**SOCIEDADES NUEVAS – Menos de 3 años de constitución – Transferencia – Experiencia – Entre personas jurídicas – Fundaciones**

En el caso de las sociedades con menos de 3 años de constitución, solo es posible transferir o compartir la experiencia de una persona natural o jurídica a otra, en los casos señalados por lo cual no es posible que se acredite la experiencia adquirida por un tercero ̶ que es otra persona diferente a la principal ̶ ya que la experiencia es personal, esto es, de quien la adquirió. Asimismo, 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. Es decir que, la experiencia puede ser aportada a la sociedad nueva por parte de un socio cuya naturaleza sea una persona jurídica.

Bogotá D.C., 31 de Julio de 2023



Señor

**Daniel López**

Bogotá D.C.

**Concepto C – 312 de 2023**

|  |  |
| --- | --- |
| **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 / EXPERIENCIA – Conservación – Sociedades – Menor a 3 años de constitución – Posibilidad de ponderar experiencia de los socios – Porcentaje de participación/ SOCIEDADES POR ACCIONES SIMPLIFICADAS ― Naturaleza jurídica/  SOCIEDADES NUEVAS – Menos de 3 años de constitución – Transferencia – Experiencia – Entre personas jurídicas – Fundaciones/ |
| **Radicación:** | Respuesta a la consulta No. P20230615012360 |

Respetado Señor López,

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 16 de junio de 2023.

**1. Problema planteado**

Usted realiza la siguiente consulta

*“Según el numeral 2.5 del artículo 2.2.1.1.1.5.2 del Decreto 1082 de 2015 las empresas que tengan menos de tres años de constitución pueden acreditar la experiencia de sus socios, accionistas o constituyentes. a ello la carta de presentación también indica la composición accionaria de la empresa, la cual NO difiere de la presentada en el documento certificado y todos los documentos hacen parte integral de la oferta.*

*Pero en el caso de una SAS recién constituida cuyos accionistas son personas*

*jurídicas ESAL u otra SAS, y quiere participar en procesos de contratación como*

*licitaciones y Selecciones abreviadas.*

*1. Puede esta nueva empresa acreditar en el RUP la experiencia de sus accionistas si estos son personas jurídicas?*

*2. Las entidades estatales deben aceptar la experiencia de los accionistas en este caso otras personas jurídicas?”*

**2. Consideraciones**

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente resuelve consultas sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, resolver casos particulares o conceptuar sobre el alcance de normas ajenas a la contratación estatal desborda las atribuciones asignadas por el legislador extraordinario, que no concibió a Colombia Compra Eficiente como una autoridad para solucionar problemas jurídicos particulares de los partícipes de la contratación estatal ni para interpretar el alcance de cualquier norma vigente en el ordenamiento jurídico.

La competencia de esta entidad se fija con límites claros, con el objeto de evitar que la Agencia actúe como una instancia de validación de las actuaciones de las entidades sujetas a la Ley 80 de 1993 o de los demás participantes de la contratación pública[[1]](#footnote-2). Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, brindar asesorías sobre casos puntuales ni interpretar normas ajenas al sistema de compras públicas. Por lo anterior, previo concepto de sus órganos asesores, la solución de estos temas corresponde a la entidad de adoptar la decisión correspondiente y, en caso de conflicto, a las autoridades judiciales, fiscales y disciplinarias.

Sin perjuicio de lo anterior, la Subdirección de Gestión Contractual, dentro de los límites de sus atribuciones, resolverá la consulta de forma general conforme a las normas generales del sistema de compras y contratación pública. Con este objetivo se analizarán los siguientes temas: i) aproximación general al concepto de experiencia en la contratación pública; ii) acreditación de experiencia de socios por parte de sociedades con menos de tres años de constitución y la posibilidad de ponderar la experiencia transferida por los socios en función de su porcentaje participación; y iii) clasificación de las sociedades comerciales. Naturaleza jurídica de las Sociedades por Acciones Simplificadas SAS.

Sobre la acreditación de experiencia de socios por parte de sociedades con menos de tres años de constitución, la Agencia Nacional de Contratación Pública ― Colombia Compra Eficiente se ha pronunciado en los Conceptos 4201913000006797 del 19 de noviembre de 2019, C-025 del 16 de marzo de 2020, C-051 del 2 de marzo de 2020, C-113 del 25 de marzo de 2020, C-165 del 1 de abril de 2020, C-233 del 16 de abril de 2020, C-350 del 1° de junio 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-584 de 31 de agosto 2020, C-619 de 21 de septiembre 2020, C-662 del 9 de noviembre de 2020, C-710 del 9 de diciembre de 2020, C-717 del 10 de diciembre de 2020, C-729 del del 11 de diciembre de 2020, C-008 del 15 de febrero de 2021, C-103 del 24 de marzo de 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-474 del 6 de septiembre de 2021, C-589 del 19 de octubre de 2021, C-608 del 29 de octubre de 2021, C-696 del 31 de diciembre de 2021, C-725 del 25 de enero de 2022, C-034 del 2 de marzo de 2022, C-144 del 1° de abril de 2022, C-239 del 26 de julio de 2022, C-324 del 19 de mayo de 2022, C-447 del 19 de julio de 2022, C-456 del 15 de julio de 2022, C-592 del 20 de septiembre de 2022, C-623 del 29 de septiembre de 2022, C-837 del 6 de diciembre de 2022, C-841 del 6 de diciembre de 2022, C-929 del 30 de diciembre de 2022, C-128 del 18 de mayo de 2023, C-146 de 13 de junio de 2023 y C- 261 de 13 de julio de 2023, entre otros[[2]](#footnote-3).

Finalmente, la Agencia se pronunció sobre la naturaleza jurídica de las Sociedades por Acciones Simplificadas en concepto C-028 de febrero de 2022 y C-303 de 26 de julio de 2023. La tesis expuesta en dichos conceptos se reitera a continuación y se complementa en lo pertinente.

* 1. **Aproximación general al concepto de experiencia en la contratación pública**

El artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 establece los requisitos habilitantes para participar en un procedimiento contractual, dentro de los cuales se destaca la experiencia. El 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[[3]](#footnote-4). Con los matices requeridos para la aplicación de los documentos tipo, 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[[4]](#footnote-5).

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–[[5]](#footnote-6), 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 plena prueba, sin que la entidad o el proponente puedan solicitar o aportar otra documentación[[6]](#footnote-7).

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[[7]](#footnote-8). 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.

Por lo demás, 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 sobre lo que las entidades pueden hacer para establecerlos. En relación con la experiencia, el Manual se centra en su carácter personal, lo cual significa que la experiencia se obtiene en razón a la participación, con anterioridad, en actividades que le permitieron conocer cómo ejecutar determinado objeto contractual, que la entidad ahora pretende desarrollar[[8]](#footnote-9).

Lo anterior es determinante, porque no es posible tener experiencia si en la práctica no se han ejecutado actividades similares previas; y precisamente de la experiencia se deriva el conocimiento del proponente, y para la contratación pública es importante, 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, 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, donde por tratarse de 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, lo que ayuda a que exista pluralidad de oferentes. Finalmente, para dar respuesta a la pregunta No. 1 de su consulta, pueden extraerse cuatro (4) conclusiones relevantes frente a 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 que le hayan compartido a una persona se entienda suya, ya que dentro del procedimiento contractual se reflejará que esa persona tiene la experiencia de otra, como es el caso de la que le aportan los socios a las sociedades con menos de 3 años de constitución, lo cual constará en el RUP; o de las figuras asociativas ̶ consorcios y uniones temporales ̶ que se verificará en el documento privado de constitución.

iii) La experiencia se puede *transferir*, y 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 algunas figuras y reformas estatutarias como la transformación, fusión o escisión.

iv) Solo es posible transferir o compartir la experiencia de una persona natural o jurídica a otra, en los casos señalados en los numerales anteriores, por lo cual no es posible que se acredite la experiencia adquirida por un tercero ̶ que es otra persona diferente a la principal ̶ sin que se relacione con lo establecido, ya que la experiencia es personal, esto es, de quien la adquirió. Asimismo, 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. Es decir que, la experiencia puede ser aportar a la sociedad nueva por parte de un socio cuya naturaleza sea una persona jurídica.

No obstante, las entidades estatales son autónomas en la estructuración de sus procedimientos contractuales, por lo cual en sus pliegos de condiciones pueden establecer una regla de acreditación de la experiencia que permita que el proponente incluya la de otras personas o terceros para cumplir el requisito habilitante. Lo anterior, salvo que se trate de objetos contractuales regidos por documentos tipo, evento en el cual las reglas relativas a la experiencia exigida y a la forma de acreditación están allí previstas.

Ahora, el RUP fue creado por el artículo 6 de la Ley 1150 de 2007 y constituye 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[[9]](#footnote-10), 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.

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, y los contratos que tengan por objeto la adquisición de productos de origen o destinación agropecuaria que se ofrezcan en bolsas de productos legalmente constituidas. De igual forma, están exceptuados 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. 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 el 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 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 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 contenidos en el Registro Único de Proponentes.

* 1. **Acreditación de experiencia de socios por parte de sociedades con menos de tres años de constitución. Posibilidad de pondera la experiencia transferida por los socios en función de su porcentaje participación.**

La Ley 1150 de 2007, en el artículo 5, establece 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. Esto 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 dicho registro constará la información relacionada con la experiencia, capacidad jurídica, financiera y de organización del proponente y su clasificación. Frente al requisito habilitante de experiencia, en el “*Manual para determinar y verificar requisitos habilitantes en los procesos de contratación”[[10]](#footnote-11)* expedido por esta Agencia, 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, establece 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[[11]](#footnote-12).

El numeral 2.5[[12]](#footnote-13) 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 ser entendida como 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 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.

Asimismo, esta Agencia ha indicado que la persona jurídica que tenga más de tres años de constituida y haya registrado inicialmente la experiencia de sus socios en el RUP ―pues su constitución era inferior a tres años― y este es renovado, puede continuar utilizando la experiencia inscrita mientras no cesen los efectos del RUP. Por el contrario, si el RUP no es renovado y la persona jurídica supera los tres años de constituida, la experiencia que registró de sus socios no puede ser inscrita nuevamente puesto que el RUP ha cesado sus efectos y la cámara de comercio tiene que hacer nuevamente la verificación documental de la información presentada al momento de inscribirse en el registro.

Igualmente, se ha reiterado que la finalidad del numeral 2.5 del artículo 2.2.1.1.1.5.2 del Decreto 1082 de 2015 es incentivar la libre competencia y la pluralidad de oferentes en la contratación estatal. Adicionalmente, el Decreto 1082 de 2015 establece que la persona inscrita en el RUP debe presentar la información para renovar su registro a más tardar el quinto día hábil del mes de abril de cada año, de lo contrario cesan sus efectos[[13]](#footnote-14). En la actualidad, las cámaras de comercio solo pueden eliminar la experiencia registrada en el RUP a solicitud del proponente, por tanto, les corresponde a las personas jurídicas mantener su RUP actualizado y a las entidades estatales verificar el RUP para efectos de evaluar la experiencia.

En otras palabras, si la persona jurídica con menos de tres años de constituida registra la experiencia de sus socios en el RUP, y éste es renovado, puede continuar utilizando la experiencia inscrita mientras no cesen los efectos del RUP. Por el contrario, si no se renueva y la persona jurídica supera los tres años de constituida, la experiencia que registró de sus socios no puede ser inscrita nuevamente, puesto que el RUP ha cesado sus efectos y la cámara de comercio tiene que hacer nuevamente la verificación documental de la información presentada al momento de inscribirse en el registro.

Lo anterior, tiene fundamento en la Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio, en el numeral 4.2, sobre el procedimiento para llevar el Registro Único de Proponentes, que establece:

“4.2.5. Vigencia de los documentos. Para efectos de renovación y actualización se considera que los documentos no pierden su vigencia salvo disposición legal en contrario. Por lo anterior, las Cámaras de Comercio no podrán abstenerse de realizar la inscripción argumentando el vencimiento de los documentos de soporte”.

Así las cosas, con el fin de incentivar la participación continúa y constante de los proponentes, las entidades estatales, en sus procesos de contratación, aceptarán como válida la experiencia de los socios, accionistas o constituyentes incluso después de cumplidos los tres años de constitución de la sociedad, pues esta interpretación permite incentivar la creación de empresa y generar una mayor participación de las empresas recién constituidas.

En este sentido, si bien la norma no dispone qué sucede con la experiencia aportada por los socios, accionistas o constituyentes, después de los 3 años de constituida la persona jurídica, para esta Subdirección sigue siendo válida, por lo que la entidad la debe tener en cuenta. De esta forma se garantiza la pluralidad de oferentes en los procesos de contratación.

En línea con lo anterior, el numeral 2.5. del artículo 2.2.1.1.1.5.2 del Decreto 1082 de 2015 consagra, como se dijo, una prerrogativa para las sociedades nuevas, que busca fomentar la competencia de las mismas en el campo de la contratación estatal, sin establecer limitantes en relación con las entidades o procesos de contratación en los que las personas jurídicas con menos de 3 años de constitución pueden acreditar la experiencia transferida por sus socios en virtud de la referida prerrogativa.

Por tanto, en atención al principio general de interpretación según el cual donde el legislador no distingue no le es dado hacerlo al interprete, el hecho de que una sociedad con menos de 3 años de constitución haya hecho uso de la referida prerrogativa en determinado proceso de contratación o entidad, no excluye la posibilidad de que dicha sociedad siga haciendo uso del beneficio en otros procesos de contratación adelantados por otras entidades, incluso una vez vencidos los 3 años de constitución, siempre que no hayan cesado los efectos del RUP por el incumplimiento del deber de renovación.

Lo anterior implica que, una vez en firme la inscripción, actualización o renovación en el marco del cual una sociedad con menos de tres años de constitución presenta certificados de experiencia adquirida por sus socios o constituyentes, de acuerdo con el numeral 2.5 del artículo 2.2.1.1.1.5.2 del Decreto 1082 de 2015, dicha experiencia queda consolidada en el RUP de la persona jurídica quien por el efecto de la prerrogativa podrá acreditar esa experiencia como propia, mientras no cesen los efectos del RUP por su no renovación. De esta manera la experiencia inscrita de acuerdo con la referida prerrogativa podrá ser acreditada en procesos de selección mediante el respectivo RUP, con efectos de plena prueba de las circunstancias de las que en el constan.

# 2.3. Clasificación de las sociedades comerciales. Naturaleza jurídica de las Sociedades por Acciones Simplificadas

La legislación mercantil, concretamente, el Código de Comercio, identifica varios tipos de *sociedades comerciales* que pueden constituirse para desarrollar actividades de esta índole, estableciendo el régimen general de las personas jurídicas, delimitando sus particularidades y los principios que rigen el contrato de sociedad. Al respecto, resultan relevantes los artículos 98 y 100, de conformidad con los cuales, respectivamente: i) existe contrato de *sociedad comercial* cuando dos o más personas aportan dinero, trabajo u otro bien, con el fin de repartirse las utilidades[[14]](#footnote-15); y ii) se entiende que son comerciales las sociedades creadas para ejecutar actos o empresas mercantiles[[15]](#footnote-16).

Sobre el primer aspecto, es necesario tener en cuenta que, como regla general, las sociedades requieren un número plural de socios –regla que perdió carácter absoluto, dada la posible existencia sociedades unipersonales–; además, cada socio debe hacer aportes a la sociedad; y los socios deben tener ánimo de lucrarse con el desarrollo de la actividad que constituya el objeto social, que en este caso se representa en la vocación de repartir utilidades. De esta manera, se trata de elementos y requisitos necesarios para que exista el contrato de sociedad y, por tanto, de la sociedad comercial.

En relación con el segundo aspecto citado, lo propio de las sociedades comerciales es realizar actos de comercio o empresas mercantiles, de ahí que el inciso primero del artículo 100 del Código de Comercio establezca que “se tendrán como comerciales, para todos los efectos legales, las sociedades que se formen para la ejecución de actos o empresas mercantiles. Si la empresa social comprende actos mercantiles y actos que no tengan esa calidad, la sociedad será comercial”.

Las normas indicadas se encuentran en el Libro Segundo del Código de Comercio, que se ocupa “De las Sociedades Comerciales”, y regula las siguientes materias: el contrato de sociedad, la constitución y prueba de la sociedad comercial, los aportes de los asociados, las utilidades sociales, las reformas del contrato social, la transformación y fusión de las sociedades, la asamblea y junta de socios o administradores, el revisor fiscal, la disolución de la sociedad, la liquidación del patrimonio social, las matrices, subordinadas y sucursales, la inspección y vigilancia de las sociedades, los balances y finalmente –lo que más interesa para este concepto– las clases o tipos de sociedades: colectiva, en comandita –simple y por acciones–, de responsabilidad limitada, anónima, de economía mixta, extranjeras, mercantiles de hecho y cuentas en participación.

Los tipos o clases de sociedades comerciales citadas –entre otras, reguladas en leyes especiales; y algunas atípicas, pues en el Código de Comercio no están todas las sociedades que se pueden constituir– se agrupan u organizan, doctrinaria y jurisprudencialmente en i) sociedades de capital y ii) sociedades de personas. Sin embargo, el Código de Comercio no establece positivamente esta clasificación, pese a que su vigencia y validez es indiscutida en el ámbito mercantil.

Sin embargo, esta clasificación no es la única posible. La doctrina del derecho comercial, tanto nacional como extranjera, propone otras, atendiendo a diversos aspectos o características de las sociedades. Por ejemplo, la categorización citada antes atiende a la relevancia que tienen los socios o el capital en las sociedades; pero para otros autores el factor determinante de la clasificación son las cuotas en las que se divide el capital – sociedades de partes de interés, sociedades por cuotas y sociedades por acciones–; otros las clasifican según la nacionalidad –nacionales y extranjeras–, o según el sector del que forman parte –privado o público–, entre otros criterios[[16]](#footnote-17).

De las clasificaciones propuestas, es bastante generalizada y aceptada aquella que las divide en “sociedades de personas” y “sociedades de capital”. Ocasionalmente algunas normas del ordenamiento jurídico la usan para los efectos que estiman pertinentes. En este sentido, profundizando esta clasificación, las últimas se caracterizan porque lo más importante son los aportes económicos, es decir, las acciones y no las personas *–intuitus rei–,* porque no importa mucho de quién sean las acciones[[17]](#footnote-18). En cambio, las sociedades de personas se caracterizan porque quienes las conforman –los socios– determinan la existencia de la sociedad, usualmente representadas en personas que se conocen y tienen relación entre sí *–intuitus personarum–[[18]](#footnote-19).* No obstante, en ambos casos existen socios y además se necesita capital o aportes, solo que –dependiendo de la clasificación–la relevancia se sitúa en uno de los dos elementos.

Al grupo de las *“sociedades de personas”* pertenecen, por ejemplo, las sociedades colectivas y en comandita simple. Al grupo de las *“sociedades de capital”* pertenecen, por ejemplo, las sociedades anónimas, las sociedades en comandita por acciones y las sociedades por acciones simplificadas –SAS–. Lo anterior sin desconocer que la clasificación no siempre es pacífica, toda vez que, aunque frente a algunas de ellas coincide la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia, frente a algunas de ellas hay un fuerte debate, como sucede con las sociedades limitadas.

Incluso, parte de la doctrina del derecho comercial estima que en esta clasificación cabe un tipo mixto: “*sociedades de naturaleza mixta*”, que corresponden a aquellas donde las acciones o el capital es tan importante como las personas que conforman la sociedad, complejizando esta clasificación, como es el caso de las sociedades de responsabilidad limitada.

No obstante, la dificultad que ofrezca la clasificación que se adopte, para organizar la pertenencia de cada sociedad al respectivo grupo, en cualquiera de los casos debe estarse ante “sociedades”, es decir, ante sujetos u organizaciones que forman una persona jurídica distinta de los socios que la conforman, como lo dispone el artículo 98 del Código de Comercio: “Por el contrato de sociedad dos o más personas se obligan a hacer un aporte en dinero, en trabajo o en otros bienes apreciables en dinero, con el fin de repartirse entre sí las utilidades obtenidas en la empresa o actividad social”.

Ahora bien, sin perjuicio de las discusiones doctrinarias, según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, las sociedades comerciales se clasifican en dos grandes categorías: sociedades de capital y sociedades de personas. Al respecto la Corte Constitucional, en sentencia C-831 de 2010, señaló: “Desde el punto de vista de la legislación mercantil, las sociedades pueden revestir distintas formas. Dos grandes categorías societarias son: i) las sociedades de personas, por aportes o cuotas, que comprenden a las limitadas, sociedades en comandita simple, colectivas y empresas unipersonales y, por otro lado, ii) las sociedades de capital o por acciones, entre las que se encuentran: las anónimas, simplificadas por acciones (SAS), y comanditarias por acciones”. De acuerdo con el artículo 3 de la Ley 1258 de 2008, la S.A.S. es una sociedad de capitales cuya naturaleza será siempre comercial, independientemente de las actividades previstas en su objeto social.

**3. Respuesta:**

*“Según el numeral 2.5 del artículo 2.2.1.1.1.5.2 del Decreto 1082 de 2015 las empresas que tengan menos de tres años de constitución pueden acreditar la experiencia de sus socios, accionistas o constituyentes. a ello la carta de presentación también indica la composición accionaria de la empresa, la cual NO difiere de la presentada en el documento certificado y todos los documentos hacen parte integral de la oferta.*

*Pero en el caso de una SAS recién constituida cuyos accionistas son personas*

*jurídicas ESAL u otra SAS, y quiere participar en procesos de contratación como*

*licitaciones y Selecciones abreviadas.*

1. *Puede esta nueva empresa acreditar en el RUP la experiencia de sus accionistas si estos son personas jurídicas?*

*2. Las entidades estatales deben aceptar la experiencia de los accionistas en este caso otras personas jurídicas?”*

Para dar respuesta a las preguntas objeto de su consulta, pueden extraerse cuatro (4) conclusiones relevantes frente a 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 que le hayan compartido a una persona se entienda suya, ya que dentro del procedimiento contractual se reflejará que esa persona tiene la experiencia de otra, como es el caso de la que le aportan los socios a las sociedades con menos de 3 años de constitución, lo cual constará en el RUP; o de las figuras asociativas ̶ consorcios y uniones temporales ̶ que se verificará en el documento privado de constitución.

iii) La experiencia se puede *transferir*, y 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 algunas figuras y reformas estatutarias como la transformación, fusión o escisión.

Conforme con lo expuesto, en el caso de las sociedades con menos de 3 años de constitución, **solo es posible transferir o compartir la experiencia de una persona natural o jurídica a otra, en los casos señalados por lo cual no es posible que se acredite la experiencia adquirida por un tercero ̶ que es otra persona diferente a la principal ̶ ya que la experiencia es personal, esto es, de quien la adquirió. Asimismo, 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. Es decir que, la experiencia puede ser aportada a la sociedad nueva por parte de un socio cuya naturaleza sea una persona jurídica**.

No obstante, las entidades estatales son autónomas en la estructuración de sus procedimientos contractuales, por lo cual en sus pliegos de condiciones pueden establecer una regla de acreditación de la experiencia que permita que el proponente incluya la de otras personas o terceros para cumplir el requisito habilitante. Lo anterior, salvo que se trate de objetos contractuales regidos por documentos tipo, evento en el cual las reglas relativas a la experiencia exigida y a la forma de acreditación están allí previstas.

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

Atentamente,

Texto

Descripción generada automáticamente

|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Nina María Padrón Ballestas  Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Juan David Cárdenas Cabeza  Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual  Gabriel Mendoza  Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Nohelia del Carmen Zawady Palacio  Subdirectora de Gestión Contractual ANCP-CCE |

1. La Agencia Nacional de Contratación Pública ‒ Colombia Compra Eficiente fue creada por el Decreto Ley 4170 de 2011. Su objetivo es servir como ente rector de la política de compras y contratación del Estado. Para tales fines, como órgano técnico especializado, le corresponde formular políticas públicas y normas y unificar los procesos de contratación estatal, con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado. El artículo 3 *ibidem* señala, de manera precisa, las funciones de Colombia Compra Eficiente. Concretamente, el numeral 5º de este artículo establece que le corresponde a esta entidad: “[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública”. Seguidamente, el numeral 8º del artículo 11 ibidem señala que es función de la Subdirección de Gestión Contractual: “[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general”. [↑](#footnote-ref-2)
2. Los conceptos referenciados, así como otros expedidos por la Subdirección se encuentran disponibles para consulta pública en el portal de relatoría de la Agencia, al cual se puede acceder a través del siguiente enlace: [https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos](https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos%20) [↑](#footnote-ref-3)
3. 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-4)
4. 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-5)
5. 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-6)
6. 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-7)
7. 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-8)
8. 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-9)
9. Corte Constitucional. Sentencia C - 259 del 11 de marzo 2008. M.P. Jaime Córdoba Triviño. [↑](#footnote-ref-10)
10. Ver en línea: <https://colombiacompra.gov.co/manuales-guias-y-pliegos-tipo/manuales-y-guias/manual-para-determinar-y-verificar-los-requisitos> [↑](#footnote-ref-11)
11. “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-12)
12. “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-13)
13. En el marco del Estado de emergencia económica, social y ecológica declarado por el Gobierno Nacional a través del Decreto 417 de 2020, a causa de la pandemia mundial desatada por el virus del Covid 19, se expidió el Decreto 434 de 2020 el cual dispone lo siguiente: “Artículo 2°. Renovación del Registro Único de Proponentes. Las personas naturales y jurídicas, nacionales o extranjeras, con domicilio en Colombia, interesadas en participar en Procesos de Contratación convocados por las entidades estatales, deben estar inscritas en el RUP, salvo las excepciones previstas de forma taxativa en la ley. Las personas inscritas en el RUP deben presentar la información para renovar su registro a más tardar el quinto día hábil del mes de julio de 2020”. [↑](#footnote-ref-14)
14. “Art. 98. Por el contrato de sociedad dos o más personas se obligan a hacer un aporte en dinero, en trabajo o en otros bienes apreciables en dinero, con el fin de repartirse entre sí las utilidades obtenidas en la empresa o actividad social.

    “ La sociedad, una vez constituida legalmente. forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados”. [↑](#footnote-ref-15)
15. “Art. 100. Se tendrán como comerciales. para todos los efectos legales las sociedades que se formen para la ejecución de actos o empresas mercantiles. Si la empresa social comprende actos mercantiles y actos que no tengan esa calidad, la sociedad será comercial. Las sociedades que no contemplen en su objeto social actos mercantiles serán civiles.

    “Sin embargo, cualquiera que sea su objeto. las sociedades comerciales y civiles estarán sujetas, para todos los efectos, a la legislación mercantil”. [↑](#footnote-ref-16)
16. BARRERO BUITRAGO, Álvaro. Manual para el establecimiento de sociedades. 4ª edición. Bogotá: Ed. Librería del Profesional. 2006, p. 45-49. [↑](#footnote-ref-17)
17. Para José Ignacio Narváez en las sociedades de capital “[...] una vez efectuados los aportes, los asociados pasan la penumbra y son inadvertidos o carecen de importancia para los terceros, en razón de que solamente responden hasta concurrencia de sus respectivas aportaciones [...] y por tal virtud de la ley de circulación propia de las acciones, los accionistas de hoy pueden ser distintos de los de ayer y de los de mañana” (NARVÁEZ GARCÍA, José Ignacio. Teoría General de las Sociedades. Bogotá: Ed. Legis. 1998. p. 74). [↑](#footnote-ref-18)
18. Para el mismo autor citado antes “En las de personas los socios se conocen y cada uno es el punto de referencia de los demás consocios, por la confianza recíproca que existe entre ellos. Se forma intuitus personarum, es decir, por razón de las personas o en consideración a ellas, elemento que tiene importancia para los terceros, porque frente a ellos se obliga no solo la persona jurídica sino también los socios [...], y para que un socio pueda transferir o ceder su parte de interés en la sociedad a un tercero, se exige el consentimiento de los demás socios”. (Ibid., p. 73-74). [↑](#footnote-ref-19)