**TERMINACIÓN UNILATERAL – Cláusula excepcional – Finalidad**

[…] las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, el numeral 2 del mencionado artículo 14 regula su ejercicio en atención al tipo de contrato de que se trate. En la exposición de motivos de la Ley 80 de 1993 se establece que la administración debe estar dotada de mecanismos eficaces, así fueren excepcionales, que contribuyan a la adecuada realización de la finalidad contractual y de los fines estatales. Es por eso que cuando se presenten circunstancias que amenacen la paralización de los servicios, las entidades públicas pueden tomar medidas que conduzcan a garantizar la continua y adecuada prestación del servicio, con fundamento en la prevalencia del interés público sobre el particular.

En este sentido, los motivos aducidos por la entidad estatal para ejercer las cláusulas excepcionales deben ser graves, ya que no cualquier hecho puede provocarla pues son inescindibles al interés general, sin que se pueda desconocer las compensaciones e indemnizaciones a que tendrán derecho las personas objeto de tales medidas, traducida en la contraprestación necesaria para mantener la igualdad contractual.

 En lo atinente a la terminación unilateral del contrato, si bien la ley otorga a las entidades públicas la potestad de actuar en ejercicio de una faculta exorbitante, les impone el cumplimiento de presupuestos de forzosa aplicación y a la vez restringe la medida a los eventos previstos en la misma. Efectivamente, para declarar la terminación unilateral se requiere i) que la manifestación de la voluntad de la administración se materialice en un acto administrativo, ii) que dicho acto debe ser el resultado de un análisis soportado en la realidad del contrato, es decir, debe estar debidamente motivado y iii) que la causal que se alegue en la decisión se encuentre enmarcada en los eventos que la ley ha dispuesto.

**DISOLUCIÓN DEL CONTRATISTA – Causal de terminación unilateral del contrato**

Esta causal se explica, tanto para la persona natural como para la persona jurídica, por la naturaleza *intuito personae* del contrato estatal, según lo previsto en el inciso tercero del artículo 41 de la Ley 80 de 1993. Por ello, ante la muerte o discapacidad permanente de la persona natural o ante la disolución de la persona jurídica, resulta lógico que las calidades que determinaron la escogencia del contratista desaparecen y, las mismas, no se trasmiten a sus herederos o causahabientes.

Con todo, en aplicación del derecho civil, la muerte de una persona natural puede implicar la apertura de un proceso de sucesión, mediante el cual se transmiten todos los derechos y obligaciones que estaban a nombre del causante, es decir, si el causante tenía un contrato vigente al momento de fallecer, esta posición podría llegar a ser ocupada por sus herederos, si cumplen con las condiciones necesarias para ejecutar el contrato.

**REFORMAS SOCIETARIAS – Disolución – Liquidación – Nociones e implicaciones**

De conformidad con los artículos 98 y ss del Código de Comercio, quizá el principal efecto de un contrato de sociedad es el surgimiento de una persona jurídica distinta de la de los socios, una vez se cumplen las formalidades requeridas para su constitución. La naturaleza de estas personas jurídicas, así como los atributos que la definen, se encuentra condicionada por las estipulaciones sociales, las cuales deben definir el objeto social, el tipo societario, la conformación del capital social, entre otros aspectos que pueden ser materia de reformas sociales que, dependiendo de su tipología, pueden tener incidencia en la existencia de la sociedad y los compromisos adquiridos por esta.

Para comprender con claridad el alcance de las distintas reformas estatutarias de las que pueden ser objeto las sociedades comerciales, así como para comprender sus efectos en la adjudicación y ejecución de contratos estatales, es necesario comenzar por distinguir los conceptos “disolución” y “liquidación”. Tales expresiones designan efectos que derivan de la aplicación de las figuras y reformas estatutarias, que tienen incidencia en la titularidad de las obligaciones de la sociedad y en la acreditación de experiencia.

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 , como las figuras y reformas estatutarias que se verán a continuación.. 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 .

**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.

Bogotá D.C., [Día] de [Mes.NombreCapitalizado] de [Año]

Señora

**María Camila Ruiz Galvis**

Bogotá D.C.

 **Concepto C ‒ 005 de 2024**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO – Causales / TERMINACIÓN UNILATERAL – Ley 80 de 1993 – Artículo 17 – Numeral 2 – Disolución del contratista / EXPERIENCIA – Concepto – Carácter personal / EXPERIENCIA – Transferencia / REFORMAS SOCIETARIAS – Disolución – Liquidación – Nociones e implicaciones / REFORMAS SOCIETARIAS – Tipos – Transformación – Escisión – Fusión / REFORMAS SOCIETARIAS – Efectos – Transferencia patrimonial en bloque – Ejecución de contratos estatales |
| **Radicación:**  | Respuesta a consultas acumuladas P20240103000041 y P20240110000213 |
|  |  |

Estimada señora María Camila:

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 3 de enero de 2024.

1. **Problema planteado**

Usted realiza las siguientes preguntas:

“1. ¿Es posible bajo los supuestos de hecho señalados arriba que la experiencia de la sociedad A en la ejecución del contrato estatal, trasladado a la sociedad B en virtud de la fusión, pueda ser transferida a su vez a la sociedad C en virtud de la escisión?

2. En igual sentido ¿es posible que los derechos y obligaciones del contrato estatal suscrito por la sociedad A, transferidos a la sociedad B en virtud de la fusión, sean a su vez transferidos a la sociedad C en virtud de la escisión?

3. Si la respuesta al anterior interrogante es positiva, ¿puede concluirse entonces que tanto la sociedad A, como la B y la C serían titulares de los derechos y obligaciones derivadas del contrato estatal? Entiéndase como derechos económicos, obligaciones de ejecución, liquidación, responsabilidades frente a incumplimientos, etc.

4. Si la respuesta al interrogante 2 es negativa, ¿se entiende entonces que solamente la sociedad B es la titular de los derechos y obligaciones derivadas del contrato estatal cuyos derechos adquirió en virtud de la fusión celebrada? (Entiéndase como derechos económicos, obligaciones de ejecución, liquidación, responsabilidades frente a incumplimientos, etc.) y que en consecuencia ¿tales derechos y obligaciones no pueden ser transferidos a través de una escisión? […]” (sic)

1. **Consideraciones**

En ejercicio de las competencias establecidas en los artículos 3, numeral 5 y 11, numeral 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) terminación unilateral del contrato estatal por muerte o incapacidad física permanente del contratista persona natural, o por disolución de la persona jurídica del contratista; ii) noción de experiencia; ii) aproximación general al concepto de experiencia en la contratación pública; y iii) efectos de las reformas estatutarias en las personas jurídicas contratistas respecto de la acreditación de experiencia y ejecución de contratos.

La Agencia Nacional de Contratación Pública ‒ Colombia Compra Eficiente, estudió el tema de experiencia y su noción 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, C-569 del 13 de septiembre de 2022 y C-820 del 29 de noviembre de 2022 ente otros[[1]](#footnote-2). Las tesis desarrolladas en estos conceptos se reiteran a continuación y se complementan en lo pertinente.

**2.1. Terminación unilateral del contrato estatal por muerte o incapacidad física permanente del contratista persona natural o por disolución de la persona jurídica del contratista**

El artículo 3 de la Ley 80 de 1993 dispone que en la celebración de los contratos y en la ejecución de los mismos, las entidades y los servidores públicos deben tener en cuenta el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines. Los particulares, por su parte, también deben contribuir al logro y satisfacción del interés general, cumpliendo de esta forma una función social en desarrollo de sus obligaciones contractuales como colaboradores del Estado.

Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, en el marco de lo señalado en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 y con el único objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación de los mismos, dichas entidades podrán interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos contenidas, introducir modificaciones a lo pactado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado. Es decir, las entidades estatales pueden usar estas potestades “[…] como manifestación de su *imperium* o poder de Estado, que se concreta en el poder jurídico para imponer coactivamente su voluntad, lo cual debe matizarse, dado que estás prerrogativas solo podrán ser ejercidas en las situaciones en las situaciones de hecho previamente establecidas por la ley y dentro de los limites señalados por la misma”[[2]](#footnote-3).

  En lo relacionado con las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, el numeral 2 del mencionado artículo 14 regula su ejercicio en atención al tipo de contrato de que se trate. En la exposición de motivos de la Ley 80 de 1993[[3]](#footnote-4) se establece que la administración debe estar dotada de mecanismos eficaces, así fueren excepcionales, que contribuyan a la adecuada realización de la finalidad contractual y de los fines estatales. Es por eso que cuando se presenten circunstancias que amenacen la paralización de los servicios, las entidades públicas pueden tomar medidas que conduzcan a garantizar la continua y adecuada prestación del servicio, con fundamento en la prevalencia del interés público sobre el particular.

En este sentido, los motivos aducidos por la entidad estatal para ejercer las cláusulas excepcionales deben ser graves, ya que no cualquier hecho puede provocarla pues son inescindibles al interés general, sin que se pueda desconocer las compensaciones e indemnizaciones a que tendrán derecho las personas objeto de tales medidas, traducida en la contraprestación necesaria para mantener la igualdad contractual.

  En lo atinente a la terminación unilateral del contrato, si bien la ley otorga a las entidades públicas la potestad de actuar en ejercicio de una faculta exorbitante, les impone el cumplimiento de presupuestos de forzosa aplicación y a la vez restringe la medida a los eventos previstos en la misma. Efectivamente, para declarar la terminación unilateral se requiere i) que la manifestación de la voluntad de la administración se materialice en un acto administrativo, ii) que dicho acto debe ser el resultado de un análisis soportado en la realidad del contrato, es decir, debe estar debidamente motivado y iii) que la causal que se alegue en la decisión se encuentre enmarcada en los eventos que la ley ha dispuesto.

  El artículo 17 de la Ley 80 de 1993 establece expresamente en que eventos procede la terminación unilateral del contrato. Al efecto, la norma establece las siguientes causales:

“Artículo 17. De la terminación unilateral**.** La entidad en acto administrativo debidamente motivado dispondrá la terminación anticipada del contrato en los siguientes eventos:

1o. Cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga.

*2o. Por muerte o incapacidad física permanente del contratista, si es persona natural, o por disolución de la persona jurídica del contratista.*

  3o. Por interdicción judicial o declaración de quiebra del contratista.

  4o. Por cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato.

  Sin embargo, en los casos a que se refieren los numerales 2o. y 3o. de este artículo podrá continuarse la ejecución con el garante de la obligación.

  La iniciación de trámite concordatario no dará lugar a la declaratoria de terminación unilateral. En tal evento la ejecución se hará con sujeción a las normas sobre administración de negocios del deudor en concordato. La entidad dispondrá las medidas de inspección, control y vigilancia necesarias para asegurar el cumplimiento del objeto contractual e impedir la paralización del servicio.” [Énfasis fuera de texto]

Esta figura no tiene como finalidad sancionar al contratista sino que se encuentra dirigida a evitar la paralización del contrato estatal y garantizar su correcta ejecución. La doctrina ha considerado que “[…] el artículo 17 de la Ley 80 de 1993 consagra, en virtud del principio de legalidad regente para toda la actividad administrativa, la potestad de las entidades estatales de finiquitar la relación contractual con su contratista a partir de la configuración de cualquiera de las causales expresadas en dicha norma […]”[[4]](#footnote-5). En igual sentido lo ha reconocido el Consejo de Estado al poner de presente que:

“Según los explícitos dictados de la referida Ley 80, es claro que dicha forma de terminación unilateral tiene *“(...) el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo* [se refiere a la entidad estatal contratante] *y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación (...)”* de los mismos.

Esta modalidad de terminación unilateral únicamente puede tener aplicación respecto de aquellos específicos contratos estatales señalados en el numeral 2o del artículo 14 de la Ley 80, esto es: *a) “en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal”; b)* en los contratos que tengan por objeto *“la prestación de servicios públicos”; c)* en los contratos que tengan por objeto *“la explotación y concesión de bienes del Estado”* y *d) “en los contratos de obra”*, en cuanto en todos ellos resulta imperativa la inclusión de la cláusula excepcional de terminación unilateral; así́ mismo podría aplicarse en aquellos *f) “contratos de suministro”* y *g)* contratos *“de prestación de servicios”,* en los cuales se hubiere incluido expresamente esa cláusula excepcional, comoquiera que en estos dos (2) últimos dicha estipulación resulta facultativa y, por tanto, se encuentra expresamente autorizada por la ley su inclusión.

Tal como lo ordena el inciso 2o del numeral 1o del citado artículo 14 de la Ley 80, cada vez que una entidad estatal ejerza esta potestad excepcional de terminación unilateral *“(...) deberá́ procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensación e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial”.*

El aspecto que se acaba de destacar pone de manifiesto que esta especie o modalidad de terminación unilateral de los contratos estatales no comporta la imposición de sanción alguna y, por tanto, a partir de su ejecutoria no se genera inhabilidad alguna en relación con el contratista afectado, lo cual, además, encuentra explicación suficiente en las causales, expresamente consagradas en la ley, que dan lugar a su aplicación.”[[5]](#footnote-6)

Conforme a lo anterior, la terminación unilateral del contrato es una prerrogativa excepcional que, lejos de fungir como un acto represivo contra el contratista o en contra de la ejecución del contrato mismo, constituye una herramienta cuyo fin exclusivo es el de lograr el cabal cumplimiento de los cometidos estatales. En todo caso, el ejercicio de esta potestad supone el reconocimiento y pago de las compensaciones e indemnizaciones a las que haya lugar, así como la aplicación de los mecanismos de reajuste. Lo anterior indica que la terminación unilateral del contrato estatal no entraña una sanción, por lo que, a partir de su ejecutoria no se genera inhabilidad para el contratista por este solo hecho.

Para efectos de resolver la consulta planteada, es necesario analizar la causal de terminación unilateral consagrada en el numeral 2 del artículo 17 de la Ley 80 de 1993. Esta norma, prevé como supuestos de hecho que ameritan la terminación unilateral y anticipada del contrato la “[…] muerte o incapacidad física permanente del contratista, si es persona natural, o por disolución de la persona jurídica del contratista”. Esta causal se explica, tanto para la persona natural como para la persona jurídica, por la naturaleza *intuito personae* del contrato estatal, según lo previsto en el inciso tercero del artículo 41 de la Ley 80 de 1993[[6]](#footnote-7). Por ello, la muerte o discapacidad permanente de la persona natural, así como la disolución de la persona jurídica, constituyen hechos que impiden que los sujetos que en virtud de sus calidades fueron escogidos para desarrollar el contrato puedan seguirlo haciendo, por lo que justifican la terminación del contrato, máxime aun considerado que tales calidades no se trasmiten a sus herederos o causahabientes[[7]](#footnote-8).

Con todo, en aplicación del derecho civil, la muerte de una persona natural puede implicar la apertura de un proceso de sucesión, mediante el cual se transmiten todos los derechos y obligaciones que estaban a nombre del causante[[8]](#footnote-9), es decir, si el causante tenía un contrato vigente al momento de fallecer, esta posición podría llegar a ser ocupada por sus herederos, si cumplen con las condiciones necesarias para ejecutar el contrato. Lo anterior ha sido reconocido por parte del Consejo de Estado, donde ha puesto de presente: “[…] en la sucesión por causa de muerte a título universal, “se sucede al difunto en todos sus bienes, derechos y obligaciones transmisibles” con lo cual los herederos pueden ocupar la posición contractual del causante en el contrato y convertirse en los titulares de los derechos y las obligaciones pactadas en el mismo […]”.[[9]](#footnote-10)

Además, sea para contratistas persona natural o persona jurídica, el inciso final del artículo 17 de la Ley 80 de 1993 dispone *que “[…] en los casos a que se refieren los numerales 2o. y 3o. de este artículo podrá continuarse la ejecución con el garante de la obligación”*. Es decir, si la persona natural muere o es declarada con incapacidad fisica permanente o si la persona jurídica se disuelve, la ejecución contractual puede continuar con el garante de la obligación.

Conforme a lo anterior, la disolución de la persona juridica contratista supone la posilidad de ejercer la potestad unilateral de terminación del contrato. En ese sentido, cuando el contratista del Estado es objeto de reformas estatutarias, las entidades estatales contratantes están llamadas a establecer si dichas reformas suponen la disolución del contratista, previo analisis de las circuntancias particulares del contrato, a efectos de determinar si procede la terminación unilateral del contrato. En todo caso, para ofrecer más claridad sobre el alcance las reformas estatutarias respecto del cumplimiento del contrato, nos referiremos a las mismas más adelante.

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

La Ley 1150 de 2007, en el artículo 5, establece los requisitos habilitantes para participar en un procedimiento contractual, dentro de los cuales se destaca la experiencia, y cuyo propósito es que las entidades fijen unos requisitos mínimos que debe tener y acreditar el proponente, para que la entidad pueda verificar su aptitud para participar en el procedimiento de contratación y, si se le adjudica, ejecutar el contrato estatal[[10]](#footnote-11). En ese sentido, la entidad, como responsable de la estructuración de su procedimiento de contratación, es autónoma para requerir la experiencia necesaria para el objeto contractual que se pretende satisfacer con el procedimiento, para lo cual, de acuerdo con el artículo 2.2.1.1.1.6.2. del Decreto 1082 de 2015, debe tener en cuenta el estudio del sector y sus componentes, como la identificación de riesgos, así como el mercado y precio del bien, obra o servicio a contratar[[11]](#footnote-12).

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[[12]](#footnote-13), cuando este certificado sea exigible de acuerdo con la ley. En el RUP constan los requisitos habilitantes que se evalúan exclusivamente con este documento, que es su plena prueba, sin que la entidad o el proponente puedan solicitar o aportar otra documentación[[13]](#footnote-14).

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. Tales documentos deben codificarse con el clasificador de bienes y servicios en el tercer nivel[[14]](#footnote-15). 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 anterior, es pertinente aclarar que los códigos del clasificador de bienes y servicios ayudan a que exista un lenguaje común en la denominación de los bienes, obras o servicios que los proveedores ofrecen y que las entidades solicitan, sin que la entidad los evalúe, ya que lo que es objeto de evaluación es la experiencia clasificada de esta forma.

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[[15]](#footnote-16)*. En dicho Manual se establecen las definiciones de cada requisito habilitante y se dan lineamientos orientadores sobre lo que las entidades pueden hacer para configurarlos. Sobre el particular, para la experiencia como requisito habilitante el Manual se centra en una de sus cualidades y es que es personal, lo cual significa que quien tiene la experiencia lo hace en razón de su participación, con anterioridad, en actividades que le permitieron conocer cómo ejecutar el objeto contractual que la entidad pretende satisfacer ahora[[16]](#footnote-17).

Lo anterior es determinante porque no es posible tener experiencia si en la práctica no se han ejecutado actividades similares previas. Precisamente, de la experiencia se deriva el conocimiento del proponente, y para la contratación pública es importante, ya que garantiza que no habrá improvisación ni mayores costos por errores o dificultades originadas en realizar una actividad por primera vez. Al respecto, la jurisprudencia ha señalado que la experiencia acreditable “no es más que un valor agregado para el contratista en consideración al registro documentado del hecho de haberlo ejecutado, es decir de haber cumplido las consideraciones pactadas, asunto que alude a un estado adquirido por el contratante en función de la real ejecución que han hecho del contrato. La experiencia predicada de un sujeto comprende unas competencias o habilidades que este obtuvo, como consecuencia de la ejecución del contrato […]”[[17]](#footnote-18). En tal sentido, la ejecución del contrato “se revela como un aspecto inherente a la persona que lo ejecutó”, por lo que es en virtud de dicha ejecución que se obtiene las habilidades y competencias que califican al proponente.

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, evento en el cual, 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, que puede funcionar para las exigencias de la entidad ayudando a que exista pluralidad de oferentes.

De lo anteriormente expuesto, se pueden extraer cuatro conclusiones relevantes respecto de la experiencia, para evaluar a continuación las figuras y reformas estatutarias de las sociedades comerciales:

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.

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, que se explicarán con más detalle en el numeral 2.2. de este concepto.

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

De lo anterior se desprende que, por regla general, en la actividad contractual regulada por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública la experiencia es personal e intransferible, salvo algunas excepciones. Una primera excepción a la regla anteriormente descrita se encuentra consagrada en el numeral 2.5. del artículo 2.2.1.1.1.5.2. del Decreto 1082 de 2015, con arreglo al cual si bien para la inscripción, renovación o actualización del Registro Único de Proponentes (RUP) la persona jurídica interesada debe presentar ante la cámara de comercio respectiva los certificados de los bienes, obras o servicios cuya experiencia requiere acreditar, “Si la constitución del interesado es menor a tres (3) años, puede acreditar la experiencia de sus accionistas, socios o constituyentes”.

Como segunda excepción al carácter intransferible de la experiencia puede mencionarse el caso de algunas reformas estatutarias de las personas jurídicas o de reorganización empresarial, en las que la persona jurídica no se liquida y por lo tanto puede transferir su experiencia a la persona jurídica resultante. En efecto, la Subdirección de Gestión Contractual, en el concepto C-002 del 20 de febrero de 2020, reiterado en los conceptos C-491 del 27 de julio de 2020, C-350 del 1 de junio de 2020, C-584 del 31 de agosto de 2020, C-002 del 9 de febrero de 2021, C-115 del 29 de marzo de 2021, C-343 del 13 de julio de 2021 y C-342 del 13 de julio de 2021, modificó la tesis que hasta ese momento había sostenido la Subdirección, en virtud de la cual se afirmaba que en las reformas estatutarias que implicaban una escisión o una fusión de las personas jurídicas no era posible la transferencia de la experiencia, ya que esta era personal e intransferible, según una interpretación del artículo 2.2.1.1.1.5.3. del Decreto 1082 de 2015, que establece que se debe verificar la experiencia de “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 […]”. En el concepto C-002 de 2020, como se dijo, la Subdirección de Gestión Contractual modificó razonablemente dicho argumento, por considerar que de conformidad con la regulación aplicable y teniendo en cuenta los conceptos de “disolución” y “liquidación” del Código de Comercio, es viable la transferencia de experiencia en la transformación y en la fusión, pero no en la escisión, tesis que se reitera en este concepto como a continuación se expone.

**2.3. Efectos de las reformas de las sociedades comerciales respecto de la acreditación de experiencia y ejecución de contratos estatales**

De conformidad con los artículos 98 y ss del Código de Comercio, quizá el principal efecto de un contrato de sociedad es el surgimiento de una persona jurídica distinta de la de los socios, una vez se cumplen las formalidades requeridas para su constitución. La naturaleza de estas personas jurídicas, así como los atributos que la definen, se encuentra condicionada por las estipulaciones sociales, las cuales deben definir el objeto social, el tipo societario, la conformación del capital social, entre otros aspectos que pueden ser materia de reformas sociales que, dependiendo de su tipología, pueden tener incidencia en la existencia de la sociedad y los compromisos adquiridos por esta.

Para comprender con claridad el alcance de las distintas reformas estatutarias de las que pueden ser objeto las sociedades comerciales, así como para comprender sus efectos en la adjudicación y ejecución de contratos estatales, es necesario comenzar por distinguir los conceptos *“disolución”* y *“liquidación”*. Tales expresiones designan efectos que derivan de la aplicación de las figuras y reformas estatutarias, que tienen incidencia en la titularidad de las obligaciones de la sociedad y en la acreditación de experiencia.

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[[18]](#footnote-19), como las figuras y reformas estatutarias que se verán a continuación.. 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[[19]](#footnote-20).

La distinción entre los mencionados conceptos resulta relevante para el particular en la medida en que, los acuerdos de fusión y/o escisión, dependiendo de la modalidad en la que se apliquen, pueden conllevar la disolución y/o liquidación de las sociedades comerciales, fenómenos que afectan de distintos modos la acreditación de la experiencia de tales sociedades en procesos de contratación, así como los derechos y obligaciones asociados al patrimonio de la sociedad reformada. Para precisar lo anterior, de cara a la absolución de los interrogantes planteados, a continuación, se analizarán las características de las reformas estatutarias, así como sus implicaciones en la acreditación de experiencia en procesos de contratación, y luego se realizaran unas consideraciones particulares sobre los efectos de los acuerdos de fusión y escisión respecto de los contratos estatales suscritos por la sociedad reformada.

**2.3.1. Características de las reformas estatutarias y sus implicaciones en la acreditación de experiencia en procesos de contratación**

Hechas las anteriores precisiones, es menester referirse a las características y efectos de las principales reformas estatutarias, en aras de esclarecer la posibilidad de que se transferir experiencia en virtud de estas. Para estos efectos, a continuación, se retoman consideraciones que desarrollan la postura sostenida en los conceptos C-491 del 27 de julio de 2020, C-350 del 1 de junio de 2020, C-584 del 31 de agosto de 2020, C-002 del 9 de febrero de 2021, C-115 del 29 de marzo de 2021, C-343 del 13 de julio de 2021 y C-342 del 13 de julio de 2021, C-121 del 12 de mayo de 2023 y C-820 del 29 de noviembre de 2022.

 *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[[20]](#footnote-21). 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”. De esta manera, 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 entre los artículos 3 y 11 de la Ley 222 de 1995. La primera modalidad conocida como *escisión parcial*, regulada por el numeral 1 del artículo 3 de la referida ley, se refiere acuerdos en el marco de los cuales la sociedad escindente 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, 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, estipulada en el numeral 2 del artículo 3 de la Ley 222 de 1995, conocida como *escisión total* se refiere a un acuerdo en el marco del cual una sociedad se *“disuelve”* sin *“liquidarse”*, lo que supone una reforma social –lo cual no ocurre con la primera modalidad–, que implica un fraccionamiento del patrimonio con el mismo fin[[21]](#footnote-22). Como se observa, participa una sociedad y otra, u otras, que reciben el patrimonio de la sociedad disuelta.

Para la primera modalidad de escisión, teniendo en cuenta que la sociedad continúa sin alteraciones, se estima que ésta bien podría compartir la experiencia a través de esquemas asociativos–consorcios y/o uniones temporales–, pero no transferirla a las sociedades beneficiarias de la transferencia patrimonial producto de la escisión. Esto obedece a que en la modalidad de escisión parcial la sociedad escindente no se disuelve, sino que, únicamente, fracciona una parte de su patrimonio en favor otras sociedades, lo que significa que la persona jurídica continúa por sí misma ejerciendo su objeto social, por lo que puede seguir adquiriendo experiencia, pero no transferirla porque le pertenece, al ser quien la adquirió, dado el carácter personal de la experiencia.

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 dos 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 tiene cuatro tipologías a saber: 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[[22]](#footnote-23); 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[[23]](#footnote-24); 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[[24]](#footnote-25). 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 en 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 en esta figura es adecuada que la sociedad absorbida transfiera a la segunda sus atributos en lo relacionado con la experiencia[[25]](#footnote-26). 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”[[26]](#footnote-27). (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[[27]](#footnote-28)*. 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 quede 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. Para estos efectos, el proponente debe realizar el trámite pertinente ante la cámara de comercio con copia de los contratos o con certificados de los contratos celebrados con diferentes contratantes y los demás documentos requeridos por dicha entidad. Tales contratos deben codificarse con el clasificador de bienes y servicios en el tercer nivel, como se explicó anteriormente.

**2.3.2. Efectos de los acuerdos de fusión y escisión respecto de los contratos estatales suscritos por la sociedad reformada**

Por otro lado, para responder a las cuestiones que son objeto de la consulta se debe analizar cuáles son los efectos que se desprenden de las reformas estatutarias realizadas a título de escisión y/o fusión, para así determinar sus implicaciones respecto del cumplimiento de la obligaciones que derivan de los contratos estatales suscritos por las sociedades reformadas.

En cuanto a la escisión, es claro que ambas modalidades contempladas en el artículo 3 de la Ley 222 de 1995 suponen la transferencia patrimonial en bloque desde la sociedad escindente hacia la o las sociedades beneficiarias, en lo que se cataloga como una transmisión *sub specie universalitatis.* Esto significa que:

“[…] todos los efectos económicos y jurídicos operan de forma automática a partir de dicha transferencia. No es, por tanto, necesaria la enajenación individualizada de los elementos del activo, ni la subrogación de deudas en favor de la beneficiaria, ni la novación de cada una las obligaciones que conforman el pasivo segregado. Un solo acto jurídico es suficiente para que se entienda sustituido el deudor o acreedor y para que se transfiera el complejo de relaciones jurídicas inherentes a la parte patrimonial fraccionada"[[28]](#footnote-29).

Quiere decir lo anterior que *“[…] las sociedades sucesoras [beneficiarias] sustituyen a la sociedad escindida en la misma posición jurídica que ostentaba respecto de las relaciones jurídicas que constituyen la parte del patrimonio transferida”[[29]](#footnote-30).* Este efecto, deriva de lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley 222 de 1995[[30]](#footnote-31), y supone que las obligaciones derivadas de los contratos suscritos por la sociedad escindida deben ser asumidas por las sociedades beneficiarias, sin que, en principio, se requiera del consentimiento de las otras partes de tales negocios jurídicos. De esta manera, se entiende que los compromisos contractuales son materia de la segregación jurídica que implica la escisión, por lo que, a través de las disposiciones sociales que materializan la reforma societaria podría ser distribuidos los compromisos contractuales. Sobre el particular la Superintendencia de Sociedades ha explicado que:

“[…] puesto que el fundamento de la escisión comporta tanto la segregación jurídica de la sociedad que se escinde, como la de su universalidad jurídica denominada patrimonio, con el propósito de destinar o trasladar la parte disgregada a una sociedad que se crea con tal fin, como es el caso en comento, podría colegirse, en principio, que los negocios jurídicos habrían de correr la misma suerte que correspondió a la parte patrimonial y jurídica escindida, esto es, que habrían de ser transferidos o traspasados a la escisionaria en razón de que, precisamente, estos últimos son los generadores, reguladores o extintores, según sea el caso, en todo o en parte, de las relaciones jurídicas patrimoniales inherentes a la comentada universalidad. Por lo tanto, si bien, eventualmente, la anterior premisa puede llegar a ser de suyo de lógica ocurrencia dentro del mundo de lo fáctico, es lo cierto que deben tomarse en consideración algunos de los siguientes supuestos, en aras de encontrar su viabilidad o procedencia jurídica.

Como quiera que, de conformidad con los presupuestos por usted formulados, la sociedad que se escinde no se disuelve con ocasión de la escisión, sino que, por el contrario, continúa con la empresa u objeto social que otrora desarrollara, esto es, que la persona jurídica, titular de las prestaciones convenidas en los concernientes negocios jurídicos vigentes y en ejecución al momento de la escisión, no desaparece del ámbito del derecho, no habría lugar a entenderse que, sin necesidad de expresa disposición social al respecto, se radique la titularidad de los derechos, prerrogativas y obligaciones de la escindida en cabeza de la escionaria por el sólo hecho de la escisión, valga decir, como simple consecuencia connatural de dicho acto.

Por otra, teniendo en cuenta que son los mismos socios de la compañía que se escinde quienes acuerdan las condiciones de la misma en la decisión de escisión vr. Gr. El objeto social que la escindida continuará ejerciendo, la empresa de la escisionaria, los bienes, obligaciones y derechos que les corresponde a cada una asumir o ejercer como consecuencia del traslado atinente, serán ellos mismos, por ende, quienes determinen en aquel acto el traspaso, transferencia o sustitución por la escindida a favor y/o a cargo de la escisionaria, de los contratos y demás relaciones jurídicas y patrimoniales a que haya lugar con ocasión de la misma”[[31]](#footnote-32).

Conforme a lo anterior, si bien la escisión supone la transferencia en bloque de los contratos que obligan a la sociedad escindida, lo cierto es que, en los casos de escisión parcial –art. 3, numeral 1 de Ley 222 de 1995–, en los que la sociedad escindida ni se disuelve ni se liquida, tal transferencia solo podría producirse si dentro de la reforma estatutaria se contempla alguna disposición tendiente a generar tal transferencia en favor de las sociedades beneficiarias, ya que de lo contrario, al seguir existiendo la sociedad que suscribió los contratos, esta continuaría siendo la responsable de las obligaciones acordadas en tales negocios jurídicos. En ese orden, tratándose de supuestos de escisión total – art. 3, numeral 2 de Ley 222 de 1995–, que conllevan la disolución y liquidación de la sociedad reformada, la transferencia de los contratos debe ser tratada a partir de las disposiciones sociales de la escisión que establezcan la distribución de los compromisos entre las sociedades beneficiarias, sin perjuicio de la regla supletiva dispuesta en el inciso tercero del artículo 9 de la Ley 222 de 1995.

Ahora bien, en lo referente a los contratos de las sociedades comerciales con entidades públicas, especialmente respecto de aquellos sometidos al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, es importante tener en cuenta lo dispuesto en el tercer inciso del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, en el que se establece que: “Los contratos estatales son *intuito personae* y, en consecuencia, una vez celebrados no podrán cederse sin previa autorización escrita de la entidad contratante”. La naturaleza jurídica que dicha norma endilga a los contratos estatales justifica el requisito que impone –en el sentido de establecer el consentimiento de la entidad contratante como un presupuesto para la cesión de los contratos–, lo que, para el supuesto objeto de estudio, implica que la transferencia de las obligaciones derivadas de los contratos estatales suscritos por una sociedad escindida solo podría completarse con la previa autorización de las entidades estatales contratantes. Esta postura es compartida por la Superintendencia de Sociedades que al respecto ha expuesto:

“Ahora bien, en consideración a que no todos los negocios o relaciones jurídicas son susceptibles de ser transferidos o sustituidos o, no obstante serlo, requieren del agotamiento o cumplimiento de algún imperativo legal o estipulación convencional, es menester que se observen tales preceptivas en aras de su consecución.[…] respecto de los contratos estatales, esto es, de los definidos en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, entre los cuales se encuentran los genéricos de concesión (núm. 4 ídem), es de señalarse que, de acuerdo con el artículo 41 ibídem, «son intuitu personae y, en consecuencia, una vez celebrados no podrán cederse sin previa autorización escrita de la entidad contratante.»

[…]

Por ende, si en los respectivos contratos de concesión administrativos las partes no han limitado o prohibido la cesión del mismo, podrá la escindida sustituir las correlativas relaciones derivadas del mismo en cabeza de la escisionaria, siempre que se obtenga de la entidad contratante, se reitera, la autorización escrita comentada y en forma previa al acto de escisión, atendiéndose a la normatividad especial en cada caso según se ha referido.

En este orden de ideas, se desprende, entonces, que es factible que los contratos privados en comento sean objeto de segregación o disgregación junto con la parte patrimonial que se separa con ocasión de la escisión y por el sólo hecho de ésta, esto es, sin necesidad de estipulación expresa alguna por parte de los socios en el acto de escisión sobre el particular, cuando la sustitución concerniente no requiera de la aceptación del contratante cedido y siempre que por norma imperativa especial o particular o por estipulación de las partes no se haya limitado o prohibido la sustitución. No obstante, si ha de preceder la aceptación expresa del contratante cedido, deberá procederse de conformidad con lo regulado en los dichos eventos en cuanto a formalidades y demás circunstancias atinentes en aras del perfeccionamiento de la indicada sustitución, siendo del caso que la aceptación obre en el acto de escisión, sobre el entendido, claro está, que en la decisión correlativa se han estipulado por los socios las condiciones de la misma en cuanto a obligaciones, derechos, prerrogativas, efectos y demás pertinentes.

En cuanto a los contratos administrativos, no podrá entenderse la disgregación o segregación sino cuando se haya obtenido la autorización escrita por parte de la entidad en forma previa al acto de escisión y se estipule tal cesión así como sus condiciones en éste”[[32]](#footnote-33).

Conforme a lo anterior, es posible concluir que cuando se realiza la escisión parcial de una sociedad comercial que funge como contratista estatal–en el régimen del EGCAP–, en la medida que la sociedad no se disuelve ni se liquida, continuando en la vida jurídica con una reducción en su patrimonio, solo se produce la transferencia de las obligaciones derivada de tales negocios jurídicos si así se determina en el acuerdo de escisión. En los casos de escisión total, al disolverse y liquidarse la sociedad comercial, los contratos estatales podrían deben ser materia de distribución en el acuerdo de escisión entre las sociedades beneficiarias. Con todo, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley 222 de 1995, tanto en los supuestos de escisión total como en los de parcial se requiere del consentimiento de la entidad estatal para se consolide la transferencia de las obligaciones y beneficios que devienen de contratos estatales.

Por otra parte, los acuerdos de fusión, de manera similar a los escisión, y de acuerdo con lo previsto en el artículo 172 del Código de Comercio, generan la transferencia patrimonial en bloque, solo que, en este supuesto, esta se produce desde una sociedad que se disuelve hacia la que la absorbe o compañía que se crea en virtud de la fusión. Esta transferencia, de acuerdo con lo previsto en el artículo 178 del estatuto comercial[[33]](#footnote-34), opera *ipso iure* a título universal, por lo que los derechos y obligaciones se transmiten *uno actu,* sin la necesidad de novación*[[34]](#footnote-35).*  Esto implica que, las posiciones contractuales ostentadas por la sociedad absorbida pasen a ser asumidas por la sociedad absorbente o la empresa nueva que emerge de la fusión, quienes quedarían obligadas por tales negocios jurídicos.

En cuanto a los contratos estatales, lo dispuesto en el tercer inciso del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, genera un efecto similar *mutatis mutandis* al explicado respecto de la escisión, y es que la autorización de la entidad estatal obre como condicionante de la transferencia de las obligaciones pactadas. En ese sentido, para que la sociedad absorbente o la sociedad creada pase a ocupar la posición contractual podría entenderse como indispensable la autorización de la entidad estatal.

Esta postura resulta razonable tanto en el caso de la escisión como en el de la escisión, no solo por el carácter *intuito personae* de los contratos estatales, sino también porque puede que estas reformas estatutarias afectan el patrimonio de la sociedad contratista y con ello los indicadores capacidad financiera y/o organizacional, a partir de los que se determinó la aptitud de la sociedad contratante para ejecutar el contrato. Debido a esto, tal como lo sugiere el numeral VII de la *“Guía de Asuntos Corporativos en los Procesos de Contratación”,* puede considerarse la inclusión de *“[…] cláusulas contractuales que obliguen a comunicar si durante la ejecución del contrato se presenta la fusión o escisión del contratista persona jurídica, obligación que será exigible sin perjuicio de los procedimientos legales de publicidad aplicables a tales procesos”*.

Sin embargo, de acuerdo con las consideraciones expuestas en el numeral 2.1 del presente concepto, es necesario recordar que, cuando la persona jurídica del contratista estatal es objeto de disolución, la entidad contratante puede aplicar de la causal de terminación unilateral prevista en el artículo 17, numeral 2 de la Ley 80 de 1993. Esto implica que, en las hipótesis de fusión y escisión total, las sociedades absorbentes o beneficiarias solo podrían entrar a remplazar la posición contractual de la sociedad disuelta si la entidad estatal contratante se abstiene de ejercer la potestad unilateral de terminación en los términos explicados *supra*. En todo caso, la transferencia patrimonial *ipso iure* a la que dan pie estas figuras, si compromete a las sociedades subsistentes, quienes vendrían ser titulares de los derechos y obligaciones que derivan del contrato estatal, así como responsables por los eventuales incumplimientos, independientemente de si se termina el contrato de manera anticipada o si continúan ejecutándolo con la anuencia de la entidad estatal contratante.

 Hechas las anteriores consideraciones, no es posible concluir sin aclarar que los efectos específicos de las diferentes reformas estatutarias respecto de los contratos suscritos por las sociedades reformadas deben ser estudiados y precisados por cada entidad estatal de acuerdo con el alcance de las disposiciones sociales del acuerdo societario y las condiciones del contrato estatal. Dicho análisis necesariamente debe considerar si las reformas conllevan el incumplimiento del contrato o si derivan en la paralización o la afectación grave de los servicios públicos, que amerite ejercer la potestad de terminación unilateral.

**3. Respuesta**

“[…] “¿Es posible bajo los supuestos de hecho señalados arriba que la experiencia de la sociedad A en la ejecución del contrato estatal, trasladado a la sociedad B en virtud de la fusión, pueda ser transferida a su vez a la sociedad C en virtud de la escisión?” (SIC)

Conforme a las consideraciones expuestas, si bien en principio la experiencia adquirida por las personas jurídicas es intransferible en la contratación estatal regulada por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, dicha regla tiene excepciones en los supuestos en los que la sociedades mercantiles contratistas son afectadas ciertos tipos de reformas sociales. Esto se presenta en el caso de los acuerdos de *fusión* en el marco de los cuales la persona jurídica se disuelve sin liquidarse, por lo que la sociedad disuelta puede transferir la experiencia por cuanto no desaparece sino que continua a través de la sociedad resultante. En este sentido, la transferencia de la experiencia 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.

Por el contrario, en el marco de acuerdos de escisión no es viable la transferencia de la experiencia adquirida por la sociedad escindida en favor de las beneficiarias. En el caso de la escisión parcial ello se justifica en que, en el marco de esta modalidad, la sociedad escindida no se disuelve ni se liquida, por lo que continua en la vida jurídica –con una disminución en su patrimonio en favor de la o las sociedades beneficiarias– por lo que sigue siendo la titular de la experiencia dado el carácter personal de esta. De otra parte, los acuerdos de escisión total, al implicar la disolución y liquidación de la sociedad reformada, tampoco permiten que se produzca la transferencia de la experiencia toda vez que la persona jurídica fraccionada desaparece, quedando dividida en varias sociedades nuevas o existentes que reciben su patrimonio, mas no la experiencia adquirida.

“[…] 2. En igual sentido ¿es posible que los derechos y obligaciones del contrato estatal suscrito por la sociedad A, transferidos a la sociedad B en virtud de la fusión, sean a su vez transferidos a la sociedad C en virtud de la escisión?

3. Si la respuesta al anterior interrogante es positiva, ¿puede concluirse entonces que tanto la sociedad A, como la B y la C serían titulares de los derechos y obligaciones derivadas del contrato estatal? Entiéndase como derechos económicos, obligaciones de ejecución, liquidación, responsabilidades frente a incumplimientos, etc.

4. Si la respuesta al interrogante 2 es negativa, ¿se entiende entonces que solamente la sociedad B es la titular de los derechos y obligaciones derivadas del contrato estatal”.

Conforme a lo explicado *supra,* uno de los efectos de las acuerdos sociales realizados a título de fusión y escisión es la transferencia en bloque del patrimonio de la sociedad reformada hacia las sociedades beneficiarias o resultantes, tal como se sigue del artículo 172 del Código de Comercio, así como el artículo 9 del Código de Comercio. Dicha transferencia, se produce *ipso iure y a* título universalpor lo que los derechos y obligaciones se transmiten *uno actu,* sin la necesidad de novación*.* En dicha transferencia quedan inmersos los activos y pasivos que integran el patrimonio, los cuales abarcan los derechos y obligaciones derivadas de acuerdos contractuales, incluso aquellos suscritos con entidades estatales.

Lo anterior significa que, cuando se realizan acuerdos de fusión, las posiciones contractuales ostentadas por la sociedad absorbida pasan a ser asumidas por la sociedad absorbente o la empresa nueva que emerge de la fusión, quienes quedarían obligadas por tales negocios jurídicos. Por otro lado, cuando se realiza la escisión parcial de una sociedad comercial que funge como contratista estatal, en la medida en que la sociedad no se disuelve ni se liquida, continuando en la vida jurídica con una reducción en su patrimonio, solo se produce la transferencia de las obligaciones derivadas de tales negocios jurídicos si así se determina en el acuerdo de escisión. En los casos de escisión total, al disolverse y liquidarse la sociedad comercial, los derechos y obligaciones derivados de contratos bien podrían ser materia de la distribución patrimonial que el acuerdo de escisión realiza en favor de las sociedades beneficiarias de la transferencia patrimonial.

Con todo, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 172 del Código de Comercio y 9 de la Ley 222 de 1995 sobre las transferencias patrimoniales en bloque que se producen como consecuencia de los acuerdos de escisión y fusión, tratándose de los derechos y obligaciones asociados a contratos estatales, lo dispuesto en el tercer inciso del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, en torno al carácter *intuito personae* y la prohibición general de cesión de los contratos estatales, puede entrar a ser un condicionante para que las sociedades resultantes de una fusión o beneficiarias de una escisión remplacen la posición contractual de la sociedad contratista objeto de reforma. En ese sentido, para que estas sociedades pasen a ocupar la posición contractual podría entenderse como indispensable la autorización de la entidad estatal, sobre todo en lo que tiene que ver con la ejecución del contrato.

Esta postura resulta razonable tanto en la hipótesis de fusión como de escisión, no solo por el carácter *intuito personae* de los contratos estatales, sino también porque puede que estas reformas estatutarias afectan el patrimonio de la sociedad contratista y con ello su capacidad financiera y/o organizacional. Debido a esto, tal como lo sugiere el numeral VII de la *“Guía de Asuntos Corporativos en los Procesos de Contratación”,* puede considerarse la inclusión de *“[…] cláusulas contractuales que obliguen a comunicar si durante la ejecución del contrato se presenta la fusión o escisión del contratista persona jurídica, obligación que será exigible sin perjuicio de los procedimientos legales de publicidad aplicables a tales procesos”*.

En todo caso, de acuerdo con las consideraciones expuestas en el numeral 2.1 del presente concepto, es necesario recordar que, cuando la persona jurídica del contratista estatal es objeto de disolución, la entidad contratante puede aplicar la causal de terminación unilateral prevista en el artículo 17, numeral 2 de la Ley 80 de 1993. Esto implica que, en las hipótesis de fusión y escisión total, las sociedades absorbentes o beneficiarias solo podrían entrar a remplazar la posición contractual de la sociedad disuelta si la entidad estatal contratante se abstiene de ejercer la potestad unilateral de terminación en los términos explicados *supra*. De cualquier modo, la transferencia patrimonial *ipso iure* a la que dan pie estas figuras, si compromete a las sociedades subsistentes, quienes vendrían ser titulares de los derechos y obligaciones que derivan del contrato estatal, así como responsables por los eventuales incumplimientos, independientemente de si se termina el contrato de manera anticipada o si continúan ejecutándolo con el consentimiento de la entidad contratante.

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

 Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró:  | Andrés Cabarcas Thorne Analista T2-02 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó | Alejandro Sarmiento CantilloGestor T1 ‒ 15 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó:  | Nohelia del Carmen Zawady PalacioSubdirectora de Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. 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>. [↑](#footnote-ref-2)
2. EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos. Forma y contenido del contrato estatal, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 190. [↑](#footnote-ref-3)
3. Diario Oficial No. 41.094 de 28 de octubre de 1993 [↑](#footnote-ref-4)
4. EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos. Forma y contenido del contrato estatal, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 202 y 203. [↑](#footnote-ref-5)
5. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia de 9 de mayo de 2012. Exp. 20.968. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-6)
6. Artículo 41 de la Ley 80 de 1993. Del perfeccionamiento del contrato estatal: “[…]

Los contratos estatales son intuito personae y, en consecuencia, una vez celebrados no podrán cederse sin previa autorización escrita de la entidad contratante. […]”. [↑](#footnote-ref-7)
7. “[…] Se parte del hecho de que la escogencia del contratista comprende sus cualidades físicas y aptitudes para ejecutar aquello a lo que se ha comprometido, lo que hace lógica su inaplicación a las personas jurídicas, o al personal dispuesto por el contratista persona natural para la realización de las actividades propias del contrato. Entonces, ante la configuración de un caso de muerte del contratista, el contrato debe terminarse de forma unilateral, en vista de la evidente imposibilidad de hacerlo de mutuo acuerdo.

“Respecto de la incapacidad física permanente del contratista, la misma se constituye en una causal de terminación unilateral del contrato por las mismas razones determinadas para la muerte del colaborador de la administración.

“[E]n relación con la disolución de la persona jurídica contratista, su justificación como causal de terminación unilateral del contrato se hace evidente, toda vez que la misma, al comprender su desaparecimiento del mundo jurídico, equivale a la muerte de una persona natural […]”. EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos. Forma y contenido del contrato estatal, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 207 a 210. [↑](#footnote-ref-8)
8. Artículo 1008 del Código Civil. [↑](#footnote-ref-9)
9. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia de 8 de mayo de 2019. Exp: 56343. MP: Martin Bermúdez Muñoz. [↑](#footnote-ref-10)
10. 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-11)
11. 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-12)
12. 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-13)
13. 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-14)
14. 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-15)
15. La versión actualizada puede ser consultada en: <https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/files_2020/cce-eicp-ma-04._manual_requisitos_habilitantes_v.02.pdf>. [↑](#footnote-ref-16)
16. Colombia Compra Eficiente, Manual para determinar y verificar requisitos habilitantes en los procesos de contratación V2: “Dentro de los requisitos habilitantes establecidos por el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 se destaca la experiencia, la cual debe ser entendida como el conocimiento del proponente derivado de su participación previa en actividades iguales o similares a las previstas en el objeto del contrato con contratantes públicos, privados, nacionales o extranjeros, ya sea directamente o en asocio 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, evento en el cual, por tratarse de esquemas asociativos, la experiencia es compartida.

[...]

Así mismo, la experiencia requerida en un Proceso de Contratación debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato, su valor, complejidad y Riesgo. Es adecuada cuando es afín al tipo de actividades previstas en el objeto del negocio a celebrar. Por ejemplo, si es para prestar un servicio de aseo general, el proponente debe tener experiencia en tal servicio, sin que sea relevante el lugar en el cual lo haya ejecutado o quién fue el contratante.

Es proporcional cuando tiene relación con el alcance, la cuantía, Riesgo y la complejidad del negocio a celebrar. Por ejemplo, en una obra pública con un presupuesto oficial de 100 SMMLV, la experiencia exigida es proporcional si se exige que los proponentes hayan participado en Procesos de Contratación entre 90 y 100 SMMLV del mismo tipo de obra [...]”. [↑](#footnote-ref-17)
17. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 20 de abril del 2022. Radicación Nro. 54482. C.P.: Jaime Enrique Rodríguez Navas. [↑](#footnote-ref-18)
18. 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-19)
19. Ver artículos 225 y ss. del Código de Comercio.

 [↑](#footnote-ref-20)
20. 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-21)
21. 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-22)
22. 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-23)
23. 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-24)
24. 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-25)
25. 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-26)
26. Superintendencia de Sociedades. Oficio 220- 063311 del 6 de abril de 2020. [↑](#footnote-ref-27)
27. 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-28)
28. REYES VILLAMIZAR, Francisco. Derecho Societario. Tomo II, cuarta edición, Editorial Temis, Bogotá, 2023, pp. 293. [↑](#footnote-ref-29)
29. OLEO BANET, Fernando, La escisión de la sociedad anónima, Civitas, Madrid, 1995, pp. 293 [↑](#footnote-ref-30)
30. Ley 222 de 1995: “Artículo 9º. Efectos de la escisión. Una vez inscrita en el Registro Mercantil la escritura a que se refiere el artículo anterior, operará, entre las sociedades intervinientes en la escisión y frente a terceros la transferencia en bloque de los activos y pasivos de la sociedad escindente a las beneficiarias, sin perjuicio de lo previsto en materia contable.

Para las modificaciones del derecho de dominio sobre inmuebles y demás bienes sujetos a registro bastará con enumerarlos en la respectiva escritura de escisión, indicando el número de folio de matrícula inmobiliaria o el dato que identifique el registro del bien o derecho respectivo. Con la sola presentación de la escritura de escisión deberá procederse al registro correspondiente.

Cuando disuelta la sociedad escindente alguno de sus activos no fuere atribuido en el acuerdo de escisión a ninguna de las sociedades beneficiarias, se repartirá entre ellas en proporción al activo que les fue adjudicado.

A partir de la inscripción en el Registro Mercantil de la escritura de escisión, la sociedad o sociedades beneficiarias asumirán las obligaciones que les correspondan en el acuerdo de escisión y adquirirán los derechos y privilegios inherentes a la parte patrimonial que se les hubiere transferido. Así mismo, la sociedad escindente, cuando se disolviere, se entenderá liquidada”. [↑](#footnote-ref-31)
31. Superintendencia de Sociedades. Concepto 51891 del 26 de junio de 2012. Rad. 2012-01-151467. [↑](#footnote-ref-32)
32. *Ibid*. [↑](#footnote-ref-33)
33. Código de Comercio: “Artículo 178. Derechos y obligaciones de la sociedad absorbente. En virtud del acuerdo de fusión, una vez formalizado, la sociedad absorbente adquiere los bienes y derechos de las sociedades absorbidas, y se hace cargo de pagar el pasivo interno y externo de las mismas.

La tradición de los inmuebles se hará por la misma escritura de fusión o por escritura separada, registrada conforme a la ley. La entrega de los bienes muebles se hará por inventario y se cumplirán las solemnidades que la ley exija para su validez o para que surtan efectos contra terceros”. [↑](#footnote-ref-34)
34. REYES VILLAMIZAR, Francisco. Op. cit. pp. 11. [↑](#footnote-ref-35)