



Bogotá D.C., 21-12-2018 16:42 PM

Señor

Asunto: Inhabilidad por declaratoria de caducidad de contrato de concesión minera

Cordial saludo,

En atención a su solicitud de concepto, presentada mediante radicado 20181000326932, a través de la cual consulta, respecto a la declaratoria de caducidad de un contrato de concesión minera y la consecuente sanción por inhabilidad para el titular minero cuando este es una Sociedad por Acciones Simplificada; procedemos a dar respuesta, previas las siguientes consideraciones:

La declaratoria de caducidad de un contrato de concesión minera

El artículo tercero de la Ley 685 de 2001, -Código de Minas-, establece que la normatividad minera es una normatividad completa, sistemática y armónica, con sentido de especialidad y de aplicación preferente, en este sentido la misma contiene una regulación general, en relación con los términos y condiciones establecidas para el ejercicio del derecho otorgado a través del título minero.

No obstante, la misma la ley minera, refiere que las disposiciones generales sobre contratos estatales y las relativas a procedimientos precontractuales, no serán aplicables a la formulación y trámite de las propuestas de concesión minera, ni a la suscripción, perfeccionamiento, validez, ejecución y terminación de ésta, salvo las referentes a la capacidad legal a que se refiere el artículo 17 del Código de Minas¹, donde se prevé que la capacidad legal para formular propuesta de concesión minera y para celebrar el correspondiente contrato, se regula por las disposiciones generales sobre contratación estatal.

En concordancia con lo anterior, el artículo 53 de la Ley 685 de 2001, -Código de Minas-, señala:

¹ Artículo 17. Capacidad legal. La capacidad legal para formular propuesta de concesión minera y para celebrar el correspondiente contrato, se regula por las disposiciones generales sobre contratación estatal. Dicha capacidad, si se refiere a personas jurídicas, públicas o privadas, requiere que en su objeto se hallen incluidas, expresa y específicamente, la exploración y explotación mineras.

Cuando Uniones Temporales reciban concesiones deberán constituirse en figura societaria, con la misma participación que se derive de la propuesta presentada.

También podrán presentar propuestas y celebrar contratos de concesión los consorcios, caso en el cual sus integrantes responderán solidariamente de las obligaciones consiguientes.



Radicado ANM No: 20181200268341

"ARTÍCULO 53. LEYES DE CONTRATACIÓN ESTATAL. Las disposiciones generales sobre contratos estatales y las relativas a procedimientos precontractuales, no serán aplicables a la formulación y trámite de las propuestas de concesión minera, ni a la suscripción, perfeccionamiento, validez, ejecución y terminación de ésta, salvo las referentes a la capacidad legal a que se refiere el artículo 17 del presente Código. En todas estas materias se estará a las disposiciones de este Código y a las de otros cuerpos de normas a las que el mismo haga remisión directa y expresa."

A su turno el artículo 21 del Estatuto Minero, prevé:

"Artículo 21. Inhabilidades o incompatibilidades. Serán causales de inhabilidad o incompatibilidad para formular propuestas o celebrar contratos de concesión minera, las establecidas en la ley general sobre contratación estatal que fueren pertinentes y la especial contemplada en el artículo 163 de este Código."

De la interpretación de las normas previamente señaladas se permite, por remisión de los artículos 21 y 53 del Código de Minas², la aplicación en materia minera de leyes de contratación estatal relacionadas con la capacidad legal que resultaren pertinentes, y las relativas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades.³

En este orden de ideas, cuando bajo el procedimiento previsto en el Estatuto Minero, se declare la caducidad de un título minero, encontrándose el acto administrativo que la declare, ejecutoriado y en firme, ello traerá como consecuencia la terminación del título minero, y consecuentemente la inhabilidad del titular para contratar con el Estado, en virtud de lo establecido en las normas de contratación estatal aplicables en materia minera por disposición del artículo 21 de la Ley 685 de 2001 Código de Minas.

Las Inhabilidades y la Ley de Contratación Estatal

Por su parte la Ley 1150 de 2007, por medio de la cual 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, establece en su artículo 13, que las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso, y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal. Bajo este entendido la Ley 80 de 1993⁴, es clara en señalar

² En el mismo sentido véase Concepto del Ministerio de Minas y Energía No. 2012012680 del 6 de marzo de 2012, donde claramente se señala que *"... Por su parte, el artículo 21 del Código de Minas, sobre inhabilidades e incompatibilidades nos remite a la ley general sobre contratación estatal."*

³ CONSEJO DE ESTADO Sección Tercera. C.P. Enrique Gil Botero. Bogotá, 3 de febrero de 2010. Radicación No. 11001-03-26-000-2006-00052-01(33187). Actor: Armando Estrada Salazar y Otros. Demandado: Gobierno Nacional. *"El legislador optó en el artículo 53 de la Ley 685 de 2001, tratándose de concesión minera, por excluir de manera expresa la aplicación de las normas del Estatuto de contratación estatal, no sólo en cuanto a disposiciones específicas relacionadas con la formulación y trámite de las propuestas en la fase precontractual, la suscripción, perfeccionamiento, validez, ejecución y terminación del contrato, sino también en lo relacionado con los preceptos generales que precisamente contienen los principios que deben regir la selección de los contratistas. A esto se suma, que la posibilidad de aplicación supletoria se restringe a dos eventos concretos: la capacidad legal y el régimen de Inhabilidades e Incompatibilidades"*

⁴ ARTÍCULO 76. DE LOS CONTRATOS DE EXPLORACIÓN Y EXPLOTACIÓN DE LOS RECURSOS NATURALES. Los contratos de exploración y explotación de recursos naturales renovables y no renovables, así como los concernientes a la comercialización y demás actividades comerciales e industriales propias de las entidades estatales a las que correspondan las competencias para estos asuntos, continuarán rigiéndose por la legislación especial que les sea aplicable. Las entidades estatales dedicadas a dichas actividades determinarán en sus reglamentos internos el procedimiento de selección de los contratistas, las cláusulas excepcionales que podrán pactarse, las cuantías y los trámites a que deben sujetarse.



Radicado ANM No: 20181200268341

en su artículo 76 que "Los contratos de exploración y explotación de recursos naturales renovables y no renovables, así como los concernientes a la comercialización y demás actividades comerciales e industriales propias de las entidades estatales a las que correspondan las competencias para estos asuntos, continuarán rigiéndose por la legislación especial que les sea aplicable."

Así pues, teniendo en cuenta que por remisión de las normas mencionadas, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto en las normas generales sobre contratación estatal, es de aplicación en materia minera, corresponde destacar lo que al respecto señala la Ley 80 de 1993, por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública:

"ARTÍCULO 80. DE LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES PARA CONTRATAR.

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

a) Las personas que se hallen inhabilitadas para contratar por la Constitución y las leyes

b) <Aparte tachado derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007> Quienes participaron en las licitaciones ~~o concursos~~ o celebraron los contratos de que trata el literal anterior estando inhabilitados.

c) Quienes dieron lugar a la declaratoria de caducidad.

(...)

h) <Aparte tachado derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007> Las sociedades distintas de las anónimas abiertas, en las cuales el representante legal o cualquiera de sus socios tenga parentesco en segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el representante legal o con cualquiera de los socios de una sociedad que formalmente haya presentado propuesta, para una misma licitación ~~o concurso~~.

i) Los socios de sociedades de personas a las cuales se haya declarado la caducidad, así como las sociedades de personas de las que aquellos formen parte con posterioridad a dicha declaratoria.

<Aparte tachado derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007> Las inhabilidades a que se refieren los literales c), d) e i) se extenderán por un término de cinco (5) años contados a partir de la fecha de ejecutoria del acto que declaró la caducidad, o de la sentencia que impuso la pena, o del acto que dispuso la destitución; las previstas en los literales b) y e), se extenderán por un término de cinco (5) años contados a partir de la fecha de ocurrencia del hecho de la participación en la licitación ~~o concurso~~, o de la de celebración del contrato, o de la de expiración del plazo para su firma.

(...)"

Se resalta que en materia administrativa, las inhabilidades tienen consagración legal y son taxativas, por cuanto se establecen para asegurar los principios que rigen la función pública y en este sentido están encaminadas a limitar la capacidad para contratar a fin de salvaguardar la moralidad administrativa.

Lo consultado:

¿Atendiendo que la declaratoria de caducidad de un contrato de concesión minera trae como consecuencia la sanción de inhabilidad para el titular minero, en tratándose de que el titular minero, sea una persona jurídica -Sociedad por Acciones Simplificada- a la que le fue declarada la caducidad, dicha sanción de inhabilidad se extiende para los accionistas y representante legal?

Los procedimientos que adopten las mencionadas entidades estatales, desarrollarán el deber de selección objetiva y los principios de transparencia, economía y responsabilidad establecidos en esta ley.

En ningún caso habrá lugar a aprobaciones o revisiones administrativas por parte del Consejo de Ministros, el Consejo de Estado ni de los Tribunales Administrativos.



Radicado ANM No: 20181200268341

Conforme a lo señalado anteriormente, declarada la caducidad de un título minero mediante acto administrativo ejecutoriado y en firme, ello traerá como consecuencia, además de la terminación del título minero, la inhabilidad del titular para contratar con el Estado, en virtud de lo establecido en el literal c) del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, que dispone que son inhábiles para celebrar contratos con las entidades estatales: *"Quienes dieron lugar a la declaratoria de caducidad"*.

Ahora bien, cuando el titular minero sancionado se trate de una Sociedad por Acciones Simplificada, debe destacarse que el literal i) del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, señala que son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales: *"i) Los socios de sociedades de personas a las cuales se haya declarado la caducidad, así como las sociedades de personas de las que aquéllos formen parte con posterioridad a dicha declaratoria."*

Sobre este particular, es pertinente destacar lo que el Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil - Consejero ponente: CÉSAR HOYOS SALAZAR, con radicación número: 1346, el diecisiete (17) mayo de dos mil uno (2001), señaló sobre la inhabilidad sobreviniente por declaratoria de caducidad de un contrato estatal, así:

"(...) 1. CONSIDERACIONES

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

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

"ARTICULO 8o. DE LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES PARA CONTRATAR.

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

c) Quienes dieron lugar a la declaratoria de caducidad.

i) Los socios de sociedades de personas a las cuales se haya declarado la caducidad, así como las sociedades de personas de las que aquéllos formen parte con posterioridad a dicha declaratoria.

Las inhabilidades a que se refieren los literales c), d) e i) se extenderán por un término de cinco (5) años contado a partir de la fecha de ejecutoria del acto que declaró la caducidad, o de la sentencia que impuso la pena, o del acto que dispuso la destitución; las previstas en los literales b) y e), se extenderán por un término de cinco (5) años contado a partir de la fecha de ocurrencia del hecho de la participación en la licitación o concurso, o de la de celebración del contrato, o de la de expiración del plazo para su firma".

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



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

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

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

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

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

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

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

(...)



Es de anotar, que en la parte considerativa de la Resolución 002282 del 20 de junio del año 2000, en la cual el INVÍAS declaró la caducidad del contrato, al referirse a la solidaridad establecida por la misma entidad en el numeral 1.4.5. del pliego de condiciones, se advierte: "por consiguiente todos y cada uno de los socios de la constituida Sociedad Concesionaria del Magdalena Medio, son solidariamente responsables para todos los efectos entre sí y con la sociedad conformada, entendidos estos, únicamente desde la perspectiva patrimonial", lo que, aunado al hecho de que en el artículo segundo se haya dispuesto que la sociedad concesionaria quedaría inhabilitada para contratar con el Estado por el término de cinco años sin hacer mención expresa de cada uno de los socios en particular, puede llevar a pensar que éstos no quedan afectados por dicha inhabilitación. Sin embargo, para la Sala esta redacción un poco confusa no desvirtúa la responsabilidad que frente a las inhabilitaciones les compete a cada una de las firmas que conformaron la Sociedad y como quiera que la norma que fijó el tipo de responsabilidad para esta clase de asociaciones aparece claramente señalada en el párrafo 3o. del artículo 7o. de la ley 80, ha de entenderse que la inhabilitación para participar en licitaciones y concursos o para contratar con el Estado por el término de cinco años, se hace extensiva a todos y cada uno de los socios de la misma, salvo el caso de las entidades estatales que hacen parte de ella en la forma explicada anteriormente.

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

(...)

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

2. LA SALA RESPONDE

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

Así las cosas, teniendo en cuenta que las inhabilitaciones e incompatibilidades para celebrar contratos estatales son específicas y de interpretación restrictiva, lo que quiere decir que no admiten interpretaciones analógicas o extensivas; se colige que cuando a una sociedad –cualquiera que sea su clase– se le declara la caducidad de un contrato estatal, -en este caso un contrato de concesión minera-, recae sobre ella la inhabilitación establecida en el literal c) del numeral 1º del artículo 8º de la ley 80 de 1993; ahora en cuanto a



Radicado ANM No: 20181200268341

los socios, la inhabilidad recaerá sobre los socios de las sociedades de personas a las cuales se haya declarado la caducidad, mas no sobre los socios de las sociedades de capital, según lo dispuesto por el literal i) del mismo numeral del citado artículo, el cual, por referirse a inhabilidades e incompatibilidades para contratar, tiene carácter taxativo.

En este sentido, teniendo en cuenta que una sociedad por acciones simplificada, corresponde en su naturaleza a una sociedad de capitales, en virtud de lo previsto en el artículo 3⁵ de la Ley 1258 de 2008⁶⁷, -por tratarse de este tipo de sociedad-, la inhabilidad que recae sobre la sociedad en sí, no se hace extensiva a sus socios.

En los anteriores términos, damos respuesta a su solicitud, aclarando que la presente se emite de conformidad con lo previsto en el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011 modificado por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015, en el cual se establece que los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas, no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución.

Atentamente,


JUAN ANTONIO ARAUJO ARMERO
Jefe Oficina Asesora Jurídica (E)

Anexos: (0)
Copias: (0).
Elaboró: Adriana Motta Garavito. – Abogada Oficina Asesora Jurídica *AM*
Revisó: NA
Fecha de elaboración: 07/12/2018
Número de radicado que responde: 20181000326932
Tipo de respuesta: Total
Archivado en: Oficina Asesora Jurídica

⁵ ARTÍCULO 3o. NATURALEZA. La sociedad por acciones simplificada es una sociedad de capitales cuya naturaleza será siempre comercial, independientemente de las actividades previstas en su objeto social. Para efectos tributarios, la sociedad por acciones simplificada se regirá por las reglas aplicables a las sociedades anónimas.

⁶ Ley 1258 de 2008 - Por medio de la cual se crea la sociedad por acciones simplificada

⁷ Ley 1258 de 2008 - ARTÍCULO 42. DESESTIMACIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA. Cuando se utilice la sociedad por acciones simplificada en fraude a la ley o en perjuicio de terceros, los accionistas y los administradores que hubieren realizado, participado o facilitado los actos defraudatorios, responderán solidariamente por las obligaciones nacidas de tales actos y por los perjuicios causados. La declaratoria de nulidad de los actos defraudatorios se adelantará ante la Superintendencia de Sociedades, mediante el procedimiento verbal sumario. La acción indemnizatoria a que haya lugar por los posibles perjuicios que se deriven de los actos defraudatorios será de competencia, a prevención, de la Superintendencia de Sociedades o de los jueces civiles del circuito especializados, y a falta de estos, por los civiles del circuito del domicilio del demandante, mediante el trámite del proceso verbal sumario.