**CCE-DES-FM-17**

**CAPACIDAD JURÍDICA – Definición**

De acuerdo con lo establecido en el Código Civil, la capacidad se refiere a la facultad que la ley le confiere a ciertos sujetos para ejercer derechos y contraer obligaciones, partiendo del supuesto de que todas las personas naturales mayores de edad son capaces, con excepción de aquellas que la ley expresamente excluye de tal presunción ‒artículos 1502, 1503 y 1504‒, y de que la capacidad de las personas jurídicas se circunscribe a lo establecido en su objeto social y su forma de creación.

**CONSORCIOS Y UNIONES TEMPORALES – Concepto**

Los consorcios o uniones temporales son convenios de asociación fundamentados en la colaboración empresarial, mediante los cuales sus integrantes se unen y organizan en forma conjunta para lograr con mayor eficacia un fin común de contenido patrimonial, como es la obtención del derecho a ser adjudicatarios de un contrato estatal, compartiendo recursos de toda índole para su ejecución, así como las utilidades y los riesgos. La diferencia entre consorcios y uniones temporales, de acuerdo con el artículo 7 de la Ley 80 de 1993, radica en la responsabilidad frente a las eventuales sanciones que lleguen a generarse por el incumplimiento de las obligaciones del contrato, toda vez que, tratándose de una unión temporal, éstas se individualizan según el grado de participación de sus miembros, mientras que en el consorcio dicha individualización no opera, ya que sus miembros responderán solidariamente no sólo frente a su propuesta y en la ejecución del contrato, sino también responderán de la misma manera frente a las sanciones que se les impongan.

**CONSORCIOS Y UNIONES TEMPORALES – Constitución**

[…] al no ser los consorcios y uniones temporales personas jurídicas, su creación convencional se logra mediante un acuerdo privado en el que concurre la voluntad de sus integrantes para regular distintos aspectos, a saber: su objeto, la participación de los miembros, las obligaciones frente al proyecto que los une, la responsabilidad de los miembros y la forma en que regirán sus relaciones internas y el relacionamiento con la entidad contratante, mediante la designación de un representante. Así lo exige el parágrafo del artículo 7 de la Ley 80 de 1993 para que el órgano creado con la constitución del consorcio o unión temporal tenga vocación de resultar el adjudicatario del contrato estatal.

**EXISTENCIA Y REPRESENTACIÓN – Integrantes – Proponente plural – Documentos Tipo**

En definitiva, teniendo en cuenta la falta de personería jurídica de los consorcios y uniones temporales, esta Agencia considera necesario que las entidades contratantes, verifiquen la existencia y representación de los integrantes que conforman el proponente plural, pues de lo contrario se abriría la posibilidad que personas que no tienen capacidad jurídica celebren un convenio de asociación y puedan presentar una oferta como consorcio o unión temporal.

Es por lo anterior que, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, estableció en el primer párrafo del numeral «3.3 EXISTENCIA Y REPRESENTACIÓN LEGAL» de los documentos tipo de interventoría de obra pública de infraestructura de transporte la siguiente regla: «La existencia y representación de los proponentes individuales o miembros de los proponentes plurales se acreditará de acuerdo con las siguientes reglas», lo que implica que la entidad estatal deba verificar junto con los requisitos del numeral «3.3.3 PROPONENTES PLURALES», lo previsto en el numeral 3.3.1 cuando los integrantes del proponente plural son personas naturales y 3.3.2 cuando son personas jurídicas.

**SOCIEDADES COMERCIALES – Clasificación**

Los tipos o clases de sociedades comerciales citadas –entre otras, reguladas en leyes especiales; y algunas atípicas, pues en el Código de Comercio no están todas las sociedades que se pueden constituir– se agrupan u organizan, doctrinaria y jurisprudencialmente, en: i) sociedades de capital y ii) sociedades de personas. Sin embargo, curiosamente el Código de Comercio no establece o instituye positivamente esta clasificación, no obstante, su vigencia y validez es indiscutida en el ámbito mercantil.

De las clasificaciones propuestas, es bastante generalizada y aceptada aquella que las divide en «sociedades de personas» y «sociedades de capital», y ocasionalmente algunas normas del ordenamiento jurídico la usan para los efectos que estiman pertinentes. En este sentido, profundizando esta clasificación, las últimas se caracterizan porque lo más importante son los aportes económicos, es decir, las acciones y no las personas –*intuitus rei*–, porque no importa mucho de quién sean las acciones. En cambio, las sociedades de personas se caracterizan porque quienes las conforman –los socios– determinan la existencia de la sociedad, usualmente representadas en personas que se conocen y tienen relación entre sí –*intuitus personarum–.*

**SOCIEDADES ANÓNIMAS – Abiertas y cerradas**

[…] la doctrina ha mencionado que puede hablarse de sociedades anónimas abiertas o cerradas, según el régimen de circulación de las acciones en que se divide su capital. Siendo la sociedad cerrada aquella cuya enajenación de participaciones de capital no se realiza en el mercado público de valores, mientras la abierta la que si negocia sus acciones en el mercado público de valores.

De esta manera, se identifica que la diferencia esencial entre una sociedad anónima abierta o cerrada es la forma en la que se negocian sus acciones, por lo que será abierta la sociedad que inscriba sus acciones en el mercado público de valores y será cerrada la sociedad que no lo haga.

**REVISOR FISCAL – Obligación – Sociedades anónimas – Sociedades por acciones simplificadas**

Debe precisarse que, a pesar de que el artículo 203 del Código de Comercio establece que es obligación de las sociedades por acciones –dentro de las que se encuentran tanto las sociedades anónimas como las SAS– contar con un revisor fiscal, el artículo 1º del Decreto 2020 de 2009, consagra como regla especial la obligación de las SAS de contar con un revisor fiscal. Conforme a esta regla, esta deberán tener revisor fiscal cuando: i) reúnan los presupuestos de activos o de ingresos señalados en el parágrafo 2º del artículo 13 de la Ley 43 de 1990 – es decir que los activos brutos al 31 de diciembre del año anterior sean o excedan el equivalente a 5.000 SMMLV o cuyos ingresos brutos durante el año anterior sean o excedan el equivalente a 3.000 salarios mínimos -, o ii) cuando otra ley especial así lo exija.

Lo anterior implica que, por mandato del legislador, las sociedades anónimas siempre deban contar con un revisor fiscal sin que deba tenerse en cuenta ninguna otra consideración, mientras que, en el caso de las sociedades por acciones simplificadas, dependerá si esta cumple o excede el umbral de activos o ingresos consagrados en el parágrafo 2º del artículo 13 de la Ley 43 de 1990.

Bogotá D.C., **19/07/2021**



Señora

**Alejandra González Suárez**

Risaralda, Pereira

**Concepto C-356 de 2021**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**   | CAPACIDAD JURÍDICA – Definición / CONSORCIOS Y UNIONES TEMPORALES – Concepto / CONSORCIOS Y UNIONES TEMPORALES – Constitución / EXISTENCIA Y REPRESENTACIÓN – Integrantes – Proponente plural – Documentos Tipo / SOCIEDADES COMERCIALES – Clasificación / SOCIEDADES ANÓNIMAS – Abiertas y cerradas / REVISOR FISCAL – Obligación – Sociedades anónimas – Sociedades por acciones simplificadas  |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta P20210602004880 |

Estimada señora González,

En ejercicio de la competencia otorgada por los artículos 11, numeral 8º, y 3º, numeral 5º, del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública―Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 2 de junio de 2020.

1. **Problemas planteados**

Usted formula la siguiente consulta, relacionada con la acreditación de los requisitos habilitantes en los procesos de contratación que utilicen documentos tipo de interventoría de obra pública de infraestructura de transporte:

«1. Requiero establecer si el requisito habilitante jurídico “II. Certificación del revisor fiscal en caso de ser sociedad anónima colombiana, en la que conste si es abierta o cerrada”, debe ser verificado solo a las personas jurídicas (SAS) que presentan sus ofertas en forma individual o también a las Sociedades Anónimas que hacen parte de consorcios y uniones temporales».

«2. Así mismo requiero conocer si el numeral “3.3.3 PROPONENTES PLURALES”, son los únicos requisitos relacionados con la existencia y representación legal o también debo hacer la verificación con los documentos exigidos en los numerales 3.3.1 PERSONAS NATURALES y 3.3.2 PERSONAS JURÍDICAS, respecto de los integrantes de los consorcios y uniones temporales según aplique».

«3. En el caso de que la Sociedad Anónima no tenga registrado un revisor fiscal en su certificado de existencia y representación legal, ?quien (sic) emite el Certificación del revisor fiscal (sic) en caso de ser sociedad anónima colombiana, en la que conste si es abierta o cerrada?, ?como (sic) se evalúa dicho requisito establecido en los pliegos tipo de interventoría de transporte?».

1. **Consideraciones**

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responderá la consulta luego de analizar los siguientes temas: i) la naturaleza de los consorcios y uniones temporales, ii) clasificación de las sociedades comerciales y iii) la obligación de las sociedades anónimas de contar con un revisor fiscal.

Es importante destacar que la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se ha pronunciado sobre la naturaleza jurídica de los consorcios y uniones temporales en los conceptos 2201913000007131 del 25 de septiembre de 2019, 2201913000007255 del 25 de septiembre de 2019, 2201913000007980 del 24 de octubre de 2019, 2201913000008703 del 25 de noviembre de 2019, 2201913000009610 y 2201913000009611 del 26 de diciembre de 2019, C–343 del 17 de junio de 2020, C─586 del 31 de agosto de 2020 y C-039 del 3 de marzo de 2021. Asimismo, esta Agencia se pronunció sobre la clasificación de las sociedades comerciales en el concepto C-122 del 30 de marzo de 2021. En lo pertinente, las consideraciones y tesis expuestas en dichos conceptos se reiteran a continuación.

**2.1. Naturaleza de los consorcios y uniones temporales**

Uno de los presupuestos para celebrar un contrato estatal, al igual que para celebrar cualquier otro negocio jurídico de forma válida, es el de gozar de capacidad jurídica, entendida esta como la aptitud de un sujeto para ser titular de derecho y obligaciones, de ejercer o exigir los primeros y contraer las segundas en forma personal y de comparecer en juicio. La capacidad jurídica permite crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas de forma voluntaria y autónoma.

De acuerdo con lo establecido en el Código Civil, la capacidad[[1]](#footnote-1) se refiere a la facultad que la ley le confiere a ciertos sujetos para ejercer derechos y contraer obligaciones, partiendo del supuesto de que todas las personas naturales mayores de edad son capaces, con excepción de aquellas que la ley expresamente excluye de tal presunción ‒artículos 1502, 1503 y 1504‒, y de que la capacidad de las personas jurídicas se circunscribe a lo establecido en su objeto social y su forma de creación[[2]](#footnote-2)..

El artículo 6 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública ‒en adelante también EGCAP‒, respecto de quienes pueden celebrar contratos con las entidades estatales, establece: «Pueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes. También podrán celebrar contratos con las entidades estatales, los consorcios y uniones temporales». En consecuencia, en el ordenamiento colombiano, pueden celebrar contratos estatales las entidades del Estado las personas naturales, las personas jurídicas que tengan dentro de su objeto social actividades relacionadas con el objeto a contratar y, por virtud de la ley, también lo pueden hacer los consorcios y uniones temporales.

Ahora bien, como es pacífico en la doctrina y la jurisprudencia, los consorcios y uniones temporales no son personas jurídicas. En efecto, el artículo 7 de la Ley 80 de 1993 define estos sujetos de la siguiente manera:

Artículo 7o. De los consorcios y uniones temporales. Para los efectos de esta ley se entiende por:

1o. Consorcio:

Cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato. En consecuencia, las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato, afectarán a todos los miembros que lo conforman.

2o. Unión Temporal:

Cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente por el cumplimiento total de la propuesta y del objeto contratado, pero las sanciones por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato se impondrán de acuerdo con la participación en la ejecución de cada uno de los miembros de la unión temporal.

PARÁGRAFO 1o. Los proponentes indicarán si su participación es a título de consorcio o unión temporal y, en este último caso, señalarán los términos y extensión de la participación en la propuesta y en su ejecución, los cuales no podrán ser modificados sin el consentimiento previo de la entidad estatal contratante.

Los miembros del consorcio y de la unión temporal deberán designar la persona que, para todos los efectos, representará al consorcio o unión temporal y señalarán las reglas básicas que regulen las relaciones entre ellos y su responsabilidad.

Los consorcios[[3]](#footnote-3) o uniones temporales son convenios de asociación fundamentados en la colaboración empresarial, mediante los cuales sus integrantes se unen y organizan en forma conjunta para lograr con mayor eficacia un fin común de contenido patrimonial, como es la obtención del derecho a ser adjudicatarios de un contrato estatal, compartiendo recursos de toda índole para su ejecución, así como las utilidades y los riesgos. La diferencia entre consorcios y uniones temporales, de acuerdo con el artículo 7 de la Ley 80 de 1993, radica en la responsabilidad frente a las eventuales sanciones que lleguen a generarse por el incumplimiento de las obligaciones del contrato, toda vez que, tratándose de una unión temporal, éstas se individualizan según el grado de participación de sus miembros, mientras que en el consorcio dicha individualización no opera, ya que sus miembros responderán solidariamente no sólo frente a su propuesta y en la ejecución del contrato, sino también responderán de la misma manera frente a las sanciones que se les impongan. En relación con las normasen cita, la Corte Constitucional en sentencia C–949 de 2001[[4]](#footnote-4) consideró lo siguiente:

En torno a la capacidad contractual de los consorcios y uniones temporales la jurisprudencia constitucional ha expresado que el Estatuto de contratación les reconoce este atributo sin exigirles como condición de su ejercicio la de ser personas morales. También ha dicho que el consorcio es un convenio de asociación, o mejor, un sistema de mediación que permite a sus miembros organizarse mancomunadamente para la celebración y ejecución de un contrato con el Estado, sin que por ello pierdan su individualidad jurídica, pero asumiendo un grado de responsabilidad solidaria en el cumplimiento de las obligaciones contractuales.

[…]

Cabe apreciar que la única diferencia entre las dos figuras radica en que en la unión temporal la imposición de sanciones por incumplimiento de las obligaciones derivadas de la propuesta o del contrato, se individualiza en cabeza de los integrantes de aquélla, según el grado de participación de cada uno de ellos en la ejecución de tales obligaciones, mientras que en el consorcio no se da dicha individualización y responderán por tanto solidariamente todos los miembros del consorcio frente a las correspondientes sanciones.

[…]

La Ley 80 de 1993, al crear las figuras de los consorcios y uniones temporales y constituirlas como sujetos de la contratación administrativa, reconoce una realidad del mundo negocial que son los denominados «contratos de colaboración económica», que en la hora actual se celebran para la efectiva realización de proyectos de contratación pública altamente especializados e intensivos en capital y así mismo indispensables para que el Estado Social de Derecho, cumpla los cometidos para los cuales fue instituido (Preámbulo y artículos 1o. y 2o. Superiores).

De lo anterior se desprende que, al no ser los consorcios y uniones temporales personas jurídicas, su creación convencional se logra mediante un acuerdo privado en el que concurre la voluntad de sus integrantes para regular distintos aspectos, a saber: su objeto, la participación de los miembros, las obligaciones frente al proyecto que los une, la responsabilidad de los miembros y la forma en que regirán sus relaciones internas y el relacionamiento con la entidad contratante, mediante la designación de un representante. Así lo exige el parágrafo del artículo 7 de la Ley 80 de 1993 para que el órgano creado con la constitución del consorcio o unión temporal tenga vocación de resultar el adjudicatario del contrato estatal.

El acuerdo de voluntades que constituye el consorcio o unión temporal, que constituye un contrato atípico en el derecho privado, se reconoce doctrinalmente como contrato consorcial o de «*joint venture*» que, en el derecho privado, se reconoce como un contrato principal, oneroso, conmutativo, bilateral o plurilateral[[5]](#footnote-5). En materia de contratación estatal, el ente debidamente constituido, entonces, será un sujeto contractual con capacidad para contratar, para ejecutar las obligaciones y recibir los derechos que emanan del contrato y para interrelacionarse con la entidad estatal contratante en todo lo relacionado con el objeto del contrato y su desarrollo. Más aún, los consorcios y uniones temporales, por conducto de su representante, tienen capacidad y están legitimados para comparecer al proceso, en orden a hacer valer sus derechos o a responder por el incumplimiento de sus obligaciones. Así lo reconoció el Consejo de Estado en sentencia de unificación jurisprudencial del 25 de septiembre de 2013:

A juicio de la Sala, en esta ocasión debe retomarse el asunto para efectos de modificar la tesis jurisprudencial que se ha venido siguiendo y, por tanto, debe puntualizarse que si bien las uniones temporales y los consorcios no constituyen personas jurídicas distintas de quienes integran la respectiva figura plural de oferentes o de contratistas, lo cierto es que además de contar con la aptitud para ser parte en el correspondiente procedimiento administrativo de selección de contratistas –comoquiera que por ley cuentan con capacidad suficiente para ser titulares de los derechos y obligaciones derivadas tanto de los procedimientos administrativos de selección contractual como de los propios contratos estatales─, también se encuentran facultados para concurrir a los procesos judiciales que pudieren tener origen en controversias surgidas del mencionado procedimiento administrativo de selección de contratistas o de la celebración y ejecución del contrato estatal respectivo –*legitimatio ad processum*-, por intermedio de su representante[[6]](#footnote-6).

En conclusión, los consorcios y uniones temporales no son personas jurídicas; pero son entes creados por el acuerdo de voluntades de sus miembros que están facultados, en virtud de la ley y del contrato consorcial, para celebrar y ejecutar contratos con entidades estatales y para ser parte en procesos administrativos y judiciales derivados de la celebración y la ejecución de aquellos.

En definitiva, teniendo en cuenta la falta de personería jurídica de los consorcios y uniones temporales, esta Agencia considera necesario que las entidades contratantes, verifiquen la existencia y representación de los integrantes que conforman el proponente plural, pues de lo contrario se abriría la posibilidad que personas que no tienen capacidad jurídica celebren un convenio de asociación y puedan presentar una oferta como consorcio o unión temporal.

Es por lo anterior que, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, estableció en el primer párrafo del numeral «3.3 EXISTENCIA Y REPRESENTACIÓN LEGAL» de los documentos tipo de interventoría de obra pública de infraestructura de transporte la siguiente regla: «La existencia y representación de los proponentes individuales o miembros de los proponentes plurales se acreditará de acuerdo con las siguientes reglas», lo que implica que la entidad estatal deba verificar junto con los requisitos del numeral «3.3.3 PROPONENTES PLURALES», lo previsto en el numeral 3.3.1 cuando los integrantes del proponente plural son personas naturales y 3.3.2 cuando son personas jurídicas.

**2.2. Clasificación de las sociedades comerciales. Naturaleza jurídica de las Sociedades Anónimas abiertas y cerradas**

En atención al objeto de la consulta se evidencia es necesario hacer algunas consideraciones orientadas distinguir lo que es una sociedad anónima abierta de una cerrada, así como entre una sociedad anónima –SA– y una sociedad por acciones simplificada –SAS–.

El Código de Comercio, y en general la legislación mercantil, identifican varios tipos de *sociedades comerciales* que pueden constituirse para desarrollar actividades de esa índole, estableciendo el régimen general de las personas jurídicas, delimitando las particularidades y principios que rigen y conforman el contrato de sociedad.

Varias disposiciones de ese código inciden en el sentido del concepto que se solicita. En particular, resultan relevantes los artículos 98 y 100, de conformidad con los cuales, respectivamente: i) existe contrato de *sociedad comercial* cuando dos o más personas aportan dinero, trabajo u otro bien, con el fin de repartirse las utilidades[[7]](#footnote-7); y ii) se entiende que son comerciales las sociedades creadas para ejecutar actos o empresas mercantiles[[8]](#footnote-8).

Sobre el primer aspecto, hay que señalar que, como regla general, las sociedades requieren un número plural de socios –regla que perdió carácter absoluto, dada la posible existencia sociedades unipersonales–; además, cada socio debe hacer aportes a la sociedad; y los socios deben tener ánimo de lucrarse con el desarrollo de la actividad que constituya el objeto social, que en este caso se representa en la vocación de repartir utilidades. De esta manera, se trata de elementos y requisitos necesarios para que exista el contrato de sociedad y, por tanto, de la sociedad comercial.

Sobre el segundo aspecto citado, lo propio de las sociedades comerciales es realizar actos de comercio o empresas mercantiles, de ahí que el inciso primero del artículo 100 del Código de Comercio establezca que «se tendrán como comerciales, para todos los efectos legales, las sociedades que se formen para la ejecución de actos o empresas mercantiles. Si la empresa social comprende actos mercantiles y actos que no tengan esa calidad, la sociedad será comercial».

Las normas indicadas se encuentran en el Libro Segundo del Código de Comercio, que se ocupa «De las Sociedades Comerciales», y regula las siguientes materias: el contrato de sociedad, la constitución y prueba de la sociedad comercial, los aportes de los asociados, las utilidades sociales, las reformas del contrato social, la transformación y fusión de las sociedades, la asamblea y junta de socios o administradores, el revisor fiscal, la disolución de la sociedad, la liquidación del patrimonio social, las matrices, subordinadas y sucursales, la inspección y vigilancia de las sociedades, los balances y finalmente –lo que más interesa para este concepto– las clases o tipos de sociedades: colectiva, en comandita –simple y por acciones–, de responsabilidad limitada, anónima, de economía mixta, extranjeras, mercantiles de hecho y cuentas en participación.

Los tipos o clases de sociedades comerciales citadas –entre otras, reguladas en leyes especiales; y algunas atípicas, pues en el Código de Comercio no están todas las sociedades que se pueden constituir– se agrupan u organizan, doctrinaria y jurisprudencialmente, en: i) sociedades de capital y ii) sociedades de personas. Sin embargo, curiosamente el Código de Comercio no establece o instituye positivamente esta clasificación, no obstante, su vigencia y validez es indiscutida en el ámbito mercantil.

De las clasificaciones propuestas, es bastante generalizada y aceptada aquella que las divide en «sociedades de personas» y «sociedades de capital», y ocasionalmente algunas normas del ordenamiento jurídico la usan para los efectos que estiman pertinentes. En este sentido, profundizando esta clasificación, las últimas se caracterizan porque lo más importante son los aportes económicos, es decir, las acciones y no las personas –*intuitus rei*–, porque no importa mucho de quién sean las acciones[[9]](#footnote-9). En cambio, las sociedades de personas se caracterizan porque quienes las conforman –los socios– determinan la existencia de la sociedad, usualmente representadas en personas que se conocen y tienen relación entre sí *–intuitus personarum–[[10]](#footnote-10)*.

Así, en el grupo de las sociedades de capital se pueden distinguir los siguientes tipos societarios: las sociedades anónimas, las sociedades en comandita por acciones, las simplificadas por acciones -SAS- y las de economía mixta[[11]](#footnote-11). Teniendo en cuenta esta tipología de sociedades, es que se puede distinguir entre las sociedades anónimas y las sociedades por acciones simplificadas, pues si bien ambas forman parte de las sociedades de capital, son dos tipos societarios autónomos, mientras que las primeras son sociedades cuya regulación se encuentra prevista en los artículos 373 y siguientes del Código de Comercio, las SAS son un tipo societario cuya naturaleza jurídica y reglas aplicables se encuentran previstas en la Ley 1258 de 2008.

A pesar de que es factible identificar varias diferencias entre las sociedades por acciones simplificadas y las sociedades anónimas, con la finalidad de dar respuesta a su consulta, se considera necesario aclarar que las sociedades anónimas pueden ser cerradas o abiertas, mientras que las SAS, solamente pueden ser de carácter cerrado. Para explicar este punto, se desarrollará la principal diferencia de las sociedades abiertas y cerradas, y también se explicará porque no es factible que una SAS pueda constituirse como una sociedad abierta. Si bien el Código de Comercio no consagró una diferenciación entre las sociedades anónimas abiertas o cerradas, se identifican normas autónomas que permiten hacer esta distinción[[12]](#footnote-12), la cual tanto la doctrina como la jurisprudencia han desarrollado. De acuerdo con la Corte Constitucional:

Ambas [sociedades anónimas abiertas y cerradas], por ser anónimas, guardan en común esencialmente el elemento asociativo, el ánimo de lucro, la limitación de la responsabilidad de sus socios hasta el monto de sus respectivos aportes y la forma en que está constituido el capital social, es decir, en acciones. La diferencia entre unas y otras sociedades anónimas reside justamente en que dichas acciones sean o no negociadas en el mercado público de valores. En adelante –acogiendo una estipulación doctrinaria que no pretende zanjarse en esta providencia- se denominará sociedad anónima abierta aquella que negocia sus acciones en el mercado público de valores, y cerrada la que no lo hace.[[13]](#footnote-13)

Asimismo, la doctrina ha mencionado que puede hablarse de sociedades anónimas abiertas o cerradas, según el régimen de circulación de las acciones en que se divide su capital. Siendo la sociedad cerrada aquella cuya enajenación de participaciones de capital no se realiza en el mercado público de valores, mientras la abierta la que si las negocia en el mercado público de valores[[14]](#footnote-14).

De esta manera, se identifica que la diferencia esencial entre una sociedad anónima abierta o cerrada es la forma en la que se negocian sus acciones, por lo que será abierta la sociedad que inscriba sus acciones en el mercado público de valores y será cerrada la sociedad que no lo haga.

Ahora bien, en el caso de las sociedades por acciones simplificadas, no es factible que puedan catalogarse como sociedades abiertas, pues el artículo 4º de la Ley 1258 de 2008 prohíbe a estas sociedades, inscribir sus acciones en el Registro Nacional de Valores y Emisores para negociarlas en bolsa[[15]](#footnote-15). La diferencia expuesta implica que, en el caso de las SAS, no es necesario que cumplan con el requisito habilitante «II. Certificación del revisor fiscal en caso de ser sociedad anónima colombiana, en la que conste si es abierta o cerrada», pues precisamente el documento tipo parte de la condición que el proponente sea una sociedad anónima colombiana y, además, no sería jurídicamente viable que una SAS pudiera certificar que es abierta, por la prohibición legal explicada previamente.

**2.3. Obligación de las sociedades anónimas de contar con un revisor fiscal**

De acuerdo con la Corte Constitucional, la revisoría fiscal «[..] participa en el cumplimiento de las funciones y funciones y fines del Estado, por la cual se le impone el ejercicio de una labor eficaz, permanente, integral, independiente, oportuna y objetiva»[[16]](#footnote-16). Por lo anterior, las funciones del revisor fiscal no tienen por objeto exclusivo proteger a los socios y el cumplimiento de las normas de la administración de la sociedad, sino que también persiguen la protección de intereses de terceros.

De igual manera, una finalidad importante del revisor es dar «fe pública» de los balances y estados financieros de la sociedad, de manera que se pueda cumplir con la función social que le reconoce la Constitución Política a la empresa como base del desarrollo.[[17]](#footnote-17) Dada esta importancia del revisor fiscal en el contexto jurídico colombiano, es por la que en el Código de Comercio y en la Ley 43 de 1993, se previeron ciertas circunstancias para que las sociedades, dependiendo de sus ingresos o características, tengan la obligación de contar con un revisor fiscal.

En primer lugar, el artículo 203 del Código de Comercio establece que deberán tener revisor fiscal, las i) sociedades por acciones; ii) sucursales de compañías extranjeras y iii) Las sociedades en las que, por ley o por los estatutos, la administración no corresponda a todos los socios, cuando así lo disponga cualquier número de socios excluidos de la administración que representen no menos del veinte por ciento del capital[[18]](#footnote-18). Por su lado, el parágrafo 2º del artículo 13 de la Ley 43 de 1990 establece que es obligatorio tener revisor fiscal en todas las sociedades comerciales «[…] cuyos activos brutos al 31 de diciembre del año inmediatamente anterior sean o excedan el equivalente de cinco mil salarios mínimos y/o cuyos ingresos brutos durante el año inmediatamente anterior sean o excedan al equivalente a tres mil salarios mínimos»[[19]](#footnote-19).

Adicionalmente, en atención a la necesidad de que la labor de revisoría fiscal se cumpla de manera permanente, el artículo 164 del Código de Comercio establece que los revisores fiscales, conservarán tal carácter para todos los efectos legales, mientras no se cancele dicha inscripción mediante el registro de un nuevo nombramiento o elección, es decir, que los efectos legales del revisor fiscal no cesan con la inscripción de la renuncia de destitución, sino con la inscripción de un nuevo nombramiento[[20]](#footnote-20).

Lo anterior implica que, las sociedades anónimas, en tanto sociedades por acciones –distintas de las SAS– están obligadas a contar con un revisor fiscal, mientras que, en el caso de las SAS tal requisito depende de los activos o ingresos de la sociedad.

Debe precisarse que, a pesar de que el artículo 203 del Código de Comercio establece que es obligación de las sociedades por acciones –dentro de las que se encuentran tanto las sociedades anónimas como las SAS– contar con un revisor fiscal, el artículo 1º del Decreto 2020 de 2009, consagra como regla especial la obligación de las SAS de contar con un revisor fiscal. Conforme a esta regla, esta deberán tener revisor fiscal cuando: i) reúnan los presupuestos de activos o de ingresos señalados en el parágrafo 2º del artículo 13 de la Ley 43 de 1990 – es decir que los activos brutos al 31 de diciembre del año anterior sean o excedan el equivalente a 5.000 SMMLV o cuyos ingresos brutos durante el año anterior sean o excedan el equivalente a 3.000 salarios mínimos -, o ii) cuando otra ley especial así lo exija.

Lo anterior implica que, por mandato del legislador, las sociedades anónimas siempre deban contar con un revisor fiscal sin que deba tenerse en cuenta ninguna otra consideración, mientras que, en el caso de las sociedades por acciones simplificadas, dependerá si esta cumple o excede el umbral de activos o ingresos consagrados en el parágrafo 2º del artículo 13 de la Ley 43 de 1990.

En virtud de lo anterior, en los documentos tipo de interventoría de obra pública de infraestructura de transporte se exige que sea el revisor fiscal el que certifique si la sociedad anónima es abierta o cerrada, pues es obligación de las sociedades anónimas contar con uno por disposición legal. Por lo tanto, al no estar previsto en el ordenamiento jurídico que una sociedad por acciones –como lo es la anónima–, pueda prescindir de la revisoría fiscal, el documento tipo en comento, respecto de la certificación de si se trata de una sociedad anónima abierta o cerrada, no contempla la posibilidad de que se acepten certificaciones suscritas por personas diferentes del revisor fiscal

1. **Respuesta**

«Requiero establecer si el requisito habilitante jurídico “II. Certificación del revisor fiscal en caso de ser sociedad anónima colombiana, en la que conste si es abierta o cerrada”, debe ser verificado solo a las personas jurídicas (SAS) que presentan sus ofertas en forma individual o también a las Sociedades Anónimas que hacen parte de consorcios y uniones temporales».

Conforme a lo expuesto, teniendo en cuenta la falta de personería jurídica de los consorcios y uniones temporales, esta Agencia considera necesario verificar la existencia y representación de los integrantes del proponente plural. Prescindir de estar verificación abriría la puerta a la posibilidad que personas que no tienen capacidad jurídica o que no existen, celebren contratos estatales al amparo de las figuras asociativas de consorcios y uniones temporales.

Es por lo anterior que, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente estableció en el primer párrafo del numeral «3.3 EXISTENCIA Y REPRESENTACIÓN LEGAL» de los documentos tipo de interventoría de obra pública de infraestructura de transporte la siguiente regla: «La existencia y representación de los proponentes individuales o miembros de los proponentes plurales se acreditará de acuerdo con las siguientes reglas». En consecuencia, tratándose del requisito del numeral II. del literal A del numeral «3.3.2. PERSONAS JURÍDICAS», el revisor fiscal de la sociedad deberá acreditar si esta es cerrada o abierta siempre y cuando se trate de una sociedad anónima colombiana.

«Así mismo requiero conocer si el numeral “3.3.3 PROPONENTES PLURALES”, son los únicos requisitos relacionados con la existencia y representación legal o también debo hacer la verificación con los documentos exigidos en los numerales 3.3.1 PERSONAS NATURALES y 3.3.2 PERSONAS JURÍDICAS, respecto de los integrantes de los consorcios y uniones temporales según aplique».

En concordancia con la anterior respuesta, en el marco de un proceso de selección en el que se apliquen los documentos tipo de interventoría de obra pública de infraestructura de transporte, tratándose de proponentes plurales, la entidad estatal debe verificar, además de los requisitos del numeral 3.3.3 del documento base, los requisitos del numeral 3.3.1 respecto de los integrantes del proponente plural que sean personas naturales y los del numeral 3.3.2 a los miembros de la estructura plural que aleguen la condición de personas jurídicas.

«En el caso de que la Sociedad Anónima no tenga registrado un revisor fiscal en su certificado de existencia y representación legal, ?quien (sic) emite el Certificación del revisor fiscal (sic) en caso de ser sociedad anónima colombiana, en la que conste si es abierta o cerrada?, ?como (sic) se evalúa dicho requisito establecido en los pliegos tipo de interventoría de transporte?»

De acuerdo con lo expuesto, el artículo 203 del Código de Comercio establece la obligación de las sociedades anónimas de contar con un revisor fiscal. En atención a esto, en los documentos tipo de interventoría de obra pública de infraestructura de transporte se exige que sea el revisor fiscal quien certifique si la sociedad anónima es abierta o cerrada, pues es obligación de las sociedades anónimas contar con uno por disposición legal. Por lo tanto, no resulta valido que las entidades estatales acepten certificaciones diferentes a la expedida por el revisor fiscal o que se permita acreditar por otro medio el carácter abierto o cerrado de una sociedad anónima.

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | David Torres RojasContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Alejandro Sarmiento CantilloGestor T1-11 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado NavarroSubdirector de Gestión Contractual ANCP - CCE |

1. «En nuestro régimen legal, la capacidad es la aptitud que se tiene para ser sujeto de relaciones jurídicas, es decir, para realizar sin el ministerio de otra persona, actos con efectos válidos en la esfera del derecho, y si bien esa habilitación se vincula con la noción de persona, hasta el punto que toda persona, en principio, es capaz, salvo lo que en contrario disponga la ley, no es requisito necesario ser persona para disponer de capacidad jurídica». (Corte Constitucional. Sentencia C-414 de 1994. M.P. Antonio Barrera Carbonell). [↑](#footnote-ref-1)
2. EXPOSITO VÉLEZ, Juan Carlos. Forma y contenido del contrato estatal. Universidad Externado de Colombia. 1ª ed. Bogotá, 2013. p.112. [↑](#footnote-ref-2)
3. «El consorcio es una figura propia del derecho privado, utilizado ordinariamente como un instrumento de cooperación entre empresas, cuando requieren asumir una tarea económica particularmente importante, que les permita distribuirse de algún modo los riesgos que pueda implicar la actividad que se acomete, aunar recursos financieros y tecnológicos, y mejorar la disponibilidad de equipos, según el caso, pero conservando los consorciados su independencia jurídica». (Corte Constitucional. Sentencia C-414 de 1994. M.P. Antonio Barrera Carbonell). [↑](#footnote-ref-3)
4. M.P. Clara Inés Vargas Hernández. [↑](#footnote-ref-4)
5. LAFONT PIANETTA, Pedro. Manual de contratos, Tomo I, Ediciones Librería del Profesional, 1 Ed, 2001, p.508. [↑](#footnote-ref-5)
6. CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena Sección 3ª. Sentencia de unificación jurisprudencial del 25 de septiembre de 2013. Exp. M.P. 19.933. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-6)
7. «Art. 98. Por el contrato de sociedad dos o más personas se obligan a hacer un aporte en dinero, en trabajo o en otros bienes apreciables en dinero, con el fin de repartirse entre sí las utilidades obtenidas en la empresa o actividad social.

»La sociedad, una vez constituida legalmente, forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados». [↑](#footnote-ref-7)
8. «Art. 100. Se tendrán como comerciales. para todos los efectos legales las sociedades que se formen para la ejecución de actos o empresas mercantiles. Si la empresa social comprende actos mercantiles y actos que no tengan esa calidad, la sociedad será comercial. Las sociedades que no contemplen en su objeto social actos mercantiles, serán civiles.

»Sin embargo, cualquiera que sea su objeto. las sociedades comerciales y civiles estarán sujetas, para todos los efectos, a la legislación mercantil». [↑](#footnote-ref-8)
9. Para José Ignacio Narváez en las sociedades de capital «[...] una vez efectuados los aportes, los asociados pasan la penumbra y son inadvertidos o carecen de importancia para los terceros, en razón de que solamente responden hasta concurrencia de sus respectivas aportaciones [...] y por tal virtud de la ley de circulación propia de las acciones, los accionistas de hoy pueden ser distintos de los de ayer y de los de mañana» (NARVÁEZ GARCÍA, José Ignacio. Teoría General de las Sociedades. Bogotá: Ed. Legis. 1998. p. 74). [↑](#footnote-ref-9)
10. Para el mismo autor citado antes «En las de personas los socios se conocen y cada uno es el punto de referencia de los demás consocios, por la confianza recíproca que existe entre ellos. Se forma intuitus personarum, es decir, por razón de las personas o en consideración a ellas, elemento que tiene importancia para los terceros, porque frente a ellos se obliga no solo la persona jurídica sino también los socios [...], y para que un socio pueda transferir o ceder su parte de interés en la sociedad a un tercero, se exige el consentimiento de los demás socios». (Ibid., p. 73-74). [↑](#footnote-ref-10)
11. La Corte Constitucional, en la Sentencia C-831 de 2010, también consideró que las sociedades comerciales se clasifican en esas dos categorías: i) sociedades de capital y ii) sociedades de personas: «[…] Desde el punto de vista de la legislación mercantil, las sociedades pueden revestir distintas formas. Dos grandes categorías societarias que son: i) las sociedades de personas, por aportes o cuotas, que comprenden a las limitadas, sociedades en comandita simple, colectivas y empresas unipersonales y, por otro lado, ii) las sociedades de capital o por acciones, entre las que se encuentran: las anónimas, simplificadas por acciones (SAS), y comanditarias por acciones». [↑](#footnote-ref-11)
12. Al respecto, el Artículo 2.2.1.1.2.2.8. del Decreto 1082 de 2015 permite diferenciar estos subtipos societarios al consagrar lo siguiente: «Artículo 2.2.1.1.2.2.8 Inhabilidades de las sociedades anónimas abiertas. En la etapa de selección, la Entidad Estatal debe tener en cuenta el régimen de inhabilidades e incompatibilidades y conflictos de interés previsto en la ley para lo cual debe tener en cuenta que 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». [↑](#footnote-ref-12)
13. Corte Constitucional. Sentencia C-188 de 2008. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

 [↑](#footnote-ref-13)
14. REYES VILLAMIZAR, Francisco. Derecho Societario. Tomo I. Bogotá: Ed. Temis, 2016. pp. 98-101. [↑](#footnote-ref-14)
15. Ley 1258 de 2008. «ARTÍCULO 4o. IMPOSIBILIDAD DE NEGOCIAR VALORES EN EL MERCADO PÚBLICO. Las acciones y los demás valores que emita la sociedad por acciones simplificada no podrán inscribirse en el Registro Nacional de Valores y Emisores ni negociarse en bolsa.» [↑](#footnote-ref-15)
16. Corte Constitucional. Sentencia C-290 de 1997. M.P. Jorge Arango Mejía. [↑](#footnote-ref-16)
17. Ibidem. [↑](#footnote-ref-17)
18. Decreto 410 de 1971. «Artículo 203. Sociedades que están obligadas a tener revisor fiscal. Deberán tener revisor fiscal:

»1) Las sociedades por acciones;

»2) Las sucursales de compañías extranjeras, y

»3) Las sociedades en las que, por ley o por los estatutos, la administración no corresponda a todos los socios, cuando así lo disponga cualquier número de socios excluidos de la administración que representen no menos del veinte por ciento del capital» [↑](#footnote-ref-18)
19. Ley 43 de 1990. [↑](#footnote-ref-19)
20. Esta norma debe interpretarse bajo las subreglas establecidas en la Sentencia C-621 de 2003 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Estas se sintetizan a continuación: (i) Se reconozca que existe un derecho a que se cancele la inscripción del nombramiento del representante legal o del revisor fiscal en todas las oportunidades en que por cualquier circunstancia cesan en el ejercicio de sus funciones. ii) Para el nombramiento del reemplazo y el registro del nuevo nombramiento se deben observar, en primer lugar, las previsiones contenidas en los estatutos sociales. (iii) Si los estatutos sociales no prevén expresamente un término dentro del cual debe proveerse el reemplazo del representante legal o del revisor fiscal saliente, los órganos sociales encargados de hacer el nombramiento deberán producirlo dentro del plazo de treinta días, contados a partir del momento de la renuncia, remoción, incapacidad, muerte, finalización del término estipulado, o cualquier otra circunstancia que ponga fin al ejercicio del cargo. iv) Pasado el término anterior sin que el órgano social competente haya procedido a nombrar y registrar el nombramiento de un nuevo representante legal o revisor fiscal, termina la responsabilidad legal del que cesa en el ejercicio de esas funciones, incluida la responsabilidad penal. v) Si vencido el término de treinta días y mediando la comunicación del interesado a la Cámara de Comercio sobre la causa de su retiro no se produce y registra el nuevo nombramiento de quien reemplazará al representante legal o al revisor fiscal saliente, este seguirá figurando en el registro mercantil en calidad de tal, pero únicamente para efectos procesales, judiciales o administrativos, sin perjuicio de las acciones que pueda interponer en contra de la sociedad por los perjuicios que esta situación pueda irrogarle. vi) No obstante todo lo anterior, la falta de publicidad de la causa que da origen a la terminación de la representación legal o de la revisoría fiscal, hace inoponible el acto o hecho frente a terceros, ante quienes el representante legal o revisor fiscal que figure registrado como tal continuará respondiendo para todos los efectos legales. [↑](#footnote-ref-20)