

Bogotá D.C., 01/06/2020 Hora 20:11:5s

N° Radicado: 2202013000004450

Señora
Maryoly Matiz Polo
Ciudad

Concepto C – 321 de 2020

Temas: SOCIEDADES POR ACCIONES SIMPLIFICADAS– Objeto social indeterminado – Participación en procesos de contratación / EXPERIENCIA – Evaluación por entidades públicas

Radicación: Respuesta a consulta 4202012000003183

Estimada señora Matiz,

La Agencia Nacional de Contratación Pública — Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 29 de abril de 2020, 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.

1. Problemas planteados

Usted realiza la siguiente pregunta: i) ¿Puede una Sociedad por Acciones Simplificadas participar en cualquier proceso de contratación sin importar que su objeto social y actividades comerciales establecidas en el certificado de Cámara y Comercio no tengan relación directa con el objeto a contratar?

2. Consideraciones

Para resolver esta consulta se hará un análisis de los siguientes temas: i) las Sociedades por Acciones Simplificadas conforme a su objeto y ii) la acreditación de experiencia frente a las actividades del objeto a contratar por parte de la entidad estatal. Para ello, se reiterará lo dicho por esta Subdirección en el concepto C-025 de 2020.

2.1 Las Sociedades por Acciones Simplificadas conforme a su objeto



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 empresarial¹.

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.

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:

¹ Reyes, F. (2013). La sociedad por acciones simplificada SAS. (3a. ed.) Legis. Recuperado de <https://www.ebooks7-24.com:443/?il=1891&pg=125>



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 en 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 lícitas; 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 ilimitada².

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.

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

² Superintendencia de Sociedades. Concepto 0673, diciembre 30 de 2010

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 contratar³.

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 conexos⁴.

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:

i) 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.

ii) Cuando el proponente defina de forma clara y precisa las principales actividades comerciales sobre las 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 GONZÁLEZ BENJUMEA, Óscar Humberto. Sociedad por Acciones Simplificada Innovaciones legislativas, doctrinales y desarrollo jurisprudencial. Editorial Unaula, Medellín, 1ª. Edición, 2012, p. 48

⁴ 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



iii) 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. Por lo que resulta pertinente hacer algunas reflexiones en torno a la experiencia en los procedimientos de selección.

2.2 Consideraciones de Colombia Compra Eficiente respecto de la experiencia

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente puso a disposición de los interesados del sistema de compra pública el «Manual para determinar y verificar requisitos habilitantes en los procesos de contratación», donde se establecen las definiciones de cada requisito habilitante y se dan lineamientos orientadores sobre lo que las entidades pueden hacer para establecerlos. Sobre el particular, para la experiencia, el Manual se centra en una de sus cualidades y es que es personal, lo cual significa que se ostenta en razón a su participación, con anterioridad, en actividades que le permitieron conocer cómo ejecutar el objeto contractual, que la entidad pretende satisfacer ahora⁵.

⁵ Colombia Compra Eficiente, Manual para determinar y verificar requisitos habilitantes en los procesos de contratación: «La experiencia es el conocimiento del proponente derivado de su participación previa en actividades iguales o similares a las previstas en el objeto del contrato.

»Los proponentes deben registrar en el RUP los contratos que hayan celebrado para prestar los bienes y servicios que pretenden ofrecer a las Entidades Estatales, identificando los bienes, obras y servicios con el Clasificador de Bienes y Servicios en el tercer nivel y expresar el valor del contrato respectivo en SMMLV. El registro debe contener la experiencia adquirida de forma directa o a través de la participación en proponentes plurales. Esta experiencia se obtiene con contratantes públicos, privados, nacionales o extranjeros. No hay límite frente al número de contratos o a la fecha en la cual estos fueron celebrados.



Lo anterior es destacable porque no es posible tener experiencia si en la práctica no se ha ejercido o ejecutado lo que se ofrece a otros contratantes; y precisamente de la experiencia se deriva el conocimiento que tiene el proponente, y que para la contratación pública es importante, ya que garantiza que no existirá improvisación o mayores costos por errores o dificultades originadas en realizar una actividad por primera vez. Adicionalmente, el Manual menciona que la experiencia puede ser obtenida directamente o por participar asociado con otra persona, como es el caso de los proponentes plurales. En este caso la experiencia no deja de ser personal, sino que es proporcional a la participación como miembro de un consorcio o unión temporal, donde por ser esquemas asociativos la experiencia es compartida. Por otra parte, la Agencia recomienda que la experiencia que se solicite sea proporcional al objeto que se va a contratar, ya que de no ser así se puede limitar injustificadamente la participación de los proveedores por no haber ejecutado un objeto igual pero sí similar, que puede funcionar para las exigencias de la entidad ayudando a que exista pluralidad de oferentes. Finalmente, se pueden extraer conclusiones relevantes en relación con los rasgos característicos de la experiencia:

i) La experiencia es personal, esto es, se adquiere participando, directa o indirectamente, sin que sea posible no participar y tener una experiencia que no es propia.

ii) La experiencia se puede compartir, sin que la compartida se entienda suya, ya que dentro del procedimiento contractual se reflejará que esa persona tiene la experiencia de otra, como es el caso de la que aportan los socios a las sociedades con menos de 3 años de constitución, lo cual constará en el RUP; o de las figuras asociativas –consorcios y uniones temporales– que se verificará en el documento privado de constitución.

iii) La experiencia se puede transferir, y es diferente a compartir, puesto que implica que la experiencia de una persona se traslada a otra, y esta última acredita esa experiencia como propia, lo cual es el caso de algunas figuras y reformas estatutarias.

iv) Cuando la persona que adquirió la experiencia desaparece o se liquida, no es posible que comparta o transfiera su experiencia, porque al ser personal sigue la suerte de quien la adquirió.

[...]

»La experiencia requerida en un Proceso de Contratación debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato y su valor. La experiencia es adecuada cuando es afín al tipo de actividades previstas en el objeto del contrato a celebrar. Por ejemplo, si el Proceso de Contratación es para un servicio de aseo general, el proponente debe tener experiencia en el servicio de aseo, sin que sea relevante el lugar en el cual ha prestado el servicio o quién ha sido el contratante.

»La experiencia es proporcional cuando tiene relación con el alcance, la cuantía y complejidad del contrato a celebrar. Por ejemplo, en un Proceso de Contratación de obra pública con un presupuesto oficial de 100 SMMLV, la experiencia exigida es proporcional si la Entidad Estatal exige que los proponentes hayan participado en Procesos de Contratación de 50 SMMLV del mismo tipo de obra».



Por su parte, el Registro Único de Proponentes — RUP fue creado por el artículo 6 de la Ley 1150 de 2007, y se constituye como el medio idóneo para verificar las condiciones de los proponentes en procesos de contratación pública. Este registro, conforme a lo señalado por la Corte Constitucional⁶, por atribución legal es administrado por las Cámaras de Comercio y la actividad relacionada en el mismo está «sometid[a] a los principios de la función administrativa y de contratación estatal».

El artículo 6 de la Ley 1150 de 2007 señala que el RUP «es plena prueba de las circunstancias que en ella se hagan constar y que hayan sido verificadas por las Cámaras de Comercio», es decir, estableció una regla probatoria en lo que se refiere a las condiciones de las proponentes contenidas en el registro, y asignó la competencia a las cámaras para verificarlas.

Como se dijo, la norma impuso la obligación a todos los proponentes de inscribirse en el Registro Único de Proponente, salvo en los casos de contratación directa; contratos para la prestación de servicios de salud; contratos de mínima cuantía; enajenación de bienes del Estado; contratos que tengan por objeto la adquisición de productos de origen o destinación agropecuaria que se ofrezcan en bolsas de productos legalmente constituidas; los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta y los contratos de concesión de cualquier índole.

Correlativo a este deber de los proponentes, la norma impuso a las cámaras de comercio la obligación de verificar los requisitos habilitantes de quienes se registren en dicha base de datos. El inciso 2 del numeral 6.1. le otorga carácter de plena prueba a la información contenida en el registro que haya sido verificada por las cámaras de comercio y, además, consagró una especie de tarifa legal respecto de la acreditación de los requisitos habilitantes contenidos en el RUP, pues señala que la verificación de las condiciones de que trata el numeral 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 se demostrará «exclusivamente con el respectivo certificado del RUP en donde deberán constar dichas condiciones».

Como consecuencia de lo anterior, la norma dispone que a las entidades les está prohibido exigir otros documentos para efectuar la inscripción en el registro, salvo lo dispuesto en el inciso 3 del numeral 6.1. del artículo 6 de la Ley 1150 de 2007, en el que se prevé que la entidad podrá verificar requisitos adicionales a los contenidos en el registro cuando se requiera en virtud de la naturaleza del objeto a contratar. La misma norma señala que solo en este último evento la entidad podrá hacer la verificación en forma directa, es decir, cuando por el objeto del contrato se requieran verificar requisitos adicionales a los contenidos en el registro.

⁶ Corte Constitucional. Sentencia C – 259 de 11 de marzo 2008. M.P. Jaime Córdoba Triviño.



De lo anterior se concluye que la regla general es que la experiencia se acredite a través del RUP y, en consecuencia, la evaluación de la experiencia, como requisito habilitante, no puede ser evaluada nuevamente por la entidad pública a partir de documentos diferentes.

Obsérvese entonces, como el Registro Único de Proponentes, es la herramienta idónea por medio de la cual las entidades corroborarán la experiencia de los posibles oferentes, con el fin de delimitar si se encuentran habilitados para participar en un proceso de selección.

3. Respuestas

¿Puede una Sociedad por Acciones Simplificadas participar en cualquier proceso de contratación sin importar que su objeto social y actividades comerciales establecidas en el certificado de Cámara y Comercio no tengan relación directa con el objeto a contratar?

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.

Atentamente,

Original firmado
Fabían Gonzalo Marín Cortés

FABIÁN GONZALO MARÍN CORTÉS
SUBDIRECTOR DE GESTIÓN CONTRACTUAL



Elaboró: Omar Germán Mejía Olmos
Revisó: Sebastián Ramírez Grisales
Contratista – Subdirección de Gestión Contractual
Aprobó: Fabián Gonzalo Marín Cortés
Subdirector de Gestión Contractual

