, es claro que el Código de Comercio no establece expresamente la clasificación; no obstante, su vigencia y validez es indiscutida en el ámbito mercantil.

Estas sociedades –las de personas– se caracterizan porque quienes la conforman determinan la existencia de la sociedad, usualmente representadas en personas que se conocen entre sí *-intuitus personarum-*; en las segundas, lo determinante son los aportes económicos, no quiénes la integran, porque no importa demasiado en manos de quién están las acciones¹². Estas se caracterizan por la responsabilidad personal de los socios, quienes responden con su propio patrimonio por las deudas sociales, en este sentido se entiende que más que el aporte económico, es más relevante el aporte personal de los mismos, quienes además administran a la sociedad y su patrimonio de manera directa.

Al grupo de las «*sociedades de personas*» pertenecen las siguientes sociedades: colectivas, en comandita simple, unipersonal y las cooperativas. Al grupo de las «*sociedades de capital*» pertenecen: las sociedades anónimas, las sociedades en comandita por acciones, las simplificadas por acciones -SAS- y las de economía mixta¹³. Parte de la doctrina del derecho comercial estima que en esta clasificación cabe un tipo mixto: «*sociedades de naturaleza mixtas*», que corresponde a aquellas donde las acciones o capital es tan importante como las personas que conforman la sociedad, complejizando esta clasificación: es el caso de las sociedades de responsabilidad limitada.

La Superintendencia de Sociedad explicó que tradicionalmente se consideran como «*sociedades de personas*» a las colectivas y la comandita simple, como de «*capital*» a las comandita por acciones y anónimas, y que la de responsabilidad limitada tiene carácter mixto, ya que por un lado tiene

¹² COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Concepto del 2 de julio de 2019. Rad: 2201913000004541.

¹³ Ibid.

características de las sociedades anónimas –prototipo de las capitalistas– y por otro, comparten aspectos de la colectiva –prototipo de las personalistas–¹⁴. Conforme a lo explicado, la inhabilidad aplica a las sociedades colectivas y las de en comandita simple; además, que aunque es evidente que no es claro a que grupo pertenecen las sociedades de responsabilidad limitado, el literal subsana la problemática, pues las incluye expresamente.

Para finalizar, las sociedades anónimas que no tengan el carácter de abiertas, de conformidad con lo señalado por la Superintendencia de Sociedades, fue en un primer momento de carácter doctrinal, explicando que se entiende como tal aquella cuyos títulos que emite están destinados a ser suscritos por el público, y que cualquier persona pueda adquirirlos directamente o mediante comisionistas de bolsa de valores, pues su colocación y negociación no están sometidas a restricciones legales o estatutarias¹⁵.

Si bien esa es la definición que propone la Superintendencia, el artículo 2.2.1.1.2.2.8 del Decreto 1082 de 2015 dispone que en relación con el régimen de inhabilidades e incompatibilidades y conflictos de interés previsto en la ley, las sociedades anónimas abiertas son las inscritas en el Registro Nacional de Valores y Emisores, a menos que la autoridad competente disponga algo contrario o complementario. Al respecto se destaca que la definición del Decreto parece ampliar el alcance del concepto, implicando una complicación interpretativa al momento de aplicar el literal.

Bibliografía

Doctrina

COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Concepto del 2 de julio de 2019. Rad: 2201913000004541.

DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal: aproximación crítica a Ley 80 de 1993. 2º Edición. Bogotá: Legis, 2003. 921 p.

ESCOBAR GIL, Rodrigo. Teoría general de los contratos de la Administración Pública. Bogotá. Legis editores S.A., 2000. 635 p.

¹⁴ SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Concepto del 23 de marzo de 2005. Rad: 220-14196.

¹⁵ SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Concepto del 30 de julio de 1999. Rad: 220-66676.

PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. La contratación de las entidades estatales. Quinta edición. Librería Jurídica Sánchez R. LTDA., 2005. 859 p.

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Concepto del 30 de julio de 1999. Rad: 220-66676.

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Concepto 10 de enero del 2008. Radicado: 220-000503

VERGARA MESA, Hernán Darío. Instituciones del derecho administrativo laboral. 1° Edición. Medellín: Editorial Universidad de Antioquia, 2019. 182 p.

YOUNES MORENO, Diego. Derecho administrativo laboral. 13° Edición. Bogotá: Temis SA, 2018. 832 p.

Jurisprudencia

CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 5 de febrero de 2019. Exp. 2.405. C.P. Álvaro Namén Vargas.

