**REQUISITOS HABILITANTES – Concepto**

Los requisitos habilitantes se definen como aquellas exigencias de participación en los procedimientos de selección, establecidas en disposiciones normativas, de carácter legal o reglamentario, o contenidas en el acto administrativo que regula las reglas de la convocatoria – es decir, en el Pliego de Condiciones o el documento equivalente a este –. Se diferencian de los criterios de evaluación – también conocidos como criterios de calificación – en que estos son los factores definidos por la Entidad Estatal para la asignación de puntaje en el momento de la comparación de las ofertas y que, a partir de su ponderación, permiten establecer el orden de elegibilidad y, por ende, la propuesta ganadora.

[…]

Específicamente, el numeral 1º del artículo referido establece que en los procesos de selección de contratistas serán objeto de verificación, como requisitos habilitantes, entre otros, los siguientes: i) la capacidad jurídica; ii) la experiencia; iii) la capacidad financiera y iv) la capacidad de organización.

**REQUISITOS HABILITANTES – Carácter enunciativo – Artículo 5 de la Ley 1150 de 2007**

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente ha defendido el carácter *enunciativo* del listado de los requisitos habilitantes contenidos en el numeral 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, en la medida en que la referida disposición, al referirse a los requisitos habilitantes, no contiene una expresión como “únicamente” o “solo”, de la que pueda colegirse la taxatividad de los requisitos mencionados.

[…] En ese sentido, las entidades tienen autonomía para estructurar los requisitos habilitantes en los procesos que adelantan, pero tal facultad no puede ejercerse de forma arbitraria, caprichosa y, mucho menos, con el ánimo de direccionar el Proceso de Contratación o favorecer a alguno de los proponentes. Tampoco puede suceder que el ejercicio de dicha atribución se haga con desconocimiento de los límites impuestos por la normativa vigente, como, por ejemplo, el parágrafo 2 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, que prohíbe exigir certificaciones de sistemas de gestión de calidad como requisito habilitante.

**CAPACIDAD JURÍDICA – Definición – Personas jurídicas**

La capacidad jurídica es la aptitud que recae en los sujeto activos o pasivos de las relaciones jurídicas. Para efectos de las relaciones contractuales en las que uno de los extremos de la relación sea una Entidad Estatal, la capacidad jurídica es la facultad que tiene una persona natural o jurídica para celebrar contratos con una Entidad Estatal. En otras palabras, es i) la capacidad de obligarse a cumplir el objeto del contrato y ii) de no estar incursa en inhabilidades o incompatibilidades que impidan la celebración del contrato.

[…]

[…] en tratándose de personas jurídicas, la capacidad jurídica hace referencia a la posibilidad que tienen para adelantar actividades en el marco de su objeto social, las facultades que le han sido otorgadas al representante legal y a la ausencia de inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones para contratar, derivadas de la ley.

**CAPACIDAD JURÍDICA – Objeto Social determinado – Sociedades por Acciones Simplificadas**

Cuando el proponente defina de forma clara, completa y precisa las actividades comerciales sobre las cuales versa su objeto, sin mencionar la posibilidad de realizar otro tipo de actividades de carácter lícito, solo tendrán capacidad para participar en procedimientos de selección y celebrar contratos cuyo objeto se relacione con las actividades definidas en su documento de constitución, tal como sucede con otras sociedades comerciales. Ahora bien, sobre este punto vale resaltar que las Entidades Estatales deben verificar que el objeto social de las de las personas jurídicas les permite desarrollar el objeto del contrato, bien porque la actividad está prevista como una actividad del objeto social principal o como una actividad conexa o porque al tratarse de una sociedad por acciones simplificada puede realizar actividades comerciales o civiles.

Bogotá D.C., [Día] [Mes.NombreCapitalizado] [Año]

Señor

**Edgar David González Medrano**

Turbaco, Bolívar

**Concepto C-374 de 2023**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:** | REQUISITOS HABILITANTES – Concepto / REQUISITOS HABILITANTES – Carácter enunciativo – Artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 / CAPACIDAD JURÍDICA – Definición – Personas jurídicas / CAPACIDAD JURÍDICA – Objeto Social determinado – Sociedades por Acciones Simplificadas |
| **Radicación:** | Respuesta a consulta P20230805013983 |

Estimado señor Gonzales:

En ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8° del artículo 11 y el numeral 5° del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, así como lo establecido en la Resolución 1707 de 2018 expedida por esta Entidad, la Agencia Nacional de Contratación Pública ― Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 5 de agosto de 2023.

1. **Problema planteado**

Usted formula la siguiente consulta:

“[…] si durante la etapa de verificación de ofertas se advierte que la persona jurídica organizada en forma de "SAS" especifica en su objeto social las actividades principales que puede realizar, sin agregar que se encuentre posibilitada para ejecutar cualquier otra actividad lícita, ¿Es posible determinar que si su objeto social no guarda relación con el objeto del proceso contractual, se concluya que la misma no se encuentra habilitada? o en su defecto, ¿siempre debe considerarse que la persona jurídica organizada y constituida como una "SAS" se encuentra habilitada para realizar cualquier actividad lícita en Colombia, sin importar lo que determine en su objeto social?” (sic)

1. **Consideraciones**

En ejercicio de las competencias establecidas en los artículos 3, numeral 5° y 11, numeral 8° del Decreto Ley 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 casos particulares desborda las atribuciones asignadas por el legislador extraordinario, que no concibió a Colombia Compra Eficiente como una autoridad para solucionar problemas jurídicos particulares de todos los partícipes de la contratación estatal.

La competencia de esta entidad se fija con límites claros, con el objeto de evitar que la Agencia 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). Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales. Esto 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. Por lo anterior, previo concepto de sus órganos asesores, la solución de estos temas corresponde a la entidad que adelanta el procedimiento de selección y, en caso de conflicto, a las autoridades judiciales, fiscales y disciplinarias.

 Sin perjuicio de lo anterior, la Subdirección –dentro de los límites de sus atribuciones, esto es, haciendo abstracción del caso particular expuesto por el peticionario– resolverá la consulta conforme a las normas generales en materia de contratación estatal. Con este objetivo se analizarán los siguientes temas: i) determinación de los requisitos habilitantes en los procesos de contratación; ii) la capacidad jurídica como requisito habilitante y su forma de acreditación y; iii) la capacidad jurídica de las Sociedades por Acciones Simplificadas conforme a su objeto social determinado o indeterminado.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, en los conceptos del 15 de noviembre, del 28 de noviembre, 16 de diciembre de 2019 –radicados No. 2201913000008520, 4201912000007329 y 2201913000009295–, así como en los conceptos C-120 del 3 de marzo de 2020, C-204 del 31 de marzo de 2020, C-099 del 6 de abril de 2020, C-195 del 13 de abril de 2020, C-013 del 17 de abril de 2020, C-330 del 27 de mayo de 2020, C-396 de 16 de julio de 2020, C-142 del 30 de marzo de 2022, entre otros, analizó la naturaleza de los requisitos habilitantes y el carácter enunciativo de los mencionados en el artículo 5-1 de la Ley 1150 de 2007[[2]](#footnote-2). Las tesis expuestas en estos conceptos se reiteran a continuación y se complementan en lo pertinente, teniendo en cuenta los interrogantes planteados.

* 1. **Determinación de los requisitos habilitantes en los procesos de contratación**

Los *requisitos habilitantes* se definen como aquellas exigencias de participación en los procedimientos de selección, establecidas en disposiciones normativas, de carácter legal o reglamentario, o contenidas en el acto administrativo que regula las reglas de la convocatoria – es decir, en el Pliego de Condiciones o el documento equivalente a este –. Se diferencian de los *criterios de evaluación* – también conocidos como criterios de calificación – en que estos son los factores definidos por la Entidad Estatal para la asignación de puntaje en el momento de la comparación de las ofertas y que, a partir de su ponderación, permiten establecer el orden de elegibilidad y, por ende, la propuesta ganadora.

Los requisitos habilitantes constituyen los requerimientos mínimos con los que deben cumplir los proponentes para poder participar en el procedimiento de selección, razón por la que los mismos no se valoran con un puntaje tendiente a determinar el orden de escogencia, sino que se analizan como criterios previos a la evaluación en sentido estricto, de manera que quienes no los reúnan no pueden continuar en el procedimiento de selección, es decir, incurren en causal de rechazo. Esto sin perjuicio del derecho que tienen los oferentes de subsanar los defectos que se presenten en la prueba de tales requisitos, de conformidad con el artículo 5, parágrafos 1º al 4º, de la Ley 1150 de 2007.

El mencionado artículo dispone que se considera: “[…] objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva”. En ese contexto, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los Pliegos de Condiciones o sus documentos equivalentes deberán tener en cuenta, entre otras cuestiones, los criterios establecidos en dicha disposición.

Específicamente, el numeral 1º del artículo referido establece que en los procesos de selección de contratistas serán objeto de verificación, como requisitos habilitantes, entre otros, los siguientes: i) la capacidad jurídica; ii) la experiencia; iii) la capacidad financiera y iv) la capacidad de organización. En efecto, la normativa citada dispone:

“Artículo 5. De la Selección Objetiva.

[…]

1.La capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes serán objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje, con excepción de lo previsto en el numeral 4 del presente artículo. La exigencia de tales condiciones debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato a suscribir y a su valor. La verificación documental de las condiciones antes señaladas será efectuada por las Cámaras de Comercio de conformidad con lo establecido en el artículo 6 de la presente ley, de acuerdo con lo cual se expedirá la respectiva certificación”.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente ha defendido el carácter *enunciativo* del listado de los requisitos habilitantes contenidos en el numeral 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, en la medida en que la referida disposición, al referirse a los requisitos habilitantes, no contiene una expresión como “únicamente” o “solo”, de la que pueda colegirse la taxatividad de los requisitos mencionados. Esta conclusión además se apoya en una la lectura integral de las normas que regulan la contratación estatal, en virtud de la cual es posible evidenciar que existen otras condiciones que deben cumplirse para la contratación con Entidades Públicas, de las que derivan requisitos habilitantes, como sucede, por ejemplo, con la capacidad residual a la que se refiere el artículo 6º, parágrafo 1, de la Ley 1150 de 2007[[3]](#footnote-3).

Por otro lado, en el “Manual para determinar y verificar los requisitos habilitantes en los Procesos de Contratación”, expedido por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se determinaron los parámetros para establecer, acreditar y subsanar los requisitos habilitantes. Allí también se precisó que estos tienen como fin primordial medir “la aptitud del proponente para participar en un proceso de contratación como oferente y están referidos a su capacidad jurídica, financiera, organizacional y su experiencia”. De acuerdo con el Manual, su propósito consiste en “establecer unas condiciones mínimas para los proponentes de tal manera que la Entidad Estatal sólo evalúe las ofertas de aquellos que están en condiciones de cumplir con el objeto del Proceso de Contratación”. Así las cosas, al tratarse de condiciones mínimas, significa que las entidades podrían establecer otras, según su autonomía de la voluntad, y teniendo en cuenta el objeto del contrato, los riesgos detectados en los estudios previos, el presupuesto oficial, entre otros factores.

Al respecto, en la Sentencia C-004 de 2017, la Corte Constitucional señaló que “[l]a determinación de dichas condiciones habilitantes para participar, es competencia de la entidad que planee la celebración del contrato, a través de la valoración en concreto de las características mínimas de idoneidad, experiencia, capacidad jurídica y financiera para que la realización del objeto contractual resulte eficiente y eficaz frente a la necesidad identificada”.

En ese sentido, si bien la Ley 1150 de 2007 estableció unos requisitos habilitantes para los proponentes –la capacidad jurídica, las condiciones de experiencia, la capacidad financiera y la capacidad de organización–, estos no son taxativos. En consecuencia, corresponde a las Entidades Estatales, durante la etapa de planeación del contrato estatal, estudiar y determinar los requisitos habilitantes que establecerán en los Pliegos de Condiciones, los cuales deben fijarse de forma adecuada y proporcional.

El Decreto 1082 de 2015 en su artículo 2.2.1.1.1.6.2 reglamenta los requisitos habilitantes, estableciendo que estos deben ser señalados en los Pliegos de Condiciones o en la invitación[[4]](#footnote-4), lo cual es concordante con el numeral 5 del artículo 2.2.1.1.2.1.3, en el que se establece como uno de los componentes mínimos de los Pliegos de Condiciones a las reglas aplicables a la presentación y evaluación de las ofertas, entre las que se inscriben las relativas a la acreditación de las condiciones habilitantes. Establece además el artículo 2.2.1.1.1.6.2 que la determinación de los requisitos habilitantes debe ser realizada en función de criterios como el riesgo del Proceso de Contratación, el valor del contrato, el análisis del sector económico respectivo y el conocimiento de fondo de los posibles oferentes desde la perspectiva comercial.

Los mencionados criterios deben ser aplicados de manera tal que de la ponderación de los mismos resulten requisitos que permitan medir la aptitud de los oferentes para cumplir con el contrato y que, además de ser proporcionales y adecuados al objeto del contrato, no limiten la participación en el Proceso de Selección. En ese sentido, las entidades tienen autonomía para estructurar los requisitos habilitantes en los procesos que adelantan, pero tal facultad no puede ejercerse de forma arbitraria, caprichosa y, mucho menos, con el ánimo de direccionar el Proceso de Contratación o favorecer a alguno de los proponentes. Tampoco puede suceder que el ejercicio de dicha atribución se haga con desconocimiento de los límites impuestos por la normativa vigente, como, por ejemplo, el parágrafo 2 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, que prohíbe exigir certificaciones de sistemas de gestión de calidad como requisito habilitante.

Aunado a lo anterior, es menester mencionar que la libertad configurativa de requisitos habilitantes por parte de las entidades estatales debe sujetarse a los objetivos de la contratación estatal, particularmente a la promoción de la competencia. En consecuencia, los requisitos habilitantes no son ni pueden ser una forma de restringir la participación en los procesos de contratación. El sistema de compras y contratación pública debe promover la participación de más proponentes y el crecimiento de la industria nacional de bienes y servicios y por eso los requisitos habilitantes deben ser adecuados y proporcionales.

A modo de conclusión, las Entidades Estatales son autónomas para definir los requisitos habilitantes, pero tal facultad debe ser ejercida procurando diseñar condiciones habilitantes de manera objetiva, de suerte que estas sirvan para determinar si los participantes del Proceso de Contratación cuentan con las capacidades que los hacen aptos para ejecutar el objeto contractual.

* 1. **La capacidad jurídica como requisito habilitante y su acreditación**

La capacidad jurídica es la aptitud que recae en los sujeto activos o pasivos de las relaciones jurídicas[[5]](#footnote-5). Para efectos de las relaciones contractuales en las que uno de los extremos de la relación sea una Entidad Estatal, la capacidad jurídica es la facultad que tiene una persona natural o jurídica para celebrar contratos con una Entidad Estatal. En otras palabras, es i) la capacidad de obligarse a cumplir el objeto del contrato y ii) de no estar incursa en inhabilidades o incompatibilidades que impidan la celebración del contrato.

Para efectos de la aplicación de la aplicación del EGCAP, la capacidad para contratar la tienen las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes[[6]](#footnote-6), así como otras formas asociativas. En efecto, el artículo 6 de la Ley 80 de 1993 establece que “[p]ueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes […]”, así como también dispone que podrán hacerlo “[…] los consorcios y uniones temporales”.

En primer lugar, las personas naturales que tienen capacidad jurídica para contratar son los mayores de edad, a menos que por disposición expresa se encuentren limitados por decisión judicial, como la interdicción judicial, y que no estén incursas en inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones para contratar derivadas de la ley.

Por otra parte y teniendo en cuenta el objeto de su consulta es preciso mencionar que, en tratándose de personas jurídicas la capacidad jurídica hace referencia a la posibilidad que tienen para adelantar actividades en el marco de su objeto social, las facultades que le han sido otorgadas al representante legal y a la ausencia de inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones para contratar, derivadas de la ley.

Ahora bien, en el marco de los procesos de selección, las Entidades Estatales deben solicitar a los proponentes toda la información necesaria para conocer su idoneidad en la ejecución del contrato a celebrar, que le permita verificar su honestidad e integridad en el manejo de los recursos públicos que involucra la contratación estatal. El Consejo de Estado ha exhortado a las Entidades Estatales para conocer la calidad en la que actúa el proponente, así[[7]](#footnote-7):

“No duda la Sala en afirmar que la anterior disposición conlleva un deber calificado para las entidades estatales, cuyo presupuesto es la buena fe (y como se verá, el principio de precaución), consistente en una carga de conocimiento que las obliga a determinar la calidad con la que actúa el proponente o contratista, esto es, persona natural o jurídica, o sucursal de una sociedad extranjera, si pertenece o no a un grupo empresarial, si se trata de una filial o subsidiaria, la composición de su capital, si cotiza o no en bolsa, si es una empresa familiar, la idoneidad personal y profesional de sus representantes legales, entre otros aspectos, así como el origen lícito de los fondos que empleará en la ejecución del objeto contratado, los cuales, por supuesto, no pueden provenir de actividades delictivas en general, o ser el producto de actos de corrupción, en particular”.

Teniendo en cuenta la pregunta que nos allega en su consulta, se debe señalar que, en su calidad de comerciantes, los proponentes deben estar inscritos en el Registro Único Empresarial y Social – en adelante RUES– administrado por las cámaras de comercio. En dicho documento se encuentra el listado de las actividades económicas que conforman el objeto de las empresas, según los códigos de la Clasificación Industrial Internacional Uniforme (CIIU), en virtud de lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 590 de 2000[[8]](#footnote-8) y el artículo 166 del Decreto 019 de 2012[[9]](#footnote-9).

Es así como, de conformidad con lo planteado en este acápite, se concluye que en el ordenamiento colombiano pueden celebrar contratos estatales las personas jurídicas que tengan dentro de su objeto social actividades relacionadas con el objeto a contratar. En el RUES, administrado por las cámaras de comercio se encuentra el listado de las actividades económicas que conforman el objeto de las empresas, según los códigos de la Clasificación Industrial Internacional Uniforme (CIIU), en virtud de lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 590 de 2000[[10]](#footnote-10) y el artículo 166 del Decreto 019 de 2012, por lo cual las Entidades Estatales pueden corroborar a través de este documento si la persona jurídica puede o no ejecutar el objeto contractual.

* 1. **La capacidad jurídica de las Sociedades por Acciones Simplificadas conforme a su objeto social determinado o indeterminado.**

A partir de su aparición en el ordenamiento jurídico colombiano, por medio de la Ley 1258 de 2008, las Sociedades por Acciones Simplificadas, fueron definidas por la doctrina como una de las innovaciones más relevantes del derecho societario colombiano, por la posibilidad de conformación a través de un acto unipersonal, la limitación de responsabilidad por obligaciones sociales, la viabilidad de poder contar con un objeto indeterminado para desarrollar actividades lícitas, el término de duración indefinido, la posibilidad de renunciar al derecho de ser convocado a reuniones de la asamblea, entre otras tantas que hicieron de ellas uno de los modelos societarios más atractivos para la conformación empresarial[[11]](#footnote-11).

Ahora bien, en cuanto al objeto social, de acuerdo con el numeral 5° del artículo 5° de la ley 1258 de 2008, se estableció la posibilidad de fijar un objeto social indeterminado, teniendo en cuenta lo citado a continuación:

Artículo 5o. Contenido del documento de constitución. La sociedad por acciones simplificada se creará mediante contrato o acto unilateral que conste en documento privado, inscrito en el Registro Mercantil de la Cámara de Comercio del lugar en que la sociedad establezca su domicilio principal, en el cual se expresará cuando menos lo siguiente:

[…]

5o. Una enunciación clara y completa de las actividades principales, a menos que se exprese que la sociedad podrá realizar cualquier actividad comercial o civil, lícita. Si nada se expresa en el acto de constitución, se entenderá que la sociedad podrá realizar cualquier actividad lícita.

En contraste a lo desarrollado por el legislador en el año 2008, por regla general, según lo establecido en el artículo 99 del Código de Comercio, la capacidad de una sociedad se circunscribirá al desarrollo de la empresa o a la actividad prevista en su objeto. Esta capacidad, según la jurisprudencia del Consejo de Estado, se refleja en la idoneidad para ejercer sus derechos por sí misma, como una capacidad de obrar.

Con la aparición de las Sociedades por Acciones Simplificadas, se da un giro sustancial a la regla general definida por el artículo 99 del Código de Comercio, debido a que se le otorga a sus asociados, la posibilidad de: definir su capacidad jurídica de forma autónoma, configurando su objeto social y actividades que desarrolla la compañía de forma discrecional, sin que sea necesario que exista una conexidad directa entre ellas o, por otro, facultar a la sociedad para desempeñar cualquier actividad de carácter lícito. Frente a lo anterior se refirió la Superintendencia de Sociedades en el Concepto 0673 de diciembre 30 de 2010, así:

De lo expuesto se desprende que es enteramente discrecional de los asociados acoger según su conveniencia y necesidad, un objeto social determinado o indeterminado. En el primer caso se deberán identificar de manera explícita el acto o los actos que constituyan la empresa, en el entendido que la capacidad de la sociedad, como las actuaciones del representante legal y los administradores se han de establecer igualmente en consideración a las actividades en él enunciadas, con sujeción a las reglas y las consecuencias que al efecto prevén las disposiciones consagradas el Código de Comercio, particularmente el artículo 110, ordinal 4º, en concordancia con el 99 ibídem. En el segundo caso, se podrá optar por un objeto indeterminado que bien identifique una o algunas de las actividades a las que especialmente se pretenda aplicar la empresa y, adicionalmente incluya las demás actividades licitas; o simplemente exprese que la sociedad podrá realizar cualquier actividad comercial o civil, lícita sin mencionar en particular ninguna, lo que igualmente se entenderá para todos los efectos cuando en el acto de constitución no se diga nada sobre ese aspecto y en estos casos la capacidad de la compañía será de todas formas ilimitada[[12]](#footnote-12).

De modo que, la Ley 1258 de 2008 suprimió la limitación para las Sociedades por Acciones Simplificadas, que contemplaba el Código de Comercio frente a la indeterminación del objeto social, pues estableció que el silencio de los constituyentes en el contrato o acto de constitución implicaba la indeterminación en el objeto social. Ahora bien, valga decir que dicha supresión no implica que bajo esta tipología societaria no se pueda determinar el objeto social de la misma, no obstante, en estos casos la capacidad jurídica de las Sociedades por Acciones Simplificadas estará limitada a las actividades enunciadas en su objeto social, de conformidad con lo prescrito por el artículo 99 y 110 Numeral 4 del Código de Comerio.

Óscar Humberto González Benjumea se refiere a la seguridad jurídica de contratar con este tipo de sociedades, entendiendo que puede ocurrir que la sociedad con la que se va a contratar se dedique a múltiples actos y que, en el certificado de existencia y representación legal, no se precise cuál es su especialidad. Asegura que un manejo adecuado de la permisión legislativa que caracteriza a estas sociedades abre espacios de contratación y evita que se vean inmersas en procesos de nulidad por falta de capacidad para contratar. Lo que en contraposición ocurre con los modelos societarios tradicionales contemplados en el Código de Comercio, pues deben acogerse imperativamente a lo dispuesto en el artículo 99 del mismo Código, so pena de verse inmersos en una demanda por nulidad, al ejecutar un acto fuera del objeto social.

Se pregunta, ¿será acaso lógico y pertinente contratar la producción de un bien o la prestación de un servicio con una sociedad en la cual se desconoce cuál es su actividad principal y especial?, ¿qué seguridad ofrece contratar la fabricación de este producto o la prestación de este servicio, del cual depende mi cadena de producción, con una sociedad que se dedica a múltiples actos y que, en el certificado de existencia y representación legal, no precisa cuál es su especialidad? […] Se recomienda en todos los eventos indicar la actividad principal de la sociedad, a fin de brindar a los posibles clientes certeza sobre los bienes, productos o servicios ofrecidos. No obstante, se sugiere indicar que la sociedad podrá realizar, además, cualquier actividad comercial o civil lícita. Se sigue de lo anterior, que un manejo adecuado de tal permisión legislativa, abre los espacios de contratación de las sociedades y evita que la misma se vea inmersa en procesos de nulidad por falta de capacidad para contratar[[13]](#footnote-13).

En relación con la capacidad de las sociedades comerciales, se precisa citar al tratadista Néstor Humberto Martínez Neira:

Toda sociedad, por el hecho de existir, se beneficia del atributo de la capacidad de goce; por ende, puede ser titular de derecho y sujeto de obligaciones. Sin embargo, la capacidad legal de la sociedad se circunscribe al objeto social, como lo advierte el art. 99 del Código de Comercio. Es decir, la sociedad goza de capacidad jurídica para llevar adelante los actos propios de sus actividades principales o que constituyan actos conexos[[14]](#footnote-14).

Por las razones expuestas, que se originan en la amplitud del objeto y las actividades que pueden desarrollar las Sociedades por Acciones Simplificadas, al analizar su participación en un procedimiento de selección de contratistas, esta Subdirección considera, conforme a la interpretación del numeral 5º del artículo 5 de la Ley 1258 de 2008, que su capacidad contractual se encuentra estrechamente ligada al documento de constitución en los siguientes términos:

1. Cuando el proponente defina de forma clara, completa y precisa las actividades comerciales sobre las cuales versa su objeto, sin mencionar la posibilidad de realizar otro tipo de actividades de carácter lícito, solo tendrán capacidad para participar en procedimientos de selección y celebrar contratos cuyo objeto se relacione con las actividades definidas en su documento de constitución, tal como sucede con otras sociedades comerciales. Ahora bien, sobre este punto vale resaltar que las Entidades Estatales deben verificar que el objeto social de las de las personas jurídicas les permite desarrollar el objeto del contrato, bien porque la actividad está prevista como una actividad del objeto social principal o como una actividad conexa o porque al tratarse de una sociedad por acciones simplificada puede realizar actividades comerciales o civiles.
2. Cuando el proponente defina de forma clara y precisa las principales actividades comerciales sobre los cuales versa su objeto; pero además señale de forma expresa dentro del documento de constitución que, además de las señaladas, podrá realizar cualquier actividad lícita, su capacidad contractual será amplia y podrá participar en cualquier procedimiento de selección y celebrar cualquier contrato.
3. Cuando nada de lo anterior se exprese en el acto de constitución, la entidad entenderá que la sociedad se encuentra facultada para realizar cualquier actividad lícita y podrá participar en cualquier procedimiento de selección y celebrar cualquier contrato.

Lo anterior únicamente obedece a la capacidad jurídica del proponente, debido a que existen otros elementos y requisitos habilitantes que podrá exigir la entidad y que tendrán que cumplir los oferentes. Con esto se hace referencia, entre otras cosas, a la experiencia, la cual, según como lo determine la entidad contratante en los pliegos de condiciones, debe relacionarse con el objeto a contratar. Lo anterior implica que contar con la capacidad jurídica, no presenta una conexidad directa con el cumplimiento del requisito de experiencia.

Para prever esta situación en la que un proponente pueda desarrollar cualquier tipo de actividad lícita, conforme a la autorización legal para las Sociedades por Acciones Simplificadas, la entidad contratante debe exigir de forma objetiva, dentro de sus análisis de planeación del proceso de contratación, la experiencia mínima con la que deben contar los proponentes para desarrollar el objeto a contratar de forma satisfactoria.

1. **Respuesta**

“[…] si durante la etapa de verificación de ofertas se advierte que la persona jurídica organizada en forma de "SAS" especifica en su objeto social las actividades principales que puede realizar, sin agregar que se encuentre posibilitada para ejecutar cualquier otra actividad lícita, ¿Es posible determinar que si su objeto social no guarda relación con el objeto del proceso contractual, se concluya que la misma no se encuentra habilitada? o en su defecto, ¿siempre debe considerarse que la persona jurídica organizada y constituida como una "SAS" se encuentra habilitada para realizar cualquier actividad lícita en Colombia, sin importar lo que determine en su objeto social?” (sic)

La capacidad jurídica de las personas jurídicas hace referencia a la posibilidad que tienen para adelantar actividades en el marco de su objeto social, las facultades que le han sido otorgadas al representante legal y a la ausencia de inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones para contratar, derivadas de la ley.

En ese sentido, cuando el proponente defina de forma clara, completa y precisa las actividades comerciales sobre las cuales versa su objeto, sin mencionar la posibilidad de realizar otro tipo de actividades de carácter lícito, solo tendrán capacidad para participar en procedimientos de selección y celebrar contratos cuyo objeto se relacione con las actividades definidas en su documento de constitución, tal como sucede con otras sociedades comerciales. Ahora bien, vale precisar que las Entidades Estatales deben verificar que el objeto social de las de las personas jurídicas les permite desarrollar el objeto del contrato, bien porque la actividad está prevista como una actividad del objeto social principal o como una actividad conexa o porque al tratarse de una sociedad por acciones simplificada puede realizar actividades comerciales o civiles.

Cuando el proponente defina de forma clara y precisa las principales actividades comerciales sobre los cuales versa su objeto; pero además señale de forma expresa dentro del documento de constitución que, además de las señaladas, podrá realizar cualquier actividad lícita, su capacidad contractual será amplia y podrá participar en cualquier procedimiento de selección y celebrar cualquier contrato.

Cuando nada de lo anterior se exprese en el acto de constitución, la entidad entenderá que la sociedad se encuentra facultada para realizar cualquier actividad lícita y podrá participar en cualquier procedimiento de selección y celebrar cualquier contrato.

En consonancia con lo previamente esgrimido, es posible que una Sociedad por Acciones Simplificadas participe en un proceso de contratación sin que dentro de su objeto social se encuentren actividades relacionadas directamente con el objeto a contratar; siempre y cuando dentro del documento de constitución se señale de forma expresa la capacidad de realizar cualquier tipo de actividad lícita o se opte por guardar silencio frente a sus actividades en el acta de constitución, vacío que suple la ley al prescribir que pueden desarrollar cualquier actividad lícita. Si por el contrario, el proponente define de forma clara y completa sus actividades principales, sin que medie alguna de las circunstancias mencionadas anteriormente, su capacidad se circunscribe a aquellos procedimientos de selección y contratos que tengan relación con las actividades señaladas en su objeto social. Sin perjuicio de lo anterior, es deber de la entidad estatal, conforme a los estudios previos del proceso de contratación, exigir y verificar la experiencia del proponente y su relación con el objeto a contratar.

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y las expresiones aquí utilizadas con mayúscula inicial deben ser entendidas con el significado que les otorga el artículo 2.2.1.1.1.3.1. del Decreto 1082 de 2015.



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Julio César Martelo MarteloContratista de la Subdirección de Gestión Contractual  |
| Revisó: | Juan David Cárdenas CabezaContratista de la Subdirección de Gestión ContractualGabriel MendozaContratista de la Subdirección de Gestión Contractual  |
| Aprobó: | Nohelia Del Carmen Zawady PalacioSubdirectora 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. Los conceptos referenciados, así como otros expedidos por la Subdirección se encuentran disponibles para consulta pública en el portal de relatoría de la Agencia, al cual se puede acceder a través del siguiente enlace: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos> [↑](#footnote-ref-2)
3. “Para poder participar en los procesos de selección de los contratos de obra, la capacidad residual del proponente o K de contratación deberá ser igual o superior al que la entidad haya establecido para el efecto en los pliegos de condiciones.

Para establecer la capacidad residual del proponente o K de contratación, se deberán considerar todos los contratos que tenga en ejecución el proponente al momento de presentar la oferta. El desarrollo y ejecución del contrato podrá dar lugar a que los valores que sean cancelados al contratista se consideren para establecer el real K de contratación, en cada oportunidad. El Gobierno Nacional reglamentará la materia. [↑](#footnote-ref-3)
4. “Artículo 2.2.1.1.1.6.2. Determinación de los Requisitos Habilitantes. La Entidad Estatal debe establecer los requisitos habilitantes en los pliegos de condiciones o en la invitación, teniendo en cuenta: (a) el Riesgo del Proceso de Contratación; (b) el valor del contrato objeto del Proceso de Contratación; (c) el análisis del sector económico respectivo; y (d) el conocimiento de fondo de los posibles oferentes desde la perspectiva comercial. La Entidad Estatal no debe limitarse a la aplicación mecánica de fórmulas financieras para verificar los requisitos habilitantes.

Parágrafo Transitorio. [https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Normatividad/DECRETO 579 DEL 31 DE MAYO DE 2021.pdf](https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Normatividad/DECRETO%20579%20DEL%2031%20DE%20MAYO%20DE%202021.pdf)De conformidad con los parágrafos transitorios de los artículos 2.2.1.1.1.5.2. y 2.2.1.1.1.5.6., yen desarrollo del deber de análisis de las Entidades Estatales, de que trata el artículo 2.2.1.1.1.6.1. de este Decreto, a partir del 1 de julio de 2021 las Entidades Estatales establecerán y evaluarán los requisitos habilitantes de capacidad financiera y organizacional teniendo en cuenta la información que conste en el Registro Único de Proponentes. En todo caso, se establecerán indicadores proporcionales al procedimiento de contratación.

Para ello, atendiendo a las condiciones aludidas, en relación con los indicadores de la capacidad financiera y organizacional, de los procesos de selección cuyo acto administrativo de apertura o invitación se publique a partir del 1 de julio de 2021, se tendrá en cuenta la información vigente y en firme en el RUP, por lo que las Entidades Estatales evaluarán estos índicadores, teniendo en cuenta el mejor año fiscal que se refleje en el regístro de cada proponente​. [↑](#footnote-ref-4)
5. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C 178 de 29 de abril de 1996. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell. Expediente No. D-974. [↑](#footnote-ref-5)
6. “Artículo 6o. De la capacidad para contratar. Pueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes”. [↑](#footnote-ref-6)
7. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Álvaro Namén Vargas. Bogotá, 10 de agosto de 2015. Radicación número: 11001-03-06-000-2015-00118-00(2.260). [↑](#footnote-ref-7)
8. Esta norma establece: “Con el propósito de reducir los trámites ante el Estado, el registro mercantil y el registro único de proponentes se integrarán en el Registro Único Empresarial, a cargo de las Cámaras de Comercio, el cual tendrá validez general para todos los trámites, gestiones y obligaciones, sin perjuicio de lo previsto en las disposiciones especiales sobre materias tributarias, arancelarias y sanitarias.

Atendiendo criterios de eficacia, economía, buena fe, simplificación y facilitación de la actividad empresarial, la Superintendencia de Industria y Comercio, regulará la organización y funcionamiento del Registro Único Empresarial, garantizando que, específicamente, se reduzcan los trámites, requisitos, e información a cargo de las micro, pequeñas y medianas empresas, y que todas las gestiones se puedan adelantar, además, por internet y otras formas electrónicas.

PARÁGRAFO. La regulación que realice la Superintendencia de Industria y Comercio deberá, en todo caso, hacerse en armonía con las disposiciones estatutarias y con las contenidas en códigos, respecto de los registros de que trata el presente artículo”. [↑](#footnote-ref-8)
9. Según esta disposición: “Al Registro Único Empresarial (RUE) de que trata el artículo 11 de la Ley 590 de 2000, que integró el Registro Mercantil y el Registro Único de Proponentes, se incorporarán e integrarán las operaciones del Registro de Entidades sin Ánimo de Lucro creado por el Decreto 2150 de 1995, del Registro Nacional Público de las personas naturales y jurídicas que ejerzan la actividad de vendedores de Juegos de Suerte y Azar de que trata la Ley 643 de 2001, del Registro Público de Veedurías Ciudadanas de que trata la Ley 850 de 2003, del Registro Nacional de Turismo de que trata la Ley 1101 de 2006, del Registro de Entidades Extranjeras de Derecho Privado sin Ánimo de Lucro con domicilio en el exterior que establezcan negocios permanentes en Colombia de que trata el Decreto 2893 de 2011, y del Registro de la Economía Solidaria de que trata la Ley 454 de 1998, que en lo sucesivo se denominará Registro Único Empresarial y Social -RUES-, el cual será administrado por las Cámaras de Comercio atendiendo a criterios de eficiencia, economía y buena fe, para brindar al Estado, a la sociedad en general, a los empresarios, a los contratistas, a las entidades de economía solidaria y a las entidades sin ánimo de lucro una herramienta confiable de información unificada tanto en el orden nacional como en el internacional.

“Con el objeto de mantener la actualización del registro y garantizar la eficacia del mismo, la inscripción en los registros que integran el Registro Único Empresarial y Social, y el titular del registro renovará anualmente dentro de los tres primeros meses de cada año. El organismo que ejerza el control y vigilancia de las cámaras de comercio establecerá los formatos y la información requerida para inscripción en el registro y la renovación de la misma. Los registros mercantil y de proponentes continuarán renovándose de acuerdo con las reglas vigentes.

“El organismo que ejerza el control y vigilancia de las cámaras de comercio regulará la integración e implementación del Registro Único Empresarial y Social, garantizando que, específicamente, se reduzcan los trámites, requisitos e información a cargo de todos los usuarios de los registros públicos y que todas las gestiones se puedan adelantar, además, por internet y otras formas electrónicas. La regulación que realice la autoridad competente deberá, en todo caso, hacerse en armonía con las disposiciones estatutarias y con las contenidas en códigos, respecto de los registros de que trata el presente artículo.

“Los derechos por la prestación de los servicios registrales serán los previstos por la ley para el registro mercantil, el registro único de proponentes y el registro de entidades sin ánimo de lucro, según el caso. Las Cámaras de Comercio no podrán cobrar derechos de inscripción y renovación sobre los registros que se le trasladan en virtud del presente decreto-ley y que a la vigencia del mismo no los causan.

“Los ingresos provenientes de los registros públicos y los bienes adquiridos con éstos, continuarán afectos a las funciones atribuidas a las Cámaras de Comercio por la ley o por el Gobierno Nacional en aplicación del numeral 12 del artículo 86 del Código de Comercio. En ningún caso los recursos de origen público podrán destinarse para sufragar operaciones o gastos privados de las Cámaras de Comercio. Los registros públicos que se le trasladan a las Cámaras de Comercio serán asumidos por éstas a partir del primero (1o.) de marzo de 2012”. [↑](#footnote-ref-9)
10. Esta norma establece: “Con el propósito de reducir los trámites ante el Estado, el registro mercantil y el registro único de proponentes se integrarán en el Registro Único Empresarial, a cargo de las Cámaras de Comercio, el cual tendrá validez general para todos los trámites, gestiones y obligaciones, sin perjuicio de lo previsto en las disposiciones especiales sobre materias tributarias, arancelarias y sanitarias.

Atendiendo criterios de eficacia, economía, buena fe, simplificación y facilitación de la actividad empresarial, la Superintendencia de Industria y Comercio, regulará la organización y funcionamiento del Registro Único Empresarial, garantizando que, específicamente, se reduzcan los trámites, requisitos, e información a cargo de las micro, pequeñas y medianas empresas, y que todas las gestiones se puedan adelantar, además, por internet y otras formas electrónicas.

PARÁGRAFO. La regulación que realice la Superintendencia de Industria y Comercio deberá, en todo caso, hacerse en armonía con las disposiciones estatutarias y con las contenidas en códigos, respecto de los registros de que trata el presente artículo”. [↑](#footnote-ref-10)
11. Reyes, F. (2013). La sociedad por acciones simplificada SAS. (3a. ed.) Legis. Recuperado de https://www.ebooks7-24.com:443/?il=1891&pg=125 [↑](#footnote-ref-11)
12. Superintendencia de Sociedades. Concepto 0673, diciembre 30 de 2010 [↑](#footnote-ref-12)
13. GONZÁLEZ BENJUMEA, Óscar Humberto. Sociedad por Acciones Simplificada Innovaciones legislativas, doctrinales y desarrollo jurisprudencial. Editorial Unaula, Medellín, 1ª. Edición, 2012, p. 48 [↑](#footnote-ref-13)
14. MARTÍNEZ NEIRA, Néstor Humberto. Cátedra de Derecho Contractual Societario, regulación comercial y bursátil de los actos y contratos societarios. Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1ª. Edición, 2010, p. 153 [↑](#footnote-ref-14)