**CCE-DES-FM-17**

**COMPETENCIA CONSULTIVA – Colombia Compra Eficiente – Alcance – Obligatoriedad**

En ejercicio de las competencias consagradas en los artículos 3, numeral 5, 11, numeral 8, 12, numeral 6, y 13, numeral 4, del Decreto 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente resuelve las consultas sobre los asuntos de su competencia, esto es, sobre las temáticas de la contratación estatal y compras públicas relacionadas en los artículos citados. El alcance de la competencia consultiva encuentra fundamento normativo en el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015

[…]

La norma citada prescribe que los conceptos emitidos por las autoridades, como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas, no son de obligatorio cumplimiento o de imperativa ejecución, es decir, no tienen efectos vinculantes. En particular, es preciso advertir que los conceptos contienen la posición hermenéutica de la Subdirección de Gestión Contractual en relación con determinado aspecto del ordenamiento jurídico. Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales.

En otras palabras, los conceptos de esta Agencia tienen como objeto la interpretación de normas de carácter general, esto es, del ordenamiento jurídico en abstracto, no la resolución de controversias o la asesoría para casos concretos; además, no son vinculantes o de obligatorio cumplimiento para el destinatario, sino que expresan la posición interpretativa del organismo que elabora el concepto.

En concordancia con ello, es importante resaltar que esta posición es compartida por varias entidades públicas que ejercen similar función. Por ejemplo, la Procuraduría General de la Nación aclaró que el concepto «sólo constituye un criterio auxiliar de interpretación y que no tiene carácter vinculante de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 230 de la Constitución Política, 5° de la Ley 153 de 1887 y 28 de la ley 1437 de 2011». Igualmente, en concepto del año 2017, la Contraloría General de la República precisó que los «[…] conceptos emitidos por la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República, son orientaciones de carácter general que […] no son de obligatorio cumplimiento o ejecución, ni tienen el carácter de fuente normativa y sólo pueden ser utilizados para facilitar la interpretación y aplicación de las normas jurídicas vigentes […]».

**REGISTRO MERCANTIL – Finalidad – Naturaleza jurídica**

El registro mercantil tiene «por objeto llevar la matrícula de los comerciantes y de los establecimientos de comercio, así como la inscripción de todos los actos, libros y documentos respecto de los cuales la ley exigiere esa formalidad». Así, la matrícula mercantil es un medio de identificación que da publicidad a la condición de comerciante, la cual, de acuerdo con el artículo 10 del Código de Comercio, se establece para aquellas personas que se ocupan profesionalmente de una o varias de las actividades que el mismo código considera como comerciales o mercantiles, según el artículo 20 y 21.

El artículo 20 del Código de Comercio, en el numeral 15, define como mercantil «Las empresas de obras o construcciones, reparaciones, montajes, instalaciones u ornamentaciones». Por su parte, el artículo 11 del mismo estatuto dispone: «las personas que ejecuten ocasionalmente operaciones mercantiles no se considerarán comerciantes, pero estarán sujetas a las normas comerciales en cuanto a dichas operaciones». Así mismo, el artículo 23 señala las actividades que no pueden considerarse mercantiles, y por lo tanto, no requiere que la persona se inscriba en el registro mercantil. En relación con el registro mercantil, el Consejo de Estado se ha pronunciado estableciendo que la finalidad del registro es ser un instrumento que cuente con la información de las personas consideradas comerciantes […]

**REGISTRO MERCANTIL – Deber de inscripción – Sujetos obligados – Sanciones**

Así las cosas, el artículo 28 del Código de Comercio señala que las personas que ejerzan profesionalmente el comercio y sus auxiliares, tales como los comisionistas, corredores, agentes, representantes de firmas nacionales o extranjeras, deben inscribirse en el registro mercantil, al mes siguiente de que inicien sus actividades. De tal forma, deberán inscribirse en el registro mercantil quienes realizan de manera habitual alguna actividad comercial de las definidas por el Código de Comercio, es decir, deben matricularse ante la Cámara de Comercio todas las personas naturales que realicen en forma permanente o habitual alguno de los actos u operaciones mercantiles, en caso contrario, a pesar de que sea un acto mercantil, la persona natural no debe estar inscrita en el registro. De otro lado, el artículo 37 del Código de Comercio dispone, como sanción aplicable al comerciante que ejerce el comercio sin registro mercantil, la imposición de una multa:

[…]

De la misma forma, el artículo 11 del Decreto 2153 de 1992, en el numeral 5, faculta al Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia para imponer multas de hasta diecisiete (17) salarios mínimos mensuales legales vigentes por ejercer profesionalmente el comercio sin estar matriculados en el registro; disposición que también sería aplicable ante la falta de renovación de este instrumento.

**CAPACIDAD JURÍDICA – Concepto – Persona natural**

[…] debe tenerse en cuenta que la capacidad jurídica en la contratación estatal es la facultad legal que tiene una persona –natural o jurídica– para celebrar contratos con una entidad pública, sin perjuicio de que el legislador habilite a otros sujetos, como sucede con los consorcios u uniones temporales, a quienes les asigna capacidad contractual. En el caso de las personas naturales, son capaces jurídicamente a menos que estén expresamente inhabilitadas por decisión judicial o administrativa, como la interdicción judicial, y que no estén incursas en inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones para contratar derivadas de la ley.



Bogotá, 25 Octubre 2021

Señor

**Somerzo Rauf Mendivil Tovar**

Ciudad

 **Concepto C – 578 de 2021**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | COMPETENCIA CONSULTIVA – Colombia Compra Eficiente – Alcance – Obligatoriedad / REGISTRO MERCANTIL – Finalidad – Naturaleza jurídica / REGISTRO MERCANTIL – Deber de inscripción – Sujetos obligados – Sanciones / CAPACIDAD JURÍDICA – Concepto – Persona natural  |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta P20210910008270 |

Estimado Señor Mendivil Tovar,

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 10 de septiembre de 2021.

**1. Problemas planteados**

Usted formula la siguiente consulta:

«[…] solicito información acerca de la veracidad del Concepto Colombia Compra Eficiente 42018140000008327 del 24/01/2019, el cual es usado frecuentemente por las entidades públicas, más específicamente por la POLICIA NACIONAL,

»[…] las entidades públicas que la usan para determinar que las personas naturales que se presenten en calidad de oferentes, tengan registro mercantil, así ejerzan una profesión liberal, están faltando a los principios contenidos en el Estatuto General de Contratación Pública y además basándose en un documento que no existe para poder sacar de tajo a las personas naturales para que no puedan participar en sus procesos de contratación.

» En caso de que este concepto exista, CCE está errando al dar un concepto que contraviene lo estipulado en las leyes de contratación, además de lo contenido en los pliegos tipo, en el cual a los oferentes que son personas naturales, son tratados de forma diferente, ya que no se les exige registro mercantil.

» Es claro que CCE es la máxima rectora de la contratación en nuestro país, por lo cual las guías expedidas son de obligatorio cumplimiento, es decir que son vinculantes, así como también sus conceptos, y si en este caso la entidad conceptúo acerca de un tema como la obligatoriedad de sacar el registro mercantil para las personas naturales que oferten para contratar obras o construcciones civiles, está abriendo una brecha para que dentro de los pliegos tipo, así no este consignado en ellos, las entidades públicas "metan este concepto", con lo que se estaría violando los principios de selección objetiva, de transparencia, y de pluralidad de oferentes, contenido en la ley de contratación pública.

» Si CCE expide los documentos tipo, y si dentro de ellos no hay restricción para la participación de los oferentes que son personas naturales, y que no tienen registro mercantil, para participar en las compras de obras públicas, ¿entonces al dar este concepto, no estaría contraviniendo lo que la misma entidad expide para nosotros los oferentes y para las entidades públicas?

» Favor aclarar si el Concepto Colombia Compra Eficiente 42018140000008327 del 24/01/2019, fue dado por la entidad, además de ser así, favor darnos las respuestas correspondientes».

**2. Consideraciones**

En ejercicio de las competencias establecidas en los artículos 3.5 y 11.8 del Decreto 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente resuelve las consultas sobre los asuntos de su competencia, esto es, sobre las temáticas de la contratación estatal y compras públicas relacionadas en los artículos citados. Es necesario tener en cuenta que esta entidad solo tiene competencia para responder solicitudes sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, resolver consultas sobre casos particulares desborda las atribuciones asignadas por el legislador, que no concibió a Colombia Compra Eficiente como una autoridad para solucionar problemas jurídicos particulares, especialmente, cuando el conocimiento de estos últimos corresponde resolverlos a los partícipes del sistema de compra pública y, eventualmente, a las autoridades judiciales y a los organismos de control.

Por tanto, la competencia de esta Agencia se fija con límites claros, con el objeto de evitar que actúe como una instancia de validación de las actuaciones de las entidades sujetas a la Ley 80 de 1993 o de los demás participantes de la contratación pública[[1]](#footnote-1). Lo anterior, en la medida en que, para resolver una consulta de carácter particular, además de conocer un sinnúmero de detalles de la actuación administrativa, es necesario acceder al expediente y a los documentos del procedimiento contractual donde surge la inquietud; razón por la cual, al no ser un órgano judicial, ni una entidad de vigilancia, inspección o control en materia contractual, carece de la facultad para desempeñar estas funciones.

 Por ello, la Subdirección, dentro de los límites de sus atribuciones, resolverá la consulta conforme a las normas generales en materia de contratación estatal. Con este objetivo se analizarán los siguientes temas: i) alcance de la competencia consultiva y naturaleza jurídica de los conceptos expedidos por la Agencia y ii) la exigencia de registro mercantil a personas naturales en procesos de contratación y la capacidad jurídica de las personas naturales.

**2.1. Alcance de la competencia consultiva y naturaleza jurídica de los conceptos expedidos por la Agencia**

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se pronunció, sobre el alcance de la competencia consultiva de esta Agencia, en los Conceptos C-317 del 10 de junio de 2020, C-337 del 26 de junio de 2020, C-353 del 30 de junio de 2020, C-439 del 27 de julio de 2020, C-511 del 10 de agosto de 2020, C-772 del 13 de enero de 2021, C-176 del 4 de abril de 2021, C-191 del 26 de abril de 2021 y C-399 del 28 de septiembre de 2021. Algunas de las consideraciones de estos conceptos se reiteran y complementan a continuación.

En ejercicio de las competencias consagradas en los artículos 3, numeral 5, 11, numeral 8, 12, numeral 6, y 13, numeral 4, del Decreto 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente resuelve las consultas sobre los asuntos de su competencia, esto es, sobre las temáticas de la contratación estatal y compras públicas relacionadas en los artículos citados. El alcance de la competencia consultiva encuentra fundamento normativo en el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015, que dispone lo siguiente:

«Artículo 28. Alcance de los conceptos. Salvo disposición legal en contrario, 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».

La norma citada prescribe que los conceptos emitidos por las autoridades, como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas, no son de obligatorio cumplimiento o de imperativa ejecución, es decir, no tienen efectos vinculantes. En particular, es preciso advertir que los conceptos contienen la posición hermenéutica de la Subdirección de Gestión Contractual en relación con determinado aspecto del ordenamiento jurídico. Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales.

En otras palabras, los conceptos de esta Agencia tienen como objeto la interpretación de normas de carácter general, esto es, del ordenamiento jurídico en abstracto, no la resolución de controversias o la asesoría para casos concretos; además, no son vinculantes o de obligatorio cumplimiento para el destinatario, sino que expresan la posición interpretativa del organismo que elabora el concepto.

 En concordancia con ello, es importante resaltar que esta posición es compartida por varias entidades públicas que ejercen similar función. Por ejemplo, la Procuraduría General de la Nación[[2]](#footnote-2) aclaró que el concepto «sólo constituye un criterio auxiliar de interpretación y que no tiene carácter vinculante de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 230 de la Constitución Política, 5° de la Ley 153 de 1887 y 28 de la ley 1437 de 2011». Igualmente, en concepto del año 2017, la Contraloría General[[3]](#footnote-3) de la República precisó que los «[…] conceptos emitidos por la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República, son orientaciones de carácter general que […] no son de obligatorio cumplimiento o ejecución, ni tienen el carácter de fuente normativa y sólo pueden ser utilizados para facilitar la interpretación y aplicación de las normas jurídicas vigentes […]».

 En términos generales, lo que se busca con el ejercicio de la función consultiva es que la opinión jurídica de esta Agencia sea un criterio de orientación para los operadores jurídicos, sin que ello suponga resolver un problema entre partes o asumir la única posible interpretación de una disposición normativa. Esto no descarta que, en la práctica, al emitirse la opinión sobre la interpretación del ordenamiento jurídico, exista coincidencia con el criterio que expone alguna de las partes o la persona que solicita la consulta, circunstancia que no descarta interpretaciones diferentes[[4]](#footnote-4).

De este modo, las autoridades que ejercen funciones consultivas pueden expresar su interpretación de un precepto normativo que no excluye otras interpretaciones posibles, pues el derecho, como sistema normativo, es un lenguaje que, en ocasiones, se tiñe de vaguedad, en virtud de la utilización de conceptos jurídicos indeterminados. Así, puede pasar, por ejemplo, que un ministerio considere que una norma debe entenderse en un sentido, pero que otra entidad, vinculada o adscrita a ese ministerio, entienda que la misma norma debe interpretarse de otra manera. Eso hace parte de la lógica deliberativa y dialéctica del funcionamiento del Estado y refleja el principio democrático.

De todos modos, esto no significa que el criterio de una u otra tenga validez o prevalencia sobre la otra, ya que se trata de opiniones emitidas a título de concepto, pese a que entre las entidades exista una jerarquía o de la naturaleza y competencias que se prediquen de una y otra. Incluso, aun cuando los jueces interpreten con autoridad el sentido de la disposición normativa, el concepto emitido por la entidad no deja de ser un concepto y no adquiere efectos vinculantes, por más que coincida con el de la autoridad judicial, pues, en esa hipótesis, lo que vincula es la decisión del juez, no el de la entidad que ejerció la función consultiva, pues, como se indicó, dicha competencia se enmarca en el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011. En otras palabras, los conceptos «no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución».

**2.1. Exigencia de registro mercantil a personas naturales en procesos de contratación y la capacidad jurídica de las personas naturales**

Esta Subdirección, en el concepto con radicado No. 4201912000004782 del 30 de octubre de 2019, reiterado en los conceptos 4201912000005754 del 4 de octubre de 2019, 4201912000008455 del 7 de octubre de 2019, 4201913000007896 del 25 de noviembre de 2019, 4201913000007962 del 28 de noviembre de 2019, 4201913000007152 del 2 de diciembre de 2019, 4201912000007162 del 3 de diciembre de 2019, C-054 del 19 de febrero de 2020 y C-184 del 02 de abril de 2020 y C-520 del 27 de septiembre de 2021, se pronunció sobre la exigencia del registro mercantil en los procesos de contratación. La tesis propuesta en estos conceptos es la que se expone a continuación.

El registro mercantil tiene «por objeto llevar la matrícula de los comerciantes y de los establecimientos de comercio, así como la inscripción de todos los actos, libros y documentos respecto de los cuales la ley exigiere esa formalidad»[[5]](#footnote-5). Así, la matrícula mercantil es un medio de identificación que da publicidad a la condición de comerciante, la cual, de acuerdo con el artículo 10 del Código de Comercio, se establece para aquellas personas que se ocupan profesionalmente de una o varias de las actividades que el mismo código considera como comerciales o mercantiles, según el artículo 20 y 21[[6]](#footnote-6).

El artículo 20 del Código de Comercio, en el numeral 15, define como mercantil «Las empresas de obras o construcciones, reparaciones, montajes, instalaciones u ornamentaciones». Por su parte, el artículo 11 del mismo estatuto dispone: «las personas que ejecuten ocasionalmente operaciones mercantiles no se considerarán comerciantes, pero estarán sujetas a las normas comerciales en cuanto a dichas operaciones». Así mismo, el artículo 23 señala las actividades que no pueden considerarse mercantiles, y por lo tanto, no requiere que la persona se inscriba en el registro mercantil[[7]](#footnote-7). En relación con el registro mercantil, el Consejo de Estado se ha pronunciado estableciendo que la finalidad del registro es ser un instrumento que cuente con la información de las personas consideradas comerciantes:

Regulado por el artículo 26 del Código de Comercio, se encuentra que tiene por objeto hacer la matrícula de los comerciantes y de los establecimientos de comercio, así como la inscripción de los actos, libros y documentos, de acuerdo con las disposiciones legales. De lo anterior se deduce que la matrícula es el registro a que están obligadas todas las personas que ejercen regularmente el comercio, lo mismo que en relación con sus establecimientos de comercio[[8]](#footnote-8).

Por su parte, la Corte Constitucional se pronunció sobre la naturaleza jurídica del registro mercantil, señalando que este es un instrumento que le permite al público el conocimiento de datos relevantes del tráfico mercantil, la calidad de comerciante de una persona y las actividades propias de esta. Así mismo, para la Corte el registro mercantil no es un requisito para la validez y existencia de los actos jurídicos, sino una herramienta de publicidad de estos y, por lo tanto, oponibles a terceros:

A diferencia de otros registros que son de naturaleza real, como el registro inmobiliario, el registro mercantil es de naturaleza personal porque lo inscrito es la persona misma en su condición de comerciante y los hechos y actos que a él lo afectan frente a terceros. Usualmente se le reconoce un carácter meramente declarativo, en cuanto es simplemente un mecanismo de publicidad de ciertos hechos o actos relevantes en el tráfico mercantil. Es decir, la inscripción en el registro no es un requisito de aquellos que son necesarios para la existencia o para la validez de los actos jurídicos inscritos, sino que únicamente los hace conocidos y por lo tanto «oponibles» a los terceros. Así, una vez hecho el correspondiente registro, el acto tendrá efectos no sólo entre quienes participaron en él, sino erga omnes, por lo cual en adelante nadie podrá alegar su desconocimiento. Este es el principio que se conoce como de «publicidad material del registro», en virtud del cual, una vez inscrito, el acto se supone conocido de todos. Por lo anterior, la doctrina señala que la finalidad inmediata del registro es dar seguridad a las relaciones que implican la responsabilidad jurídica del comerciante[[9]](#footnote-9).

Así las cosas, el artículo 28 del Código de Comercio señala que las personas que ejerzan profesionalmente el comercio y sus auxiliares, tales como los comisionistas, corredores, agentes, representantes de firmas nacionales o extranjeras, deben inscribirse en el registro mercantil, al mes siguiente de que inicien sus actividades. De tal forma, deberán inscribirse en el registro mercantil quienes realizan de manera habitual alguna actividad comercial de las definidas por el Código de Comercio, es decir, deben matricularse ante la Cámara de Comercio todas las personas naturales que realicen en forma permanente o habitual alguno de los actos u operaciones mercantiles, en caso contrario, a pesar de que sea un acto mercantil, la persona natural no debe estar inscrita en el registro. De otro lado, el artículo 37 del Código de Comercio dispone, como sanción aplicable al comerciante que ejerce el comercio sin registro mercantil, la imposición de una multa:

Artículo 37. La persona que ejerza profesionalmente el comercio sin estar inscrita en el registro mercantil incurrirá en multa hasta de diez mil pesos, que impondrá la Superintendencia de Industria y Comercio, sin perjuicio de las demás sanciones legales. La misma sanción se aplicará cuando se omita la inscripción o matrícula de un establecimiento de comercio.

De la misma forma, el artículo 11 del Decreto 2153 de 1992, en el numeral 5, faculta al Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia para imponer multas de hasta diecisiete (17) salarios mínimos mensuales legales vigentes por ejercer profesionalmente el comercio sin estar matriculados en el registro[[10]](#footnote-10); disposición que también sería aplicable ante la falta de renovación de este instrumento.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que la capacidad jurídica en la contratación estatal es la facultad legal que tiene una persona –natural o jurídica– para celebrar contratos con una entidad pública, sin perjuicio de que el legislador habilite a otros sujetos, como sucede con los consorcios u uniones temporales, a quienes les asigna capacidad contractual[[11]](#footnote-11). En el caso de las personas naturales, son capaces jurídicamente a menos que estén expresamente inhabilitadas por decisión judicial o administrativa, como la interdicción judicial, y que no estén incursas en inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones para contratar derivadas de la ley. En relación con la capacidad jurídica, la doctrina ha señalado:

La capacidad, de acuerdo con lo establecido por el Código Civil, se refiere a la facultad que legalmente se le confiere a la persona para poder ejercer sus derechos y contraer obligaciones, partiendo del supuesto de que todas las personas naturales son capaces, con excepción de aquellas que la ley expresamente excluye de tal presunción (arts. 1503 y 1504), y de que la capacidad de las personas jurídicas se circunscribe a lo expresado en su objeto social y su forma de creación. Así mismo, en cuanto a la formas especiales de asociación autorizadas por la Ley 80 de 1993, esto es, los consorcios y las uniones temporales, su capacidad igualmente dependerá del alcance dado a las mismas en el acuerdo consorcial o de conformación de la unión temporal[[12]](#footnote-12).

De acuerdo con lo anterior, se evidencia que el registro mercantil es un deber legal de los comerciantes, pero no otorga o afecta la capacidad jurídica o contractual, aunque su ausencia, cuando se desarrollan actividades mercantiles de manera habitual y permanente, ocasiona la imposición de multas por el incumplimiento de un deber legal. Así, una persona natural solo deberá estar inscrita en el registro mercantil, en cumplimiento de un deber comercial, cuando realice alguna actividad comercial profesional de manera habitual, y no por el hecho de participar en un proceso de contratación.

Así las cosas, en los términos expuestos en este numeral, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, ha desarrollado su postura sobre la exigencia de registro mercantil frente a las personas naturales en procesos de contratación y la capacidad jurídica de las personas naturales. Esta posición, como se señaló al inicio de este concepto, ha sido reiterada en distintos pronunciamientos, en donde se ha mantenido dicho criterio.

**3. Respuesta**

«[…] solicito información acerca de la veracidad del Concepto Colombia Compra Eficiente 42018140000008327 del 24/01/2019, el cual es usado frecuentemente por las entidades públicas, más específicamente por la POLICIA NACIONAL,

»[…] las entidades públicas que la usan para determinar que las personas naturales que se presenten en calidad de oferentes, tengan registro mercantil, así ejerzan una profesión liberal, están faltando a los principios contenidos en el Estatuto General de Contratación Pública y además basándose en un documento que no existe para poder sacar de tajo a las personas naturales para que no puedan participar en sus procesos de contratación.

» En caso de que este concepto exista, CCE está errando al dar un concepto que contraviene lo estipulado en las leyes de contratación, además de lo contenido en los pliegos tipo, en el cual a los oferentes que son personas naturales, son tratados de forma diferente, ya que no se les exige registro mercantil.

» Es claro que CCE es la máxima rectora de la contratación en nuestro país, por lo cual las guías expedidas son de obligatorio cumplimiento, es decir que son vinculantes, así como también sus conceptos, y si en este caso la entidad conceptúo acerca de un tema como la obligatoriedad de sacar el registro mercantil para las personas naturales que oferten para contratar obras o construcciones civiles, está abriendo una brecha para que dentro de los pliegos tipo, así no este consignado en ellos, las entidades públicas "metan este concepto", con lo que se estaría violando los principios de selección objetiva, de transparencia, y de pluralidad de oferentes, contenido en la ley de contratación pública.

» Si CCE expide los documentos tipo, y si dentro de ellos no hay restricción para la participación de los oferentes que son personas naturales, y que no tienen registro mercantil, para participar en las compras de obras públicas, ¿entonces al dar este concepto, no estaría contraviniendo lo que la misma entidad expide para nosotros los oferentes y para las entidades públicas?

» Favor aclarar si el Concepto Colombia Compra Eficiente 42018140000008327 del 24/01/2019, fue dado por la entidad, además de ser así, favor darnos las respuestas correspondientes».

Los conceptos emitidos por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente contienen la interpretación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. El fundamento para su expedición se encuentra en el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011. Tales conceptos no son actos administrativos, es decir, no son decisiones vinculantes u obligatorias, sino que están revestidos de la naturaleza que les confiere el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, de ahí que no sean obligatorios.

Ahora bien, de acuerdo con las consideraciones desarrolladas en este concepto, el registro mercantil es un deber legal de los comerciantes, pero no otorga o afecta la capacidad jurídica o contractual, aunque su ausencia, cuando se desarrollan actividades mercantiles de manera habitual y permanente, ocasiona la imposición de multas por el incumplimiento de un deber legal. En este sentido, una persona natural solo deberá estar inscrita en el registro mercantil, en cumplimiento de un deber comercial, cuando realice alguna actividad comercial profesional de manera habitual, y no por el hecho de participar en un proceso de contratación.

La postura anterior ha sido desarrollada por esta Agencia en los conceptos con radicado No. 4201912000004782 del 30 de octubre de 2019, reiterado en los conceptos 4201912000005754 del 4 de octubre de 2019, 4201912000008455 del 7 de octubre de 2019, 4201913000007896 del 25 de noviembre de 2019, 4201913000007962 del 28 de noviembre de 2019, 4201913000007152 del 2 de diciembre de 2019, 4201912000007162 del 3 de diciembre de 2019, C-054 del 19 de febrero de 2020 y C-184 del 02 de abril de 2020 y C-520 del 27 de septiembre de 2021. Los conceptos anteriores pueden encontrarse en la siguiente dirección electrónica: http://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos.



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Carlos Mario Castrillón EndoContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Sebastián Ramírez Grisales Gestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual  |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado NavarroSubdirector de Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. La Agencia Nacional de Contratación Pública ‒ Colombia Compra Eficiente fue creada por el Decreto Ley 4170 de 2011. Su objetivo es servir como ente rector de la política de compras y contratación del Estado. Para tales fines, como órgano técnico especializado, le corresponde formular políticas públicas y normas y unificar los procesos de contratación estatal, con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado. El artículo 3 ibidem señala, de manera precisa, las funciones de Colombia Compra Eficiente. Concretamente, el numeral 5º de este artículo establece que le corresponde a esta entidad: «[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública». Seguidamente, el numeral 8º del artículo 11 ibidem señala que es función de la Subdirección de Gestión Contractual: «[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general». [↑](#footnote-ref-1)
2. Procuraduría General de la Nación. Concepto del 15 de octubre de 2014. Procuraduría Delegada para Asuntos Disciplinarios. Radicado PAD C-114-2014. [↑](#footnote-ref-2)
3. Contraloría General de la República. Oficina Jurídica. Concepto 80112-OJ-008 2017. [↑](#footnote-ref-3)
4. ARBOLEDA PERDOMO, Enrique José. Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (2ª ed.). Editorial Legis. Bogotá. 2012. p. 59 [↑](#footnote-ref-4)
5. Código de Comercio. «Artículo 26. El registro mercantil tendrá por objeto llevar la matrícula de los comerciantes y de los establecimientos de comercio, así como la inscripción de todos los actos, libros y documentos respecto de los cuales la ley exigiere esa formalidad». [↑](#footnote-ref-5)
6. Código de Comercio: «Artículo 10. Son comerciantes las personas que profesionalmente se ocupan en alguna de las actividades que la ley considera mercantiles.

»La calidad de comerciante se adquiere aunque la actividad mercantil se ejerza por medio de apoderado, intermediario o interpuesta persona». [↑](#footnote-ref-6)
7. Código de Comercio: «Artículo 23: No son mercantiles:

»1) La adquisición de bienes con destino al consumo doméstico o al uso del adquirente, y la enajenación de los mismos o de los sobrantes;

»2) La adquisición de bienes para producir obras artísticas y la enajenación de éstas por su autor;

»3) Las adquisiciones hechas por funcionarios o empleados para fines de servicio público;

»4) Las enajenaciones que hagan directamente los agricultores o ganaderos de los frutos de sus cosechas o ganados, en su estado natural. Tampoco serán mercantiles las actividades de transformación de tales frutos que efectúen los agricultores o ganaderos, siempre y cuando que dicha transformación no constituya por sí misma una empresa, y

»5) La prestación de servicios inherentes a las profesiones liberales». [↑](#footnote-ref-7)
8. Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia del 2 de agosto de 2012. C. P. William Giraldo Giraldo. Exp. 18578. [↑](#footnote-ref-8)
9. Corte Constitucional. Sentencia C-621 de 2003. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. [↑](#footnote-ref-9)
10. Decreto 2153 de 1992, «Artículo 11. […] 5. Imponer a las personas que ejerzan profesionalmente el comercio, sin estar matriculadas en el registro mercantil, multas hasta el equivalente de diecisiete (17) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la imposición de la sanción». [↑](#footnote-ref-10)
11. Ley 80 de 1993. «Artículo 6. De la capacidad para contratar. 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».

 [↑](#footnote-ref-11)
12. EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos. Forma y contenido del contrato estatal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013. p. 112. [↑](#footnote-ref-12)