**CCE-DES-FM-17**

**SOCIEDADES NUEVAS ‒ Experiencia ‒ Inferior a tres años ‒ Requisitos habilitantes ‒ Desarrollo de la empresa**

La parte final del numeral 2.5 del artículo citado incluye una medida diferenciada para las personas jurídicas cuya constitución sea menor a 3 años al momento del registro. Esta prerrogativa, que puede ser entendida como de fomento a la participación de los oferentes en la contratación estatal, permite que las sociedades relativamente nuevas ─con menos de 3 años de constitución─ puedan acreditar como experiencia en el RUP la de sus accionistas, socios o constituyentes.

[…]

La finalidad de esta norma es permitir que las sociedades que no cuentan con la experiencia suficiente para contratar con el Estado puedan apoyarse en la experiencia de sus accionistas, socios o constituyentes con el fin de incentivar la competencia en la contratación estatal. Así las cosas, el socio transfiere la experiencia adquirida directamente a la sociedad de la que es parte, para que esta, como persona jurídica independiente, pueda cumplir con los requisitos habilitantes o puntuables que establezcan las entidades estatales en sus procesos de contratación, y de esta forma promover el desarrollo de la empresa y la pluralidad de oferentes en la contratación pública.

**REGISTRO ÚNICO DE PROPONENTES ‒ Deber de inscripción –** **Excepciones**

[…] la norma impuso la obligación a todos los proponentes de inscribirse en el registro Único de Proponentes, 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.

**REQUISITOS HABILITANTES** **– Capacidad financiera – Capacidad organizacional – Acreditación**

La capacidad financiera que se deriva del comportamiento contable de la empresa, su liquidez y endeudamiento, para determinar sus recursos y la solidez financiera que le permita cumplir los compromisos que adquiera; y la capacidad organizacional relacionada con la organización interna de la empresa, con lo cual se comprueba su rentabilidad y la capacidad de asumir y cumplir obligaciones; se verifican 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. Así también lo confirmó el Consejo de Estado.



 **CCE-DES-FM-17**

Bogotá, 02 Julio 2021

Señor

**Cristian David Reyes López**

Bogotá D.C.

 **Concepto C ‒ 326 de 2021**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | EXPERIENCIA − Noción − Colombia Compra Eficiente / SOCIEDADES NUEVAS ‒ Experiencia ‒ Inferior a tres años ‒ Requisitos habilitantes ‒ Desarrollo de la empresa/ EXPERIENCIA ‒ Conservación ‒ Renovación RUP ‒ Cesación efectos RUP / EXPERIENCIA – Conservación – Sociedades – Menor a 3 años de constitución |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta No. P20210521004425 |

Estimado señor Reyes:

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, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 21 de mayo de 2020.

**1.Problema planteado**

Usted realiza la siguiente consulta:

«Solicito a Colombia compra eficiente dar un concepto para acreditar la experiencia de los socios de una empresa u oferente con menos de 3 años de constitución interesado en participar en procesos de contratación estatal en sus diferentes modalidades ya sea en aquellos procesos que no exijan Registro único de Proponentes RUP es decir en los procesos de mínima cuantía y en aquellos donde si sea exigible de conformidad con lo establecido en el numeral 2.5 del artículo 2.2.1.1.1.5.2 del decreto 1082 de 2015»

**2.Consideraciones**

La Agencia Nacional de Contratación Pública ‒ Colombia Compra Eficiente se ha pronunciado sobre el alcance del numeral 2.5. del artículo 2.2.1.1.1.5.2 del Decreto 1082 de 2015 en los conceptos C-025 del 16 de marzo de 2020, C-051 del 2 de marzo de 2020, C-165 del 1 de abril de 2020, C-233 del 16 de abril de 2020, C-407 de 12 de junio de 2020, C-398 de 30 de junio de 2020, C-470 del 14 de julio de 2020, C-511 del 18 de agosto de 2020, C-584 de 31 de agosto 2020, C-619 de 21 de septiembre 2020, C-710 del 9 de diciembre de 2020, C-717 del 10 de diciembre de 2020, C-729 del 11 de diciembre de 2020, C-008 del 15 de febrero de 2021, C-103 del 24 de marzo del 2021, C-140 del 9 de abril del 2021 y C-230 del 25 de mayo de 2021[[1]](#footnote-1). En estos conceptos se estudió la posibilidad de que las sociedades acrediten experiencia adquirida por sus socios o constituyentes en los eventos en los que no es necesaria la inscripción en el RUP, como es el caso de los procesos de contratación adelantados en la modalidad de selección de mínima cuantía. Los argumentos y consideraciones previstos en los conceptos mencionados se reiteran a continuación.

**2.1 Introducción**

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 como documento del proceso[[2]](#footnote-2).

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[[3]](#footnote-3), 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[[4]](#footnote-4) reguladas, principalmente, en el Código de Comercio[[5]](#footnote-5), donde se establecen las figuras y reformas estatutarias aplicables a estas como: la transformación, la escisión y la fusión.

Por tanto, para resolver su consulta relacionada con la transferencia de experiencia a las personas jurídicas: i) en primer lugar se citará la regulación sobre experiencia; ii) después se explicará la forma en que se acredita la experiencia en sociedades nuevas y iii) se indicará cómo se acredita la experiencia en procesos exceptuados del deber de inscripción en el RUP:

**2.2 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[[6]](#footnote-6), 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 le sea posible a la entidad o al 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.

**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 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, 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 quien tiene la experiencia es en razón a su 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 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 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 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.

Ahora, 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 Constitucional[[13]](#footnote-13), 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.

 Asimismo, 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, pues señala que la verificación de las condiciones de que trata el numeral 1 el 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.

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 otros criterios distintos a los señalados en el Registro Único de Proponentes.

**2.3. Acreditación de experiencia de socios por parte de sociedades con menos de tres años de constitución**

El artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 dispone que la capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes serán objeto de verificación por parte de las entidades como requisitos habilitantes para participar en los procesos de selección y no otorgarán puntaje. Lo anterior con excepción de la selección de consultores mediante un concurso de méritos, donde es posible otorgar puntaje al criterio de experiencia.

Por su parte, el artículo 6 de la Ley 1150 de 2007 señala que todas las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, domiciliadas o con sucursal en Colombia, que aspiren celebrar contratos con las entidades deberán estar inscritas en el Registro Único de Proponentes. En el registro constará la información relacionada con la experiencia, capacidad jurídica, financiera y de organización del proponente y su clasificación. En relación con el requisito habilitante de experiencia, en el «Manual para determinar y verificar requisitos habilitantes en los procesos de contratación» se define la experiencia como «el conocimiento del proponente derivado de su participación previa en actividades iguales o similares a las previstas en el objeto del contrato».

El Decreto 1082 de 2015, en el artículo 2.2.1.1.1.5.2, numeral 2.1, dispone que si una persona natural se inscribe en el RUP aportará los certificados de experiencia en provisión de bienes, obras y servicios, los cuales deben ser expedidos por terceros que hayan recibido tales bienes, obras y servicios, y deben corresponder a contratos ejecutados o copias de los contratos cuando el interesado no puede obtener tal certificado[[14]](#footnote-14).

El numeral 2.5[[15]](#footnote-15) del mismo artículo señala que la persona jurídica se registrará aportando los 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. Si la constitución del interesado es menor a 3 años, puede acreditar la experiencia de sus accionistas, socios o constituyentes.

La parte final del numeral 2.5 del artículo citado incluye una medida diferenciada para las personas jurídicas cuya constitución sea menor a 3 años al momento del registro. Esta prerrogativa, que puede entenderse como una medida de fomento a la participación de pequeños oferentes en la contratación estatal, permite que las sociedades relativamente nuevas ─con menos de 3 años de constitución─ puedan acreditar como experiencia en el RUP la de sus accionistas, socios o constituyentes. A pesar de que la experiencia es inherente a la persona que la ha obtenido, razón por la cual es intransferible en virtud de su carácter personalísimo, por disposición legal o reglamentaria, en casos excepcionales, como el descrito por el artículo mencionado, se aplica de otra forma.

La finalidad de esta disposición es permitir que las sociedades que no cuentan con la experiencia suficiente para contratar con el Estado puedan apoyarse en la experiencia de sus accionistas, socios o constituyentes con el fin de incentivar la competencia en la contratación estatal. Así las cosas, el socio transfiere la experiencia adquirida directamente a la sociedad de la que es parte, para que esta, como persona jurídica independiente, pueda cumplir con los requisitos habilitantes o puntuables que establezcan las entidades estatales en sus procesos de contratación, y de esta forma promover el desarrollo de la empresa y la pluralidad de oferentes en la contratación pública.

Para desarrollar esta idea, puede decirse que al interesado se le permite acreditar la experiencia que tienen los constituyentes, socios o accionistas al momento de su constitución, pero si estos siguen adquiriendo experiencia de manera paralela a la sociedad durante el primer, segundo, o tercer año, esta nueva experiencia también podrá ser acreditada por el interesado, siempre que no haya finalizado el tercer año desde su constitución.

Nótese, además, que la norma no precisa –no hace distinción– sobre si dicho constituyente, socio, o accionista debe estar presente desde el momento de la constitución para que sea válido acreditar su experiencia, o si es posible acreditar la de aquellos que entren a integrar la estructura del interesado con posterioridad. Como consecuencia, en aplicación del principio general de interpretación según el cual donde la norma no distingue no le es dado hacerlo al intérprete, se debe afirmar que, si existe un nuevo socio, accionista o constituyente de un interesado con menos de tres años de constitución, este último podrá acreditar la experiencia de este nuevo socio, accionista, o constituyente.

No tiene influencia sobre esta conclusión el hecho de que la norma se refiera a 3 tipos de sujetos distintos, –socio, accionista o constituyente–, pues esto, en opinión de esta Subdirección, no tiene como propósito limitar los sujetos que pueden transferir experiencia, sino aclarar que el interesado puede acreditarla sin importar su naturaleza jurídica o estructura social –sociedades de personas, por acciones, o personas constituidas con arreglo a las leyes civiles–.

**2.4. Acreditación de experiencia en las excepciones al RUP**

Pese a que por regla general el Registro Único de Proponentes es exigible en la mayoría de los procedimientos de selección, existen algunas excepciones, es decir, hay algunos procesos en los que no es obligatorio. En este sentido, el inciso segundo del artículo 6 de la Ley 1150 de 2007 señala los casos en los que no se requerirá el Registro Único de Proponentes: «[…] 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».

La norma señala que, en estos eventos, las entidades contratantes tienen el deber de verificar las condiciones de capacidad jurídica, técnica, financiera y organizacional de los oferentes. Adicionalmente, en los casos que sea necesaria la verificación de requisitos o información que no repose en el RUP, la entidad estatal podrá solicitar información adicional –por ejemplo, longitudes de obra, especificaciones técnicas, etc.– solo para complementar la información contenida allí, y con el fin de verificar condiciones adicionales de experiencia del proponente.

De esta forma, solo en aquellos casos en los 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 y solicitar documentos diferentes al mismo.

Ahora bien, ¿qué ocurre con la medida contenida en el inciso final del numeral 2.5 del artículo 2.2.1.1.1.5.2 del Decreto 1082 de 2015 en aquellos casos en que la persona jurídica con menos de 3 años de constitución no está inscrita en el RUP? ¿Pueden las sociedades recién creadas –con menos de 3 años– acreditar la experiencia de sus socios, accionistas o constituyentes en los procesos del segundo inciso del artículo 6 de la Ley 1150 de 2007, esto es, cuando no se exige que el proponente no se inscriba en el RUP?

Teniendo en cuenta que la posibilidad de acreditar la experiencia de los socios para las personas jurídicas con menos de 3 años de constitución se encuentra contenida en una norma que regula el RUP, en principio, solo aplicaría para los casos en los que la persona jurídica está inscrita en este registro. Para los demás eventos, como ya se anotó, la entidad contratante tiene la carga de verificar, entre otros, el requisito de experiencia de los oferentes y ello lo hará de conformidad con la regla que al efecto haya establecido en los pliegos de condiciones.

La entidad, en virtud de su autonomía, puede determinar en los pliegos de condiciones que en la evaluación del requisito de experiencia tendrá en cuenta la experiencia de los socios, accionistas o constituyentes de aquellas personas jurídicas con menos de 3 años de constitución.

No obstante, la Subdirección de Gestión Contractual considera que, a pesar de la discrecionalidad y autonomía que les asiste a las entidades contratantes, que la regla expresada en el numeral 2.5 del artículo 2.2.1.1.1.5.2 del Decreto 1082 de 2015 se debe hacer extensiva, inclusive, a las personas jurídicas que no estén inscritas en el RUP y participen en los procesos de selección exceptuados por el segundo inciso del artículo 6 de la Ley 1150 de 2007.

La anterior consideración tiene su principal sustento en el principio de igualdad de trato que orienta e irradia la actividad contractual del Estado. El principio de igualdad, consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política, es un valor fundamental, no solo de la contratación estatal sino del ordenamiento jurídico. La igualdad, según la Corte Constitucional, tiene la connotación de principio, valor y derecho, por lo que representa un criterio de obligatoria observancia tanto para la producción como para la aplicación e interpretación del derecho.

A la luz del artículo 209 de la Constitución Política, la igualdad es uno de los principios orientadores de la función administrativa, y en virtud del principio de igualdad, las autoridades darán el mismo trato y protección a las personas e instituciones que intervengan en las actuaciones bajo su conocimiento, como lo ordena el numeral 2º del artículo 3º de la Ley 1437 de 2011.

En el ámbito de la contratación pública, la igualdad se materializa en la similar consideración de todos los oferentes frente al proceso de selección, desde la exigencia de los requisitos estipulados en los pliegos de condiciones, en la calificación de sus ofertas y en su selección. La igualdad en los procesos de contratación supone que las condiciones a las que se enfrentan los proponentes sean las mismas para todos y que la oferta adjudicada sea la más favorable a la entidad. Ello sin perjuicio de la aplicación de algunos criterios legales que establecen ciertos incentivos especiales.

Es por ello que el Consejo de Estado explica que el principio de igualdad en la contratación pública materializa otros principios de similar importancia, como la selección objetiva y la transparencia. Al respecto, considera que:

La igualdad de los licitadores, presupuesto fundamental que garantiza la selección objetiva y desarrolla el principio de transparencia que orienta la contratación estatal, se traduce en la identidad de oportunidades dispuesta para los sujetos interesados en contratar con la Administración. Y la sujeción estricta al pliego de condiciones es un principio fundamental del proceso licitatorio, que desarrolla la objetividad connatural a este procedimiento, en consideración a que el pliego es fuente principal de los derechos y obligaciones de la administración y de los proponentes[[16]](#footnote-16).

Por lo tanto, a pesar de que la norma que concede la posibilidad de acreditar la experiencia de los socios, accionistas o constituyentes para las personas jurídicas con menos de 3 años de creación se refiere al RUP, ello no impide que se pueda hacer una aplicación extensiva o analógica para los eventos en los que no sea necesaria la inscripción en el mismo registro. Es más, se insiste en que esta aplicación analógica se fundamenta en el principio de igualdad de trato en la contratación pública, pues no se observa ningún criterio de distinción que justifique que en un caso se les tenga en cuenta la experiencia de los socios y en otros casos no. En esta medida, personas jurídicas con menos de 3 años de constitución inscritas en el RUP son esencialmente iguales a las que no tienen dicho registro.

En los casos en que no es obligatorio el RUP, como las entidades no pueden solicitarlo, y por ende no podrían verificar las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes, deben recurrir a otros medios de prueba que garanticen la selección objetiva, siempre que sean adecuados y proporcionales, para promover la libre participación de los oferentes. Lo anterior fue reafirmado por el Consejo de Estado[[17]](#footnote-17), quien enlistó las excepciones en las cuales las entidades tienen la obligación de verificar los requisitos habilitantes de los proponentes, y que se enuncian a continuación: i) no se requerirá el RUP, ni la calificación y clasificación correspondiente, respecto de los proponentes que pretendan celebrar los contratos enunciados en el inciso segundo del artículo 6 de la ley 1150, así como en los eventos de contratación directa, ii) a las personas naturales extranjeras sin domicilio en el país o de personas jurídicas extranjeras que no tengan establecida sucursal en Colombia, o en aquellos casos en que el proceso de selección haya utilizado sistemas de precalificación y iii) cuando por las características del objeto a contratar se requiera la verificación de requisitos del proponente adicionales a los contenidos en el RUP.

En efecto, si se realiza una comparación entre los dos grupos de sujetos a los que se hace referencia, se tendría que concluir que son esencialmente iguales: i) ambos son personas jurídicas recién creadas, esto es, con menos de 3 años de constitución; ii) ambos se encuentran dentro del ámbito de protección o finalidad de la norma, es decir, con la aplicación extensiva de la norma también se promueve el desarrollo de la empresa y la pluralidad de oferentes en la contratación pública y iii) no existe ningún criterio material o sustantivo que justifique el trato diferenciado.

La única diferencia entre los dos grupos de sujetos es la inscripción en el RUP, el cual por regla general es obligatorio, pero dicha obligatoriedad tiene excepciones. En estas excepciones la persona jurídica no está obligada a registrarse para participar en los procesos de selección que la norma excluye del deber de inscribirse en el registro. En tal sentido, se considera que la inscripción en el RUP no se considera un criterio de diferenciación que pueda justificar un trato diferenciado entre dos grupos de personas que son esencialmente iguales, máxime cuando la falta de inscripción en el RUP, en los casos exceptuados, es una situación permitida por la propia ley –inciso segundo del artículo 6 de la Ley 1150 de 2007–.

Así las cosas, frente a la acreditación de la experiencia de los socios, accionistas o constituyentes de una persona jurídica con menos de 3 años de constitución, para participar en los eventos exceptuados al deber de inscripción en el RUP, como, por ejemplo, en los procesos de selección de mínima cuantía, la entidad contratante, en virtud de su autonomía, cuenta con la discreción de adoptar dos alternativas: i) aplicar el numeral 2.5 del artículo 2.2.1.1.1.5.2 del Decreto 1082 de 2015 de manera restrictiva, es decir, solo para los eventos de personas jurídicas con menos de 3 años de constitución que se inscriban en el RUP o ii) hacer una aplicación extensiva o analógica de esta norma, y determinar en los pliegos de condiciones que estas personas jurídicas, que por virtud de los eventos exceptuados por el segundo inciso del artículo 6 de la Ley 1150 de 2007, no están obligadas a inscribirse en el RUP y no lo han hecho, pueden acreditar la experiencia de sus socios, accionistas y constituyentes si tiene menos de 3 años de constitución.

La Subdirección de Gestión Contractual considera que la segunda alternativa es la más adecuada, toda vez que realiza el principio de igualdad de trato que rige la contratación de las entidades estatales y materializa el fin de protección de la norma, que es promover el desarrollo de la pequeña empresa y la pluralidad de oferentes.

**3. Respuesta**

Solicito a Colombia compra eficiente dar un concepto para acreditar la experiencia de los socios de una empresa u oferente con menos de 3 años de constitución interesado en participar en procesos de contratación estatal en sus diferentes modalidades ya sea en aquellos procesos que no exijan Registro único de Proponentes RUP es decir en los procesos de mínima cuantía y en aquellos donde si sea exigible de conformidad con lo establecido en el numeral 2.5 del artículo 2.2.1.1.1.5.2 del decreto 1082 de 2015

De acuerdo con lo expuesto hasta aquí, se tiene que el numeral 2.5 del artículo 2.2.1.1.1.5.2 del Decreto 1082 de 2015, indica de forma clara que una sociedad con menos de tres años de constituida puede aportar la experiencia de sus accionistas, socios o constituyentes.Esta prerrogativa, que supone la posibilidad de acreditar la experiencia de los socios para las personas jurídicas con menos de 3 años de constitución, se encuentra regulada en una norma que regula el RUP, por lo que, en principio, solo aplicaría para los casos en los que la persona jurídica está inscrita en este registro y en los procesos en el que se use el RUP para acreditar la experiencia.

No obstante, conforme a lo expuesto en torno al principio de igualdad en la contratación pública, es posible que la referida prerrogativa se aplique en los procesos de contratación exceptuados del RUP conforme al inciso segundo del artículo 6 de la Ley 1150 de 2007, como, por ejemplo, en los procesos de selección de mínima cuantía. En estos eventos la entidad contratante, en virtud de su autonomía, cuenta con la discreción de adoptar dos alternativas: i) aplicar el numeral 2.5 del artículo 2.2.1.1.1.5.2 del Decreto 1082 de 2015 de manera restrictiva, es decir, solo para los eventos de personas jurídicas con menos de 3 años de constitución que se inscriban en el RUP o ii) hacer una aplicación extensiva o analógica de esta norma, y determinar en los pliegos de condiciones que estas personas jurídicas, que por virtud de los eventos exceptuados por el segundo inciso del artículo 6 de la Ley 1150 de 2007, no están obligadas a inscribirse en el RUP y no lo han hecho, pueden acreditar la experiencia de sus socios, accionistas y constituyentes si tiene menos de 3 años de constitución.

La Subdirección de Gestión Contractual considera que la segunda alternativa es la más adecuada, toda vez que realiza el principio de igualdad de trato que rige la contratación de las entidades estatales y materializa el fin de protección de la norma, que es promover el desarrollo de la pequeña empresa y la pluralidad de oferentes.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Melissa Fernández ReinosoAnalista 2- T2 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Alejandro Sarmiento CantilloGestor T1-11 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado NavarroSubdirector de Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. De igual forma la Agencia de Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente- trato el tema objeto de estudio en conceptos del año 2019, identificados con los radicados No. 4201912000003636 del 20 de agosto de 2019, reiterado y desarrollado en los conceptos identificados con radicado No. 4201912000004603 del 22 de agosto de 2019, 4201912000004380 del 27 de agosto de 2019, 4201912000004704 del 27 de agosto de 2019, 4201912000004743 del 28 de agosto de 2019, 4201913000005158 del 5 de septiembre de 2019, 4201913000006797 del 19 de noviembre de 2019, 4201912000007182 del 3 de diciembre de 2019, 4201912000007512 del 16 de diciembre de 2019, 4201912000007607 del 9 de diciembre de 2019. [↑](#footnote-ref-1)
2. 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-2)
3. 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-3)
4. 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-4)
5. 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-5)
6. «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-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. Corte Constitucional. Sentencia C ― 259 del 11 de marzo 2008. M.P. Jaime Córdoba Triviño. [↑](#footnote-ref-13)
14. «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:

[…]

»2.1.   Bienes, obras y servicios que ofrecerá a las Entidades Estatales, identificados con el Clasificador de Bienes y Servicios en el tercer nivel». [↑](#footnote-ref-14)
15. «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:

[…]

»2.5. 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. Si la constitución del interesado es menor a 3 años, puede acreditar la experiencia de sus accionistas, socios o constituyentes». [↑](#footnote-ref-15)
16. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 19 de julio de 2001. Exp. 12.037. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. [↑](#footnote-ref-16)
17. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consulta del 20 de mayo de 2010. Exp. 11001-03-06-000-2010-00034-00(1992). C.P. Enrique José Arboleda Perdomo. [↑](#footnote-ref-17)