**EXPERIENCIA – Noción – Concepto**

La Ley 1150 de 2007, en el artículo 5, dispone que la capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, así como la 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.

Para ello, 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 estatales deberán estar inscritas en el Registro Único de Proponentes. En dicho registro constará la información relacionada con la experiencia, la capacidad jurídica, financiera y de organización del proponente y su clasificación. En este registro constan los requisitos habilitantes que se evalúan exclusivamente con este documento, que es plena prueba, sin que la entidad o el proponente puedan, en principio, solicitar o aportar otra documentación.

En relación con el requisito habilitante de 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». Allí se indica que la experiencia tiene un carácter personal, lo cual significa que esta se obtiene por la participación, con anterioridad, en actividades que le permitieron a alguien conocer cómo ejecutar determinado objeto contractual que la entidad ahora pretende desarrollar.

[…] no es posible adquirir la experiencia si en la práctica no se han ejecutado actividades previas. Precisamente, de la experiencia se deriva el conocimiento del proponente, lo cual es importante para la contratación pública, pues ello garantiza que no habrá improvisación ni mayores costos por errores o dificultades originadas en realizar una actividad por primera vez. Adicionalmente, el Manual explica que la experiencia puede obtenerse directamente o por participar asociado con otra persona, como es el caso de los proponentes plurales. 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, de manera que se ayude a que exista pluralidad de oferentes.

**EXPERIENCIA – Transformación**

Respecto de la experiencia, teniendo en cuenta que la sociedad solo cambia su forma, lo cual, de acuerdo con el Código de Comercio, no afecta sus actividades, la sociedad continuará con la experiencia adquirida, ya que la misma es personal, y mientras la persona jurídica exista la experiencia sigue vigente y puede incrementarse, siempre que la empresa continúe ejecutando contratos que le permitan aumentar el conocimiento en su objeto social. Esto se reafirma teniendo en cuenta que en la transformación la norma señala expresamente que la sociedad no se «disuelve», y por ende tampoco se «liquida», porque, de acuerdo con el artículo 222 del Código de Comercio, para «liquidarse» necesita estar «disuelta». Solo cambia el tipo societario que había adoptado en su constitución, es decir, no sufre modificaciones o alteraciones, y por eso puede continuar adquiriendo experiencia y compartirla, pero no puede trasladarla, porque para ello tendría que «disolverse» o conformar un consorcio, como se verá en la fusión y en una de las modalidades de escisión.

**EXPERIENCIA – Escisión**

Para la primera modalidad de escisión, teniendo en cuenta que la sociedad continúa sin alteraciones, puede compartir la experiencia a través de esquemas asociativos, pero no la transfiere porque para ello tendría que «disolverse» pero no «liquidarse», puesto que la «liquidación» implicaría que desaparece la persona y así su experiencia. Para explicarlo hay que volver a la definición de «disolución», donde la persona jurídica no desaparece y solo puede hacer trámites para «liquidarse». Sin embargo, hay una excepción a esa regla y es, precisamente, la de las figuras y reformas estatutarias que aquí se explican, particularmente la fusión, ya que por esa excepción la persona tiene continuidad en otra persona, y sigue siendo quien era, lo cual no es el caso de la escisión, ya que en la primera modalidad no existe «disolución», lo que significa que la persona continúa por sí misma y puede adquirir experiencia, pero no puede transferirla, porque le pertenece, al ser quien la adquirió.

Por otro lado, a pesar de que en la segunda modalidad existe «disolución», no hay transferencia de la experiencia, porque la persona jurídica fraccionada deja de ser quien es y desaparece, quedando dividida en varias sociedades nuevas o existentes que reciben su patrimonio, sin que sea posible determinar cuál de todas las sociedades que recibieron parte del patrimonio de la sociedad escindida tiene la experiencia. Tampoco es posible que todas las sociedades que recibieron el patrimonio acrediten la misma experiencia multiplicándola tantas veces sea necesario, porque la experiencia es de quien la adquirió y como esa persona jurídica no puede continuar en otra persona porque desapareció quedando fraccionada en 2 o más partes, esto no corresponde con la definición de experiencia personal ni de transferencia de experiencia, donde la persona jurídica sigue siendo quien es a través de otra, sin cambios como fraccionamientos que implican que la persona ya no sea quien era y desaparezca.

**EXPERIENCIA – Fusión – Fusión por absorción**

Para analizar la fusión y sus efectos respecto de la experiencia de la sociedad que se «disuelve» pero no se «liquida», es necesario reiterar la explicación dada respecto de la segunda modalidad de escisión, y es que siempre que la sociedad no se liquide, es decir, que no desaparezca, la experiencia puede ser trasladada y no compartida. Lo anterior, toda vez que la trasferencia ocurre porque la persona jurídica continúa a través de otra, esto es, deja de ser quien es, pero no desaparece porque otra sociedad se convierte en ella, ya sea una sociedad nueva cuando es fusión por creación, o una sociedad existente en la fusión por absorción. La experiencia no se comparte, porque para esto la sociedad debería continuar individualmente considerada, pero en este evento continúa a través de otra, a quien le transfiere su experiencia y todos sus derechos y obligaciones, de conformidad con el artículo 172 y siguientes del Código de Comercio.

[…]

En consecuencia, en la fusión es posible que la sociedad absorbente tenga la experiencia de la sociedad absorbida, porque esta última continuó a través de la primera, y ello implica que transfirió su experiencia debido a que no se liquidó, es decir no desapareció, lo que haría imposible la transferencia de experiencia.

**MATRICES Y SUBORDINADAS – Experiencia**

[…] 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.

[…] 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.

[…]se precisa que la figura de consorcio o la unión temporal establecida en el artículo 7 de la Ley 80 de 1993 tan solo exige que la propuesta debe ser presentada conjuntamente por dos o más «personas», sin hacer ninguna aclaración ulterior. En ese orden de ideas, como consecuencia del principio de interpretación de las normas jurídicas según el cual donde la ley no distingue no le es dado distinguir al intérprete, las dos o más personas que conforman el consorcio o la unión temporal pueden tener cualquier calidad o relación entre ellas, sin que exista limitación sobre su condición de matriz o controlante y subsidiaria o filial.

**CCE-DES-FM-17**

Bogotá D.C. 29 de noviembre de 2022



Señora

**Andrea Villate**

Bogotá D.C.

**Concepto C – 820 de 2022**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | EXPERIENCIA – Noción – Concepto / EXPERIENCIA – Transformación / EXPERIENCIA – Escisión / EXPERIENCIA – Fusión – Fusión por absorción / MATRICES Y SUBORDINADAS – Experiencia |
|  **Radicación:**  | Respuesta a consultas P20221013010364 y P20221013010375  |

Estimada Señora Villate:

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 sus consultas radicadas el 13 de octubre de 2022.

1. **Problema planteado**

Usted formula solicitud de consulta compuesta por los siguientes interrogantes:

«En algunas licitaciones se ha permitido acreditar la experiencia a través de las certificaciones de experiencia presentadas por proveedores nominados o empresas del mismo grupo empresarial, pero que NO hacen parte del proponente, como es el caso de los siguientes procesos licitatorios:

Regiotram: LP-EFR-009-2019

Metro de Bogotá: GT-LPI-001-2018

Me gustaría saber bajo qué condiciones la Ley permite acreditar experiencia de proveedores o terceros que no hacen parte del oferente?

Es decir, si se demuestra que no hay suficientes empresas en Colombia que puedan acreditar esa experiencia, sería posible acreditar la misma a través de terceros (que no se presentan a la licitación como oferentes)?»

**2. Consideraciones**

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

La competencia de esta entidad se fija con límites claros, con el objeto de evitar que la Agencia actúe como una instancia de validación de las actuaciones de las entidades sujetas a la Ley 80 de 1993 o de los demás participantes de la contratación pública. Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales. Por lo anterior, previo concepto de sus órganos asesores, la solución de estos temas corresponde a la entidad que adelanta el procedimiento de selección y, en caso de conflicto, a las autoridades judiciales, fiscales y disciplinarias.

Bajo estas consideraciones, corresponde a cada entidad pública, en ejercicio de su competencia y previa valoración de los elementos fácticos y jurídicos, determinar si es procedente o no la celebración de un determinado contrato en específico. Al tratarse de un análisis que se debe realizar en cada caso concreto, la Agencia, por vía consultiva, no puede definir un criterio universal y absoluto, sino que brinda elementos hermenéuticos de carácter general para que los partícipes del sistema de compras y contratación pública adopten la decisión que corresponda, lo cual es acorde con el principio de juridicidad.

Por ello, la Subdirección, dentro de los límites de sus atribuciones, resolverá la consulta conforme a las normas generales en materia de contratación estatal. Con este objetivo se analizarán los siguientes temas: i) noción de experiencia; ii) experiencia de los consorcios y uniones temporales; y iii) experiencia adquirida por matrices y subordinadas de una sociedad comercial.

La Agencia Nacional de Contratación Pública ‒ Colombia Compra Eficiente, 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-103 del 24 de marzo del 2021, C-140 del 9 de abril del 2021, C-230 del 25 de mayo de 2021, C-316 del 29 de junio de 2021, C-318 del 29 de junio de 2021, C-326 del 2 de julio de 2021, C-725 del 25 de enero de 2022, C-084 del 16 de marzo de 2022 y C-517 del 11 de agosto de 2022, estudió el tema de experiencia y su noción.

Así mismo la Agencia en el concepto con radicado No. 4201913000006736 del 15 de noviembre de 2011, reiterado y desarrollado en los conceptos No. 4201912000006798 del 24 de octubre de 2019, C–002 del 12 de febrero de 2020, C–089 del 4 de marzo de 2020 y C-099 del 6 de abril de 2020 estudió la experiencia y los proponentes plurales. Del mismo modo, la Agencia en el concepto C-089 del 24 de marzo de 2020 analizó la experiencia adquirida por matrices y subordinadas de una sociedad comercial. Los argumentos y consideraciones expuestos en los conceptos mencionados se reiteran y se complementan en lo pertinente.

**2.1. La noción de experiencia en la contratación pública**

La Ley 1150 de 2007, en el artículo 5, dispone que la capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, así como la 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.

Para ello, 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 estatales deberán estar inscritas en el Registro Único de Proponentes. En dicho registro constará la información relacionada con la experiencia, la capacidad jurídica, financiera y de organización del proponente y su clasificación. En este registro constan los requisitos habilitantes que se evalúan exclusivamente con este documento, que es plena prueba, sin que la entidad o el proponente puedan, en principio, solicitar o aportar otra documentación[[1]](#footnote-1).

La experiencia 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. Estos terceros expiden dichas certificaciones cuando el contrato fue ejecutado y recibieron los bienes, obras o servicios de parte del proponente[[2]](#footnote-2). De esta manera, con el RUP se verifica 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.

Así mismo, de manera correlativa 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. 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, dispuso 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».

En consecuencia, la norma establece 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 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 realizada nuevamente por la entidad pública a partir de otros criterios distintos a los contenidos en el Registro Único de Proponentes.

**2.2. Consideraciones de la Agencia respecto de la experiencia**

En relación con el requisito habilitante de 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». Allí se indica que la experiencia tiene un carácter personal, lo cual significa que esta se obtiene por la participación, con anterioridad, en actividades que le permitieron a alguien conocer cómo ejecutar determinado objeto contractual que la entidad ahora pretende desarrollar[[3]](#footnote-3).

Lo anterior es determinante, porque no es posible adquirir la experiencia si en la práctica no se han ejecutado actividades previas. Precisamente, de la experiencia se deriva el conocimiento del proponente, lo cual es importante para la contratación pública, pues ello garantiza que no habrá improvisación ni mayores costos por errores o dificultades originadas en realizar una actividad por primera vez. Adicionalmente, el Manual explica que la experiencia puede obtenerse directamente o por participar asociado con otra persona, como es el caso de los proponentes plurales. 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, de manera que se ayude a que exista pluralidad de oferentes. Finalmente, pueden extraerse cuatro (4) conclusiones relevantes para evaluar las figuras y reformas estatutarias 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 hacerlo y tener experiencia.

ii) La experiencia se puede compartir, sin que implique que la compartida 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 las figuras asociativas ̶ consorcios y uniones temporales ̶ que se verificará en el documento privado de constitución[[4]](#footnote-4).

iii) La experiencia se puede transferir, y esto es diferente a compartir, lo que implica que la experiencia de una persona se traslada a otra, y esta última acredita la experiencia como propia, como sucede con la figura que se explicará con más detalle en el numeral 2.3 de este concepto.

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.

**2.3. Figuras y reformas estatutarias, y efectos sobre la experiencia de las sociedades comerciales**

Por otra parte, y por resultar relevante para efecto de la consulta realizada, vale la pena analizar las figuras y reformas estatutarias, no obstante, previo a dicho análisis es necesario aclarar dos conceptos respecto de las sociedades comerciales: i) «disolución» y ii) «liquidación», ya que se aplican a las figuras y reformas estatutarias, y tienen incidencia en la posibilidad de transferir o no la experiencia de una sociedad.

En primer lugar, el Código de Comercio señala, como efecto de la «disolución», que la persona jurídica no desaparece, sino que conserva su capacidad jurídica, únicamente para «liquidarse» y para las operaciones o actos autorizados por la ley[[5]](#footnote-5), como las figuras y reformas estatutarias que se verán a continuación. Con esto se anticipa, si la persona jurídica no desaparece, su experiencia se conserva y puede transferirse. Por el contrario, respecto de la «liquidación» de las sociedades comerciales, el Código de Comercio señala el procedimiento para realizar el inventario y distribución del patrimonio social, de lo cual se infiere que termina la persona jurídica[[6]](#footnote-6) y la experiencia desaparece junto con la sociedad que la adquirió.

**a) Transformación**

Es una reforma a los estatutos de una sociedad comercial, en la cual se detalla la naturaleza jurídica, composición, estructura, capital, entre otros, con el propósito de transformar o cambiar la forma o tipo societario que adoptó, como sociedad anónima, limitada, en comandita, etc. Es decir, si una sociedad se crea como sociedad de responsabilidad 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[[7]](#footnote-7). 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.

Respecto de la experiencia, teniendo en cuenta que la sociedad solo cambia su forma, lo cual, de acuerdo con el Código de Comercio, no afecta sus actividades, la sociedad continuará con la experiencia adquirida, ya que la misma es personal y mientras la persona jurídica exista la experiencia sigue vigente y puede incrementarse, siempre que la empresa continúe ejecutando contratos que le permitan aumentar el conocimiento en su objeto social. Esto se reafirma teniendo en cuenta que en la transformación la norma señala expresamente que la sociedad no se «disuelve», y por ende tampoco se «liquida», porque, de acuerdo con el artículo 222 del Código de Comercio, para «liquidarse» necesita estar «disuelta»; solo cambia el tipo societario que había adoptado en su constitución, es decir, no sufre modificaciones o alteraciones y por eso puede continuar adquiriendo experiencia y compartirla, pero no puede trasladarla, porque para ello tendría que «disolverse» o conformar un consorcio, como se verá en la fusión y en una de las modalidades de escisión.

**b) Escisión**

Es una figura con dos modalidades reguladas por la Ley 222 de 1995. La primera se refiere a una sociedad que no se «disuelve» ni se «liquida», es decir, permanece sin modificaciones ni reformas, pero fracciona su patrimonio para transferir una o varias partes, a una o varias sociedades existentes o por crearse. En este caso, la escisión se refiere al patrimonio de la sociedad sin incluir ningún otro aspecto, lo cual significa que la sociedad continúa con un patrimonio reducido debido al fraccionamiento, pero no existe ninguna otra implicación para la persona jurídica, como su desaparición por «disolverse» o «liquidarse», de acuerdo con lo mencionado sobre estos conceptos. En ese sentido, Colombia Compra Eficiente considera que las sociedades que reciben una parte del patrimonio de una sociedad que continúa existiendo, no reciben su experiencia, ya que no es posible que varias sociedades tengan la misma experiencia, duplicándola tantas veces se haya fraccionado el patrimonio, porque la experiencia pertenece a quien la adquirió ejecutando los contratos a su cargo.

La segunda modalidad se trata de una sociedad que se «disuelve» sin «liquidarse», esto es, que implica una reforma social, lo cual no ocurre con la primera modalidad, y también existe fraccionamiento del patrimonio con el mismo fin[[8]](#footnote-8). Como se observa, participa una sociedad y otra, u otras, que reciben la transferencia del patrimonio en bloque.

Para la primera modalidad de escisión, teniendo en cuenta que la sociedad continúa sin alteraciones, esta puede compartir la experiencia a través de esquemas asociativos, pero no la transfiere, porque para ello tendría que «disolverse» sin «liquidarse», puesto que la «liquidación» implicaría que desaparece la persona y así su experiencia. Para explicarlo, hay que volver a la definición de «disolución», donde la persona jurídica no desaparece y solo puede hacer trámites para «liquidarse». Sin embargo, hay una excepción a esa regla y es, precisamente, la de las figuras y reformas estatutarias que aquí se explican, particularmente la fusión, ya que por esa excepción la persona tiene continuidad en otra persona, y sigue siendo quien era, lo cual no es el caso de la escisión, ya que en la primera modalidad no existe «disolución». Esto significa que la persona continúa por sí misma y puede adquirir experiencia, pero no puede transferirla porque le pertenece, al ser quien la adquirió.

Por otro lado, a pesar de que en la segunda modalidad existe «disolución», no hay transferencia de la experiencia porque la persona jurídica fraccionada deja de ser quien es y desaparece, quedando dividida en varias sociedades nuevas o existentes que reciben su patrimonio, sin que sea posible determinar cuál de todas las sociedades que recibieron parte del patrimonio de la sociedad escindida tiene la experiencia. Tampoco es posible que todas las sociedades que recibieron el patrimonio acrediten la misma experiencia multiplicándola tantas veces sea necesario, porque la experiencia es de quien la adquirió y como esa persona jurídica no puede continuar en otra persona, porque desapareció, quedando fraccionada en 2 o más partes, esto no corresponde con la definición de experiencia personal ni de transferencia de experiencia, donde la persona jurídica sigue siendo quien es a través de otra, sin cambios como fraccionamientos que implican que la persona ya no sea quien era y desaparezca.

Pero en la fusión, como se verá, a pesar de que la sociedad está «disuelta» y debería «liquidarse», para desaparecer, la ley permite que no desaparezca y tenga continuidad convertida en otra sociedad, por lo que, por expresa disposición legal, la sociedad puede no «liquidarse», sino continuar a través de otra sociedad, porque así lo dispuso el legislador. Esto implica que se traslada la experiencia y no se comparte, porque compartir implica que siga existiendo como una persona individualmente considerada, pero como continúa a través de otra, lo que sucede es la transferencia de la experiencia.

**c) Fusión**

Es una figura con 4 tipologías: i) por absorción: una o más sociedades se «disuelven» sin «liquidarse» para ser absorbidas por otra existente; ii) por creación: una o más sociedades se «disuelven» sin «liquidarse» para ser absorbidas por otra nueva[[9]](#footnote-9); iii) impropia: una sociedad se «disuelve» sin el propósito de realizar una fusión sino de «liquidarse», y antes de la liquidación se toma la decisión de crear una sociedad[[10]](#footnote-10); iv) abreviada: solo aplica cuando una Sociedad por Acciones Simplificada (S.A.S.) pertenece a otra sociedad en más del 90% de sus acciones, y es posible que esa sociedad controlante absorba a la S.A.S, es decir, que ocurra una fusión por absorción[[11]](#footnote-11). La norma no se refiere a la «disolución de la S.A.S», lo cual no implica que no exista fusión, sino que es abreviada porque no se requiere configurar el estado de «disolución» de la sociedad.

Para analizar la fusión y sus efectos respecto de la experiencia de la sociedad que se «disuelve» pero no se «liquida», es necesario reiterar la explicación dada respecto de la segunda modalidad de escisión, y es que siempre que la sociedad no se liquide, es decir, que no desaparezca, la experiencia puede ser trasladada y no compartida. Lo anterior, toda vez que la trasferencia ocurre porque la persona jurídica continúa a través de otra, esto es, deja de ser quien es, pero no desaparece porque otra sociedad se convierte en ella, ya sea una sociedad nueva cuando es fusión por creación, o una sociedad existente en la fusión por absorción. La experiencia no se comparte, porque para esto la sociedad debería continuar individualmente considerada, pero en este evento continúa a través de otra, a quien le transfiere su experiencia y todos sus derechos y obligaciones, de conformidad con el artículo 172 y siguientes del Código de Comercio.

La anterior conclusión es coherente con lo establecido en la Guía de Asuntos Corporativos en los Procesos de Contratación, expedida por la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente, pues en ella se dice que «La experiencia de las personas jurídicas es de carácter personal y en principio es intransferible. Por lo tanto, no es posible trasladar la experiencia de un proponente a otro en eventos de escisión o liquidación de una persona jurídica, ni que la experiencia sea enajenada por una persona jurídica en favor de otra persona jurídica o natural». Obsérvese que la Guía no establece que la experiencia es «siempre» intransferible, sino que sostiene que ello es así «en principio». Además, precisa que no es posible transferir la experiencia en la escisión y en la liquidación, justamente porque esos casos la persona jurídica desaparece, lo que no sucede en la fusión. Es decir que en este supuesto sí es posible la transferencia de la experiencia de la sociedad fusionada a la resultante.

Esta postura en torno a la validez de la transferencia de experiencia de la sociedad absorbida a la absorbente es compartida por la Superintendencia de Sociedades. Dicha entidad en ejercicio de la función consultiva ha manifestado que esta figura es adecuada que la sociedad absorbida transfiera a la segunda sus atributos en lo relacionado con la experiencia[[12]](#footnote-12). Al respecto se ha manifestado:

La fusión surge como el mecanismo pertinente para que los atributos de las compañías absorbidas sean aprovechados por la compañía que las absorbe, entre éstos, la experiencia derivada de las obras cumplidas, bienes suministrados o servicios prestados durante la vigencia de la absorbida. Por supuesto, frente a la normatividad alusiva a la contratación estatal, considera este despacho que resulta discrecional para la entidad estatal contratante coincidir, o no, con esta oficina en el sentido anotado y habilitar como proponente, para considerar su propuesta, a aquellos quienes, en virtud de su calidad de absorbentes, aprovechan todos los recursos que le fueron transmitidos por las absorbidas, incluidos intangibles como su experiencia, Know How, entre otros

[…]

En cuanto refiere a *la certificación que sobre la experiencia de un proponente, expiden las cámaras de comercio a través del Registro Único de Proponentes que administran, esta oficina considera que la normativa a que se ha venido aludiendo no reguló, pero tampoco prohibió, otras situaciones de transferencia de experiencia como la que se presenta con la fusión,* por lo que la considera válida para efecto de ser invocada por la absorbente, a través del certificado que le expida la cámara de comercio con base en la información depositada en el Registro Único de Proponentes, RUP[[13]](#footnote-13). [Énfasis fuera de texto]

En efecto, el artículo 2.2.1.1.1.5.3 del Decreto 1082 de 2015 hace referencia a que las cámaras de comercio deberán registrar la experiencia certificada con base en los «Los contratos celebrados por el interesado» y «Los contratos celebrados por consorcios, uniones temporales y sociedades en las cuales el interesado tenga o haya tenido participación», sin hacer alusión a las diferentes reformas estatutarias que podrían amparar la transferencia de experiencia conforme a lo explicado *supra[[14]](#footnote-14)*. Caso contario ocurre con la posibilidad de que una sociedad, durante los primeros tres (3) años de su constitución–e incluso después– pueda acreditar como suya la experiencia de socios, supuesto regulado por el numeral 2.5 del artículo 2.2.1.1.1.5.2 del Decreto 1082 de 2015.

En ese sentido, considerando que el RUP es el documento que constituye plena prueba de la experiencia adquirida por el proponente, es necesario que la experiencia de la sociedad absorbida quedé incorporada en el RUP de la absorbente para que esta pueda acreditarla. Esto implica que la sociedad absorbente haya adelantado el respectivo trámite de actualización o renovación del RUP, en el marco del cual se haya consolidado la transferencia de experiencia.

**2.4. 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[[15]](#footnote-15). 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[[16]](#footnote-16). 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[[17]](#footnote-17)».

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[[18]](#footnote-18) involucra una persona jurídica y no varias como es el caso de la matriz y sus subordinadas[[19]](#footnote-19).

**3. Respuesta**

«En algunas licitaciones se ha permitido acreditar la experiencia a través de las certificaciones de experiencia presentadas por proveedores nominados o empresas del mismo grupo empresarial, pero que NO hacen parte del proponente, como es el caso de los siguientes procesos licitatorios:

Regiotram: LP-EFR-009-2019

Metro de Bogotá: GT-LPI-001-2018

Me gustaría saber bajo qué condiciones la Ley permite acreditar experiencia de proveedores o terceros que no hacen parte del oferente?

Es decir, si se demuestra que no hay suficientes empresas en Colombia que puedan acreditar esa experiencia, sería posible acreditar la misma a través de terceros (que no se presentan a la licitación como oferentes)?»

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.

Así las cosas, debe resaltarse que la experiencia tiene un carácter personal, lo cual significa que esta se obtiene por la participación, con anterioridad, en actividades que le permitieron a alguien conocer cómo ejecutar determinado objeto contractual que la entidad ahora pretende desarrollar; por ende, no es posible adquirir la experiencia si en la práctica no se han ejecutado actividades previas. Precisamente, de la experiencia se deriva el conocimiento del proponente, lo cual es importante para la contratación pública, pues ello garantiza que no habrá improvisación ni mayores costos por errores o dificultades originadas en realizar una actividad por primera vez. Lo anterior, 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.

 Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, el Manual explica que la experiencia puede obtenerse directamente o por participar asociado con otra persona, como es el caso de los proponentes plurales, en cuyo evento la experiencia no deja de ser personal, sino que es proporcional a la participación como miembro de un consorcio o unión temporal. Por tratarse de esquemas asociativos, en estos casos la experiencia es compartida.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Diana Fabiola Herrera Hernández Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Nathalia Andrea Urrego Jiménez Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Nohelia del Carmen Zawady PalacioSubdirectora de Gestión Contractual ANCP – CCE  |

1. 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-1)
2. 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-2)
3. 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-3)
4. Esta conclusión cambió respecto del concepto C – 002 del 20 de febrero de 2020, para adecuarla a un mejor entendimiento de las normas sobre la experiencia. [↑](#footnote-ref-4)
5. Código de Comercio: «Artículo 222. Efectos posteriores a la liquidación de la sociedad. Disuelta la sociedad se procederá de inmediato a su liquidación. En consecuencia, no podrá iniciar nuevas operaciones en desarrollo de su objeto y conservará su capacidad jurídica únicamente para los actos necesarios a la inmediata liquidación. Cualquier operación o acto ajeno a este fin, salvo los autorizados expresamente por la Ley, hará responsables frente a la sociedad, a los asociados y a terceros, en forma ilimitada y solidaria, al liquidador, y al revisor fiscal que no se hubiere opuesto.

»El nombre de la sociedad disuelta deberá adicionarse siempre con la expresión ‘en liquidación’. Los encargados de realizarla responderán de los daños y perjuicios que se deriven por dicha omisión». [↑](#footnote-ref-5)
6. Ver artículos 225 y ss. del Código de Comercio.

 [↑](#footnote-ref-6)
7. 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-7)
8. Ley 222 de 1995: «Artículo 3. Modalidades. Habrá escisión cuando:

»1. Una sociedad sin disolverse, transfiere en bloque una o varias partes de su patrimonio a una o más sociedades existentes o las destina a la creación de una o varias sociedades.

»2. Una sociedad se disuelve sin liquidarse, dividiendo su patrimonio en dos o más partes, que se transfieren a varias sociedades existentes o se destinan a la creación de nuevas sociedades.

»La sociedad o sociedades destinatarias de las transferencias resultantes de la escisión, se denominarán sociedades beneficiarias.

»Los socios de la sociedad escindida participarán en el capital de las Sociedades beneficiarias en la misma proporción que tengan en aquélla, salvo que por unanimidad de las acciones, cuotas sociales o partes de interés representadas en la asamblea o junta de socios de la escindente, se apruebe una participación diferente». [↑](#footnote-ref-8)
9. Código de Comercio: «Artículo 172. Fusión de la sociedad-concepto. Habrá fusión cuando una o más sociedades se disuelvan, sin liquidarse, para ser absorbidas por otra o para crear una nueva.

»La absorbente o la nueva compañía adquirirá los derechos y obligaciones de la sociedad o sociedades disueltas al formalizarse el acuerdo de fusión». [↑](#footnote-ref-9)
10. Código de Comercio: «Artículo 180. Formación de nueva sociedad que continua negocios de la disuelta. Lo dispuesto en esta Sección podrá aplicarse también al caso de la formación de una nueva sociedad para continuar los negocios de una sociedad disuelta, siempre que no haya variaciones en el giro de sus actividades o negocios y que la operación se celebre dentro de los seis meses siguientes a la fecha de disolución». [↑](#footnote-ref-10)
11. Ley 1258 de 2008: «Artículo 33. Fusión abreviada. En aquellos casos en que una sociedad detente más del noventa (90%) de las acciones de una sociedad por acciones simplificada, aquella podrá absorber a esta, mediante determinación adoptada por los representantes legales o por las juntas directivas de las sociedades participantes en el proceso de fusión.

»El acuerdo de fusión podrá realizarse por documento privado inscrito en el Registro Mercantil, salvo que dentro de los activos transferidos se encuentren bienes cuya enajenación requiera escritura pública. La fusión podrá dar lugar al derecho de retiro a favor de los accionistas ausentes y disidentes en los términos de la Ley 222 de 1995, así como a la acción de oposición judicial prevista en el artículo 175 del Código de Comercio.

»El texto del acuerdo de fusión abreviada tendrá que ser publicado en un diario de amplia circulación según lo establece la Ley 222 de 1995, dentro de ese mismo término habrá lugar a la oposición por parte de terceros interesados quienes podrán exigir garantías necesarias y/o suficientes». [↑](#footnote-ref-11)
12. Superintendencia de Sociedades. Oficios 220-072759 del 14 de mayo de 2014, 220-100613 del 14 de julio de 2015, 220-079814 del 31 de agosto de 2015,220-142284 del 15 de julio de 2016, 095721 del 16 de junio de 2020. [↑](#footnote-ref-12)
13. Superintendencia de Sociedades. Oficio 220- 063311 del 6 de abril de 2020. [↑](#footnote-ref-13)
14. 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.

»Los contratos celebrados por consorcios, uniones temporales y sociedades en las cuales el interesado tenga o haya tenido participación, 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-14)
15. 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-15)
16. 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-16)
17. 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-17)
18. 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-18)
19. 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-19)