**CCE-DES-FM-17**

**CAPACIDAD RESIDUAL – Fórmula – Factor de experiencia (E)**

la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente, en la Guía para Determinar y Verificar la Capacidad Residual del Proponente en los Procesos de Contratación de Obra Pública , señala que el factor de experiencia (E) se obtiene realizando una operación matemática de división entre el valor total en pesos de los contratos que figuran en el RUP y el presupuesto oficial estimado del procedimiento contractual: «La relación indica el número de veces que el proponente ha ejecutado contratos equivalentes a la cuantía del Proceso de Contratación objeto de la acreditación de la Capacidad Residual».

**CAPACIDAD RESIDUAL – Factor de experiencia (E) – Contratos**

[…] para determinar cuáles contratos se tendrán en cuenta para definir la experiencia que se debe reemplazar en la fórmula de la capacidad residual con el puntaje de la tabla anterior, es necesario presentar el siguiente análisis normativo sobre la experiencia, que permitirá concluir si es posible acreditar contratos ejecutados por terceros, como matrices, subordinadas, afiliadas de matrices, etc. En todo caso la Guía señala «para acreditar el factor de experiencia (E), el proponente debe diligenciar el formato correspondiente al Anexo 1 (de la Guía de la Agencia), el cual contiene los contratos inscritos en el segmento 72 y su valor total en pesos colombianos liquidados con el SMMLV» (Paréntesis fuera del texto).

**EXPERIENCIA – Requisito habilitante – Concepto – Acreditación – RUP**

La experiencia que se deriva de los contratos que el proponente ha celebrado y ejecutado con diferentes contratantes, sin importar la naturaleza de estos, se verifica con el Registro Único de Proponentes (RUP) , cuando este certificado sea exigible de acuerdo con la ley, en el cual constan los requisitos habilitantes, que se evalúan exclusivamente con este documento, que es su plena prueba, sin que sea posible para la entidad o el proponente solicitar o aportar otra documentación.

**EXPERIENCIA – Requisito habilitante – Factor – Fórmula de cálculo – Capacidad residual – Similitud**

Por último, al observar el concepto de experiencia, como «requisito habilitante», y teniendo en cuenta que su consulta se relaciona con la experiencia, como «factor de la fórmula de la capacidad residual», de acuerdo con lo señalado para cada concepto, es decir, que el «requisito habilitante» se deriva de los contratos celebrados por el proponente que deben inscribirse en el RUP, y que el «factor de la fórmula de la capacidad residual» esta determinado por el valor total en pesos de los contratos que figuran en el RUP, la experiencia en ambos casos se refiere a la misma definición.

**EXPERIENCIA – Características – Compartir – Transferir**

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 implique que la que le hayan compartido a una persona 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 le 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 las figuras y reformas estatutarias como transformación, fusión y escisión.

iv) Solo es posible transferir o compartir la experiencia de una persona natural o jurídica a otra, en los casos señalados en los numerales anteriores, por lo cual no es posible que se acredite la experiencia adquirida por un tercero ̶ que es otra persona diferente a la principal ̶ sin que se relacione con lo establecido, ya que la experiencia es personal, esto es, de quien la adquirió.

No obstante, las entidades son autónomas en la estructuración de sus procedimientos contractuales, por lo cual en sus pliegos de condiciones pueden establecer una regla de acreditación de la experiencia que permita que el proponente incluya la de otras personas o terceros para cumplir el requisito habilitante.

**MATRICES Y SUBORDINADAS – Concepto – Filiales – Subsidiarias**

El Código de Comercio, en el artículo 260, subrogado por el artículo 26 de la Ley 222 de 1995, regula las matrices y subordinadas. La norma citada contiene los siguientes conceptos: i) matriz, ii) subordinada o controlada, iii) filial y iv) subsidiaria . En primer lugar, una sociedad es i) matriz cuando tiene poder de decisión frente a otras personas, ii) la sociedad subordinada o controlada es la que no puede autodeterminarse porque sus decisiones se someten a la sociedad matriz, y esa subordinación cuando es directa se denomina iii) filial, y cuando es indirecta, esto es, la matriz toma decisiones con el concurso o por intermedio de otras de sus sociedades subordinadas o controladas, es una iv) sociedad subsidiaria.

**MATRICES Y SUBORDINADAS – Experiencia**

Por tanto, una sociedad subordinada ̶ filial o subsidiaria ̶ conserva su individualidad respecto de su matriz, y al ser personas jurídicas diferentes adquieren su experiencia de forma personal e independiente, la cual pueden compartir conformando un proponente plural ̶ unión temporal o consorcio ̶ , o transferir por fusión y escisión entre las sociedades comerciales, o por expresa disposición del pliego de condiciones que así lo autorice. Sin embargo, por la prohibición del artículo 262 del Código de Comercio, subrogado por el artículo 32 de la Ley 222 de 1995 citado, no es posible que entre una matriz y sus subordinadas se comparta la experiencia a través de la posibilidad que señala la ley para que los socios aporten su experiencia a las sociedades con menos de 3 años de constitución. Tampoco es posible transferir la experiencia por la transformación de la sociedad comercial, ya que esta reforma social del Código de Comercio involucra una persona jurídica y no varias como es el caso de la matriz y sus subordinadas.

**MATRICES Y SUBORDINADAS – Experiencia – Capacidad residual**

Sin embargo, entre dos o más personas jurídicas es posible i) transferir o ii) compartir la experiencia, y teniendo en cuenta que la matriz y sus subordinadas ̶ filiales y subsidiarias ̶ son personas jurídicas diferentes, para el cálculo de la capacidad residual del proponente cada una debe acreditar la experiencia adquirida directamente en la ejecución de contratos clasificados en el segmento 72 del clasificador de bienes y servicios; y la matriz no puede acreditar la experiencia de sus subordinadas o viceversa, salvo que se hayan fusionado o escindido, o cuando el pliego de condiciones del procedimiento contractual haya previsto una regla que lo autorice.

Lo anterior teniendo en cuenta que: i) la transformación no aplica porque en el caso de las matriz y sus subordinadas se trata de dos o más personas jurídicas, ii) la acreditación de la experiencia de los socios en sociedades con menos de 3 años de constituidas tampoco aplica por la prohibición de que las subordinadas sean socias de sus matrices y iii) la conformación del proponente plural no permite que la matriz acredite la experiencia de sus subordinadas o viceversa, ya que el cálculo de la capacidad residual se realiza para cada miembro según su porcentaje de participación.

Bogotá D.C., **04/03/2020 Hora 18:36:48s**

**N° Radicado: 2202013000001611**

Señor

**Miguel Ignacio Castro**

Ciudad

**Concepto C ─ 089 de 2020**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**   | CAPACIDAD RESIDUAL ― Fórmula ― Factor de experiencia (E) ― Contratos / EXPERIENCIA ― Requisito habilitante ― Concepto ― Acreditación ― RUP ― Factor de la fórmula de la capacidad residual ― Similitud ― Características ― Compartir ― Transferir / MATRICES Y SUBORDINADAS ― Conceptos ― Filiales ― Subsidiarias ― Experiencia ― Capacidad residual |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta # 4202013000000661 |

Estimado señor Castro,

La Agencia Nacional de Contratación Pública ―Colombia Compra Eficiente― responde su consulta del 30 de enero 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. Problema planteado**

Usted realiza la siguiente pregunta: ¿la entidad debe tener en cuenta como experiencia los contratos ejecutados directamente por el proponente o es posible acreditar contratos ejecutados por terceros como matrices, subordinadas, afiliadas de matrices, etc., para calcular la capacidad residual del proponente?

**2. Consideraciones**

La Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente, en los conceptos con radicados No. 4201912000005192 del 9 de septiembre de 2019, y No. 4201912000007744 del 12 de febrero de 2020, estudió los requisitos habilitantes de capacidad residual y experiencia. La tesis desarrollada en estos conceptos se expone a continuación.

**2.1. Cálculo de la capacidad residual, fórmula y factores**

La Ley 1150 de 2007, en el parágrafo 1 del artículo 6, regula la capacidad residual y la forma de establecerla, señalando lo que debe tenerse en cuenta para su cálculo y que el Gobierno Nacional reglamentará el tema:

Parágrafo 1. 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.

Por ende, el Decreto 1082 de 2015, en el artículo 2.2.1.1.1.6.4., concreta en una fórmula lo que se debe tener en cuenta para calcular la capacidad residual, que además de los requisitos habilitantes señalados en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007[[1]](#footnote-1), excepto la capacidad jurídica, contiene la capacidad técnica y los saldos de los contratos en ejecución:

Artículo 2.2.1.1.1.6.4. Capacidad Residual. El interesado en celebrar contratos de obra pública con Entidades Estatales debe acreditar su Capacidad Residual o K de Contratación (...)

La Entidad Estatal debe calcular la Capacidad Residual del proponente de acuerdo con la siguiente fórmula:

Capacidad residual de Proponente = CO x (E+CT+CF/100) – SCE

A cada uno de los factores se le asigna el siguiente puntaje máximo:

|  |  |
| --- | --- |
| FACTOR  | PUNTAJE MÁXIMO |
| Experiencia (E)  | 120 |
| Capacidad financiera (CF)  | 40 |
| Capacidad técnica (CT)  | 40 |
| Total | 200 |

La Capacidad de Organización no tiene asignación de puntaje en la fórmula porque su unidad de medida es en pesos colombianos y constituye un factor multiplicador de los demás factores.

El proponente debe acreditar una Capacidad Residual superior o igual a la Capacidad Residual establecida en los Documentos del Proceso para el Proceso de Contratación.

Por consiguiente, la Capacidad Residual del proponente es suficiente si:

Capacidad Residual del proponente ≥ Capacidad Residual del Proceso de Contratación

La Entidad Estatal debe calcular la Capacidad Residual del proponente de acuerdo con la metodología que defina Colombia Compra Eficiente, teniendo en cuenta los factores de: Experiencia (E), Capacidad Financiera (CF), Capacidad Técnica (CT), Capacidad de Organización (CO), y los saldos de los contratos en ejecución (SCE).

De los factores de la fórmula, existe una diferencia entre la Experiencia (E) y los saldos de los contratos en ejecución (SCE), ya que a pesar de que ambos se refieren a contratos, como se verá, la experiencia tiene en cuenta los contratos que figuran en el RUP, y los saldos son de contratos que no están registrados porque se están ejecutando y pueden haber sido suscritos con entidades públicas o privadas.

Sobre la experiencia, la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente, en la Guía para Determinar y Verificar la Capacidad Residual del Proponente en los Procesos de Contratación de Obra Pública[[2]](#footnote-2), señala que el factor de experiencia (E) se obtiene realizando una operación matemática de división entre el valor total en pesos de los contratos que figuran en el RUP y el presupuesto oficial estimado del procedimiento contractual: «La relación indica el número de veces que el proponente ha ejecutado contratos equivalentes a la cuantía del Proceso de Contratación objeto de la acreditación de la Capacidad Residual»:

El puntaje asignado al factor de experiencia (E) se debe asignar con base en la siguiente tabla:

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| Mayor a | Menor o igual a | Puntaje |
| 0 | 3 | 60 |
| 3 | 6 | 80 |
|  6 | 10 | 100 |
| 10 | Mayores | 120 |

Cuando el proponente a quien se le va a calcular la capacidad residual sea un proponente plural, se debe aplicar la fórmula a cada miembro, teniendo en cuenta su participación en la oferta presentada al procedimiento de selección. Ahora bien, para determinar cuáles contratos se tendrán en cuenta para definir la experiencia que se debe reemplazar en la fórmula de la capacidad residual con el puntaje de la tabla anterior, es necesario presentar el siguiente análisis normativo sobre la experiencia, que permitirá concluir si es posible acreditar contratos ejecutados por terceros, como matrices, subordinadas, afiliadas de matrices, etc. En todo caso la Guía señala «para acreditar el factor de experiencia (E), el proponente debe diligenciar el formato correspondiente al Anexo 1 (de la Guía de la Agencia), el cual contiene los contratos inscritos en el segmento 72 y su valor total en pesos colombianos liquidados con el SMMLV» (Paréntesis fuera del texto).

**2.2. La experiencia como «requisito habilitante» y «factor de la fórmula de la capacidad residual»**

La contratación pública involucra, entre otras relaciones, la interacción entre la Administración Pública y quienes buscan ofrecerle al Estado los bienes, obras o servicios que requiere para satisfacer sus necesidades, y en esa medida cumplir con el fin principal que es satisfacer el interés general. Por tanto, esa relación entre el Estado y los proveedores se enmarca en las reglas establecidas en la normativa del Sistema de Compra Pública, con el fin de procurar un equilibrio y el cumplimiento de los principios de la contratación pública, entre otros objetivos.

Por consiguiente, la normativa contractual contiene disposiciones que le indican a la entidad las actividades y documentos que debe desarrollar en sus procedimientos contractuales, y con base en ello los proveedores pueden conocer los aspectos del objeto de la contratación para presentar sus ofertas, teniendo en cuenta los parámetros que define la entidad en la etapa de planeación del proceso, de acuerdo con las normas relacionadas con la adquisición de que se trate, y que quedan definidos en el pliego de condiciones[[3]](#footnote-3).

En ese sentido, se debe tener en cuenta que de acuerdo con la Ley 80 de 1993, quienes pueden ser proveedores del Estado son las personas consideradas legalmente capaces, como las personas jurídicas[[4]](#footnote-4), que de acuerdo con el Código Civil tienen capacidad para ejercer derechos y contraer obligaciones, por ende tienen capacidad jurídica. Un tipo de persona jurídica son las sociedades comerciales[[5]](#footnote-5) reguladas, principalmente, en el Código de Comercio[[6]](#footnote-6), donde se establece la posibilidad de que existan matrices y subordinadas de estas.

Por tanto, para resolver su consulta, relacionada con la experiencia de las personas jurídicas ̶ sociedades comerciales ̶ cuando tienen matrices y subordinadas: i) en primer lugar se citará la regulación sobre experiencia; ii) después se analizarán las matrices y subordinadas, que son conceptos relacionados con las sociedades comerciales; y finalmente iii) se determinará si es posible transferir la experiencia de las matrices y subordinadas a la sociedad comercial a la que pertenecen para calcular su capacidad residual.

**2.2.1. Experiencia en la contratación pública: aproximación general al concepto y consideraciones del ente rector de la contratación pública**

**a) Norma general**

La Ley 1150 de 2007, en el artículo 5, establece los requisitos habilitantes para participar en un procedimiento contractual, dentro de los cuales se destaca la experiencia, y cuyo propósito es que las entidades fijen unos requisitos mínimos que debe tener y acreditar el proponente, para que la entidad pueda verificar su aptitud para participar en el procedimiento de contratación y, si se le adjudica, ejecutar el contrato estatal[[7]](#footnote-7). En ese sentido, la entidad, como responsable de la estructuración de su procedimiento de contratación, es autónoma para requerir la experiencia necesaria para el objeto contractual que se pretende satisfacer con el procedimiento, para lo cual, de acuerdo con el artículo 2.2.1.1.1.6.2. del Decreto 1082 de 2015, debe tener en cuenta el estudio del sector y sus componentes como la identificación de riesgos, el mercado y precio del bien, obra o servicio a contratar[[8]](#footnote-8).

La experiencia que se deriva de los contratos que el proponente ha celebrado y ejecutado con diferentes contratantes, sin importar la naturaleza de estos, se verifica con el Registro Único de Proponentes (RUP)[[9]](#footnote-9), cuando este certificado sea exigible de acuerdo con la ley, en el cual constan los requisitos habilitantes, que se evalúan exclusivamente con este documento, que es su plena prueba, sin que sea posible para la entidad o el proponente solicitar o aportar otra documentación[[10]](#footnote-10).

Respecto de la experiencia, esta debe inscribirse, renovarse o actualizarse en el RUP con copia de los contratos o con certificados de los contratos celebrados por el proponente con diferentes contratantes, quienes son terceros que los expiden cuando el contrato fue ejecutado y recibieron los bienes, obras o servicios de parte del proponente; y esos documentos deben codificarse con el clasificador de bienes y servicios en el tercer nivel[[11]](#footnote-11). De esta manera, lo que se verifica con el RUP es que el proponente tenga experiencia en la ejecución del objeto que pretende contratar la entidad, esto es, que haya celebrado y ejecutado contratos que se asimilen a la necesidad que la entidad requiere satisfacer con el procedimiento contractual, sin que sea necesario que su objeto sea idéntico. Por lo anterior, es pertinente aclarar que los códigos del clasificador de bienes y servicios ayudan a que exista un lenguaje común en la denominación de los bienes, obras o servicios que los proveedores ofrecen y que las entidades solicitan, sin que la entidad los evalúe, ya que lo que es objeto de evaluación es la experiencia clasificada de esta forma.

Por último, al observar el concepto de experiencia, como «requisito habilitante», y teniendo en cuenta que su consulta se relaciona con la experiencia, como «factor de la fórmula de la capacidad residual», de acuerdo con lo señalado para cada concepto, es decir, que el «requisito habilitante» se deriva de los contratos celebrados por el proponente que deben inscribirse en el RUP, y que el «factor de la fórmula de la capacidad residual» esta determinado por el valor total en pesos de los contratos que figuran en el RUP, la experiencia en ambos casos se refiere a la misma definición.

**b) Consideraciones de Colombia Compra Eficiente respecto de la experiencia**

La Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente puso a disposición de los interesados 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, en este caso, frente a la experiencia. Sobre el particular, para la experiencia, como requisito habilitante señalado en su consulta, el Manual se centra en una de sus cualidades y es que es «personal», lo cual significa que la experiencia se tiene por la participación, con anterioridad, en actividades que le permitieron conocer cómo ejecutar el objeto contractual, que la entidad pretende satisfacer ahora[[12]](#footnote-12).

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 es que se deriva el conocimiento que tiene el proponente, y que para la contratación pública es importante, ya que garantiza que no habrá 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 y no igual al objeto que se va a contratar, ya que esto puede limitar 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 cuatro conclusiones relevantes para evaluar las matrices y subordinadas de las sociedades comerciales, respecto 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 implique que la que le hayan compartido a una persona 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 le 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 las figuras y reformas estatutarias como transformación, fusión y escisión.

iv) Solo es posible transferir o compartir la experiencia de una persona natural o jurídica a otra, en los casos señalados en los numerales anteriores, por lo cual no es posible que se acredite la experiencia adquirida por un tercero ̶ que es otra persona diferente a la principal ̶ sin que se relacione con lo establecido, ya que la experiencia es personal, esto es, de quien la adquirió.

No obstante, las entidades son autónomas en la estructuración de sus procedimientos contractuales, por lo cual en sus pliegos de condiciones pueden establecer una regla de acreditación de la experiencia que permita que el proponente incluya la de otras personas o terceros para cumplir el requisito habilitante.

**c) Experiencia adquirida por matrices y subordinadas de una sociedad comercial**

El Código de Comercio, en el artículo 260, subrogado por el artículo 26 de la Ley 222 de 1995, regula las matrices y subordinadas. La norma citada contiene los siguientes conceptos: i) matriz, ii) subordinada o controlada, iii) filial y iv) subsidiaria[[13]](#footnote-13). En primer lugar, una sociedad es i) matriz cuando tiene poder de decisión frente a otras personas, ii) la sociedad subordinada o controlada es la que no puede autodeterminarse porque sus decisiones se someten a la sociedad matriz, y esa subordinación cuando es directa se denomina iii) filial, y cuando es indirecta, esto es, la matriz toma decisiones con el concurso o por intermedio de otras de sus sociedades subordinadas o controladas, es una iv) sociedad subsidiaria.

De la norma analizada se destaca que la matriz subordina a otras personas, con lo cual se diferencian varias personas que se interrelacionan por su actividad comercial, a las que les aplica una prohibición y es que la sociedad subordinada no puede tener participación en el capital social de su matriz so pena de ineficacia de esos actos jurídicos[[14]](#footnote-14). Esto es reafirmado por la Guía práctica régimen de matrices y subordinadas de la Superintendencia de Sociedades que señala que «Los sujetos vinculados en situación de control o grupo empresarial en los términos de la Ley 222 de 1995 conservan su individualidad; es decir, mantienen sus atributos y obligaciones propias[[15]](#footnote-15)».

Por tanto, una sociedad subordinada ̶ filial o subsidiaria ̶ conserva su individualidad respecto de su matriz, y al ser personas jurídicas diferentes adquieren su experiencia de forma personal e independiente, la cual pueden compartir conformando un proponente plural ̶ unión temporal o consorcio ̶ , o transferir por fusión y escisión entre las sociedades comerciales, o por expresa disposición del pliego de condiciones que así lo autorice. Sin embargo, por la prohibición del artículo 262 del Código de Comercio, subrogado por el artículo 32 de la Ley 222 de 1995 citado, no es posible que entre una matriz y sus subordinadas se comparta la experiencia a través de la posibilidad que señala la ley para que los socios aporten su experiencia a las sociedades con menos de 3 años de constitución. Tampoco es posible transferir la experiencia por la transformación de la sociedad comercial, ya que esta reforma social del Código de Comercio[[16]](#footnote-16) involucra una persona jurídica y no varias como es el caso de la matriz y sus subordinadas[[17]](#footnote-17).

**3.** **Respuesta**

¿la entidad debe tener en cuenta como experiencia los contratos ejecutados directamente por el proponente o es posible acreditar contratos ejecutados por terceros como matrices, subordinadas, afiliadas de matrices, etc., para calcular la capacidad residual del proponente?

Para calcular la capacidad residual de un proponente, la fórmula señalada en el artículo 2.2.1.1.1.6.4. del Decreto 1082 de 2015 contiene como factor la experiencia (E), que esta determinada por el valor total en pesos de los contratos que figuran en el RUP, lo cual no es diferente a la experiencia como «requisito habilitante» de la Ley 1150 de 2007, que también se verifica con el RUP, cuando este certificado sea exigible de acuerdo con la ley, y donde se inscriben los contratos celebrados por el proponente con diferentes contratantes, codificados con el clasificador de bienes y servicios en el tercer nivel.

 En consecuencia, a la experiencia como «factor de la fórmula de la capacidad residual» le aplica la regulación de la experiencia como «requisito habilitante», la cual establece que es personal, lo cual significa que quien tiene la experiencia es en razón a su participación, con anterioridad, en actividades que le permitieron conocer directamente cómo ejecutar el objeto contractual, que la entidad pretende satisfacer ahora. Sin embargo, entre dos o más personas jurídicas es posible i) transferir o ii) compartir la experiencia, y teniendo en cuenta que la matriz y sus subordinadas ̶ filiales y subsidiarias ̶ son personas jurídicas diferentes, para el cálculo de la capacidad residual del proponente cada una debe acreditar la experiencia adquirida directamente en la ejecución de contratos clasificados en el segmento 72 del clasificador de bienes y servicios; y la matriz no puede acreditar la experiencia de sus subordinadas o viceversa, salvo que se hayan fusionado o escindido, o cuando el pliego de condiciones del procedimiento contractual haya previsto una regla que lo autorice.

 Lo anterior teniendo en cuenta que: i) la transformación no aplica porque en el caso de las matriz y sus subordinadas se trata de dos o más personas jurídicas, ii) la acreditación de la experiencia de los socios en sociedades con menos de 3 años de constituidas tampoco aplica por la prohibición de que las subordinadas sean socias de sus matrices y iii) la conformación del proponente plural no permite que la matriz acredite la experiencia de sus subordinadas o viceversa, ya que el cálculo de la capacidad residual se realiza para cada miembro según su porcentaje de participación.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Ximena Ríos LópezGestor T1-11 |
| Revisó: | Fabián Gonzalo Marín CortésSubdirector de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Fabián Gonzalo Marín CortésSubdirector de Gestión Contractual |
| Anexo: | 0 |

1. Ley 1150 de 2007: «Artículo 5o. De la selección objetiva. Es 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 consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta los siguientes criterios:

»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 6o de la presente ley, de acuerdo con lo cual se expedirá la respectiva certificación». [↑](#footnote-ref-1)
2. Expedida de acuerdo con el deber señalado en el Decreto 1082 de 2015: «Artículo 2.2.1.2.5.2. Estándares y documentos tipo. Sin perjuicio de la función permanente que el Decreto-Ley 4170 de 2011​ le asigna, Colombia Compra Eficiente debe diseñar e implementar los siguientes instrumentos estandarizados y especializados por tipo de obra, bien o servicio a contratar, así como cualquier otro manual o guía que se estime necesario o sea solicitado por los partícipes de la contratación pública:

»[...]

»2. Manuales y guías para: (a) la identificación y cobertura del Riesgo; (b) la determinación de la Capacidad Residual para los contratos de obra pública dependiendo del valor de los mismos; (c) la elaboración y actualización del Plan Anual de Adquisiciones; y (d) el uso del Clasificador de Bienes y Servicios.

»[...]». [↑](#footnote-ref-2)
3. Decreto 1082 de 2015: «Artículo 2.2.1.1.1.3.1. Definiciones. Los términos no definidos en el Título I de la Parte 2 del presente decreto y utilizados frecuentemente deben entenderse de acuerdo con su significado natural y obvio. Para la interpretación del presente Título I, las expresiones aquí utilizadas con mayúscula inicial deben ser entendidas con el significado que a continuación se indica. Los términos definidos son utilizados en singular y en plural de acuerdo como lo requiera el contexto en el cual son utilizados.

»[...]

»Documentos del Proceso son: (a) los estudios y documentos previos; (b) el aviso de convocatoria; (c) los pliegos de condiciones o la invitación; (d) las Adendas; (e) la oferta; (f) el informe de evaluación; (g) el contrato; y cualquier otro documento expedido por la Entidad Estatal durante el Proceso de Contratación.

»[...]». [↑](#footnote-ref-3)
4. 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.

»Las personas jurídicas nacionales y extranjeras deberán acreditar que su duración no será inferior a la del plazo del contrato y un año más».

 [↑](#footnote-ref-4)
5. Código Civil: «Artículo 633. Definición de persona jurídica. Se llama persona jurídica, una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente.

»Las personas jurídicas son de dos especies: corporaciones y fundaciones de beneficencia pública.

»Hay personas jurídicas que participan de uno y otro carácter». [↑](#footnote-ref-5)
6. Código de Comercio: «Artículo 1. Aplicabilidad de la ley comercial. Los comerciantes y los asuntos mercantiles se regirán por las disposiciones de la ley comercial, y los casos no regulados expresamente en ella serán decididos por analogía de sus normas.

»Artículo 2. Aplicación de la legislación civil. En las cuestiones comerciales que no pudieren regularse conforme a la regla anterior, se aplicarán las disposiciones de la legislación civil». [↑](#footnote-ref-6)
7. Ley 1150 de 2007: «Artículo 5. De la selección objetiva. Es 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 consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta los siguientes criterios:

»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 6o de la presente ley, de acuerdo con lo cual se expedirá la respectiva certificación.

»[...]». [↑](#footnote-ref-7)
8. Decreto 1082 de 2015: «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». [↑](#footnote-ref-8)
9. Decreto 1082 de 2015: «Artículo 2.2.1.1.1.5.3. Requisitos habilitantes contenidos en el RUP. Las cámaras de comercio, con base en la información a la que hace referencia el artículo anterior, deben verificar y certificar los siguientes requisitos habilitantes:

»1. Experiencia – Los contratos celebrados por el interesado para cada uno de los bienes, obras y servicios que ofrecerá a las Entidades Estatales, identificados con el Clasificador de Bienes y Servicios en el tercer nivel y su valor expresado en SMMLV.

»[...]». [↑](#footnote-ref-9)
10. Ley 1150 de 2007: «Artículo 6. De la verificación de las condiciones de los proponentes. Todas las personas naturales o jurídicas nacionales o extranjeras domiciliadas o con sucursal en Colombia, que aspiren a celebrar contratos con las entidades estatales, se inscribirán en el Registro Único de Proponentes del Registro Único Empresarial de la Cámara de Comercio con jurisdicción en su domicilio principal.

»[...]

»El certificado de Registro Único de Proponentes será plena prueba de las circunstancias que en ella se hagan constar y que hayan sido verificadas por las Cámaras de Comercio. En tal sentido, la verificación de las condiciones establecidas en el numeral 1 del artículo 5 de la presente ley, se demostrará exclusivamente con el respectivo certificado del RUP en donde deberán constar dichas condiciones. En consecuencia, las entidades estatales en los procesos de contratación no podrán exigir, ni los proponentes aportar documentación que deba utilizarse para efectuar la inscripción en el registro.

»No obstante lo anterior, sólo en aquellos casos en que por las características del objeto a contratar se requiera la verificación de requisitos del proponente adicionales a los contenidos en el Registro, la entidad podrá hacer tal verificación en forma directa». [↑](#footnote-ref-10)
11. Decreto 1082 de 2015: «Artículo 2.2.1.1.1.5.2. Información para inscripción, renovación o actualización. El interesado debe presentar a cualquier cámara de comercio del país una solicitud de registro, acompañada de la siguiente información. La cámara de comercio del domicilio del solicitante es la responsable de la inscripción, renovación o actualización correspondiente:

»1. Si es una persona natural:

»1.1. Bienes, obras y servicios que ofrecerá a las Entidades Estatales, identificados con el Clasificador de Bienes y Servicios en el tercer nivel.

»1.2. Certificados de la experiencia en la provisión de los bienes, obras y servicios que ofrecerá a las Entidades Estatales, los cuales deben ser expedidos por terceros que hayan recibido tales bienes, obras o servicios y deben corresponder a contratos ejecutados o copias de los contratos cuando el interesado no puede obtener tal certificado. El interesado debe indicar en cada certificado o en cada copia de los contratos, los bienes, obras y servicios a los cuales corresponde la experiencia que pretende acreditar, identificándolos con el Cla­sificador de Bienes y Servicios en el tercer nivel». [↑](#footnote-ref-11)
12. 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.

»[...]

»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.

»[...]». [↑](#footnote-ref-12)
13. Código de Comercio: «Artículo 260. Subordinación. Una sociedad será subordinada o controlada cuando su poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad de otra u otras personas que serán su matriz o controlante, bien sea directamente, caso en el cual aquélla se denominará filial o con el concurso o por intermedio de las subordinadas de la matriz, en cuyo caso se llamará subsidiaria». [↑](#footnote-ref-13)
14. Código de Comercio: «Artículo 262. Subordinación. Una sociedad será subordinada o controlada cuando su poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad de otra u otras personas que serán su matriz o controlante, bien sea directamente, caso en el cual aquélla se denominará filial o con el concurso o por intermedio de las subordinadas de la matriz, en cuyo caso se llamará subsidiaria». [↑](#footnote-ref-14)
15. Superintendencia de Sociedades, Guía práctica régimen de matrices y subordinadas. Disponible en: https://www.supersociedades.gov.co/delegatura\_ivc/CartillasyGuias/Guia\_Practica\_RegimenMatricesySubordinadas.pdf [↑](#footnote-ref-15)
16. Código de Comercio: «Artículo 167. Reforma de contrato social por transformación de sociedad. Una sociedad podrá, antes de su disolución, adoptar cualquiera otra de las formas de la sociedad comercial reguladas en este Código, mediante una reforma del contrato social.

»La transformación no producirá solución de continuidad en la existencia de la sociedad como persona jurídica, ni en sus actividades ni en su patrimonio». [↑](#footnote-ref-16)
17. Colombia Compra Eficiente. Concepto C-002 de 2020: «[...] si una sociedad se crea como sociedad limitada, y sin “disolverse” decide adoptar la figura de sociedad anónima, lo podrá hacer mediante una reforma estatutaria, sin que se interrumpa la continuidad de la sociedad comercial o persona jurídica. Es importante destacar que en esta reforma estatutaria solo participa la sociedad involucrada, y no existen otras sociedades que se relacionen o intervengan, lo cual diferencia la transformación de otras reformas o figuras». [↑](#footnote-ref-17)