**CCE-DES-FM-17**

**EXPERIENCIA** **– Concepto – Colombia Compra Eficiente**

Finalmente, se pueden extraer cuatro conclusiones relevantes para evaluar las figuras y reformas estatutarias de las sociedades comerciales, respecto de la experiencia:

i) La experiencia es personal, esto es, se adquiere participando, directa o indirectamente, sin que sea posible no hacerlo y tener experiencia.

ii) La experiencia se puede compartir, sin que implique que la compartida a una persona se entienda suya, ya que dentro del procedimiento contractual se reflejará que esa persona tiene la experiencia de otra, como es el caso de las figuras asociativas ̶ consorcios y uniones temporales ̶ que se verificará en el documento privado de constitución .

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 2.3 de este concepto.

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

**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, 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 quién 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, y 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**

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 o muera, la experiencia puede ser trasladada y no compartida, ya 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, y estas sociedades serán la sociedad absorbida, y continuarán su vida jurídica. La experiencia no se comparte porque para esto la sociedad debería continuar individualmente considerada, pero en este caso 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.

Bogotá D.C., **27/07/2020 Hora 17:9:8s**

**N° Radicado: 2202013000006677**

Señor

**Germán Niño Ortega**

Ciudad

**Concepto C - 491 de 2020**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**   | EXPERIENCIA – Concepto – Colombia Compra Eficiente / EXPERIENCIA – Transformación / EXPERIENCIA – Escisión / EXPERIENCIA – Fusión |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta # 4202013000006114 |

Estimado señor Niño,

La Agencia Nacional de Contratación Pública ― Colombia Compra Eficiente responde su consulta en ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011.

**1. Problema planteado**

Usted realiza la siguiente pregunta: «[…] estoy interesado en saber si la posición de Colombia Compra Eficiente sobre la no transferencia de experiencia entre sociedades como consecuencia de adquisiciones, escisiones y fusiones contenida en conceptos de los años 2015 a 2019 (radicados 215130007347 del 13 de octubre de 2015; 4201714000000888 del 30 de mayo de 2018; 4201814000009419 del 22 de abril de 2019) se mantiene vigente o si ha sido modificada. […] cuál es la razón para no permitir esa transferencia de experiencia en virtud de tales operaciones de combinación de negocios […]».

**2. Consideraciones**

**2.1 Introducción**

La Agencia Nacional de Contratación Pública ― Colombia Compra Eficiente en el concepto con radicado No. C - 002 del 20 de febrero de 2020, se pronunció nuevamente sobre las figuras y reformas estatutarias de transformación, fusión y escisión, el cual recoge y cambia la posición anterior de la Subdirección de Gestión Contractual sobre el tema, expresada en los conceptos 215130007347 del 7 de octubre de 2015, 4201714000000888 del 22 de marzo de 2017 y 4201814000009419 del 24 de diciembre de 2018.

Estos conceptos sostenían que en la fusión y en la escisión no era posible la transferencia de la experiencia porque esta es personal e intransferible, de acuerdo con el artículo 2.2.1.1.1.5.3. del Decreto 1082 de 2015 que dispone: «[…] 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 […]». No obstante, de conformidad con la regulación aplicable y teniendo en cuenta los conceptos de «disolución» y «liquidación» del Código de Comercio, que se desarrollarán más adelante, en el concepto C - 002 del 20 de febrero de 2020 se señala que es viable la transferencia de experiencia en la transformación y en la fusión, pero no en la escisión lo cual se ratifica ahora. La tesis desarrollada en dicho concepto es la que se expone a continuación.

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

Por consiguiente, la normativa del Sistema de Compra Pública contiene disposiciones que le indican a la entidad las actividades y documentos que debe desarrollar en sus procedimientos contractuales, y con base en ello los proveedores pueden conocer los aspectos del objeto de la contratación para presentar sus ofertas, teniendo en cuenta los parámetros que define la entidad en la etapa de planeación del proceso, de acuerdo con las normas relacionadas con la adquisición de que se trate, y que quedan definidos en el pliego de condiciones como documento del proceso[[1]](#footnote-1).

En ese sentido, se debe tener en cuenta que de acuerdo con la Ley 80 de 1993, quienes pueden ser proveedores del Estado son las personas consideradas legalmente capaces, como las personas jurídicas[[2]](#footnote-2), que de acuerdo con el Código Civil tienen capacidad para ejercer derechos y contraer obligaciones, por ende tienen capacidad jurídica. Un tipo de persona jurídica son las sociedades comerciales[[3]](#footnote-3), reguladas, principalmente, en el Código de Comercio[[4]](#footnote-4), donde se establecen las figuras y reformas estatutarias aplicables a estas como: la transformación, la escisión y la fusión.

Por tanto, para resolver su consulta, relacionada con la transferencia de experiencia de las personas jurídicas: i) en primer lugar se citará la regulación sobre experiencia; ii) después se explicará este concepto respecto de las figuras y reformas estatutarias mencionadas, que aplican a las sociedades comerciales; y finalmente iii) se determinará si es posible transferir la experiencia en virtud de la fusión o escisión de una empresa.

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

**a) Norma general**

La Ley 1150 de 2007, en el artículo 5, 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[[5]](#footnote-5). En ese sentido, la entidad, como responsable de la estructuración de su procedimiento de contratación, es autónoma para requerir la experiencia necesaria para el objeto contractual que se pretende satisfacer con el procedimiento, para lo cual, de acuerdo con el artículo 2.2.1.1.1.6.2. del Decreto 1082 de 2015, debe tener en cuenta el estudio del sector y sus componentes como la identificación de riesgos, el mercado y precio del bien, obra o servicio a contratar[[6]](#footnote-6).

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)[[7]](#footnote-7), cuando este certificado sea exigible de acuerdo con la ley, en el cual constan los requisitos habilitantes que se evalúan exclusivamente con este documento, que es su plena prueba, sin que la entidad o el proponente puedan solicitar o aportar otra documentación[[8]](#footnote-8).

Respecto de la experiencia, esta debe inscribirse, renovarse o actualizarse en el RUP con copia de los contratos o con certificados de los contratos celebrados por el proponente con diferentes contratantes, quienes son terceros que los expiden cuando el contrato fue ejecutado y recibieron los bienes, obras o servicios de parte del proponente; y esos documentos deben codificarse con el clasificador de bienes y servicios en el tercer nivel[[9]](#footnote-9). De esta manera, lo que se verifica con el RUP es que el proponente tenga experiencia en la ejecución del objeto que pretende contratar la entidad, esto es, que haya celebrado y ejecutado contratos que se asimilen a la necesidad que la entidad requiere satisfacer con el procedimiento contractual, sin que sea necesario que su objeto sea idéntico. Por lo anterior, es pertinente aclarar que los códigos del clasificador de bienes y servicios ayudan a que exista un lenguaje común en la denominación de los bienes, obras o servicios que los proveedores ofrecen y que las entidades solicitan, sin que la entidad los evalúe, ya que lo que es objeto de evaluación es la experiencia clasificada de esta forma.

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

La Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente puso a disposición de los interesados del Sistema de Compra Pública el Manual para determinar y verificar requisitos habilitantes en los procesos de contratación, donde se establecen las definiciones de cada requisito habilitante y se dan lineamientos orientadores sobre lo que las entidades pueden hacer para establecerlos, en este caso, frente a la experiencia. Sobre el particular, para la experiencia, como requisito habilitante señalado en su consulta, el Manual se centra en una de sus cualidades y es que es personal, lo cual significa que quien tiene la experiencia es en razón a su participación, con anterioridad, en actividades que le permitieron conocer cómo ejecutar el objeto contractual, que la entidad pretende satisfacer ahora[[10]](#footnote-10).

Lo anterior es determinante, porque no es posible tener experiencia si en la práctica no se ha ejercido lo que se ofrece a los contratantes; y 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. Adicionalmente, el Manual explica que la experiencia puede obtenerse directamente o por participar asociado con otra persona, como es el caso de los proponentes plurales, en cuyo evento la experiencia no deja de ser personal sino que es proporcional a la participación como miembro de un consorcio o unión temporal, donde por tratarse de esquemas asociativos la experiencia es compartida. Por otra parte, la Agencia recomienda que la experiencia que se solicite sea proporcional y no igual al objeto que se va a contratar, ya que esto puede limitar la participación de los proveedores por no haber ejecutado un objeto igual pero sí similar, que puede funcionar para las exigencias de la entidad ayudando a que exista pluralidad de oferentes.

Finalmente, se pueden extraer cuatro conclusiones relevantes para evaluar las figuras y reformas estatutarias de las sociedades comerciales, respecto de la experiencia:

i) La experiencia es personal, esto es, se adquiere participando, directa o indirectamente, sin que sea posible no hacerlo y tener experiencia.

ii) La experiencia se puede compartir, sin que implique que la compartida a una persona se entienda suya, ya que dentro del procedimiento contractual se reflejará que esa persona tiene la experiencia de otra, como es el caso de las figuras asociativas ̶ consorcios y uniones temporales ̶ que se verificará en el documento privado de constitución[[11]](#footnote-11).

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 2.3 de este concepto.

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

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

Antes de analizar las figuras y reformas estatutarias, es necesario aclarar dos conceptos respecto de las sociedades comerciales: i) «disolución» y ii) «liquidación», ya que se aplican a las figuras y reformas estatutarias, y tienen incidencia en la posibilidad de transferir o no la experiencia de una sociedad.

En primer lugar, el Código de Comercio señala, como efecto de la «disolución», que la persona jurídica no desaparece sino que conserva su capacidad jurídica, únicamente para «liquidarse» y para las operaciones o actos autorizados por la ley[[12]](#footnote-12), como las figuras y reformas estatutarias que se verán a continuación. Con esto se anticipa que si la persona jurídica no desaparece, su experiencia se conserva y puede transferirse o compartirse. 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[[13]](#footnote-13), y la experiencia desaparece junto con la sociedad que la adquirió.

**a) Transformación**

Es una reforma a los estatutos de una sociedad comercial, en la cual se detalla la naturaleza jurídica, composición, estructura, capital, entre otros, con el propósito de transformar o cambiar la forma o tipo societario que adoptó, como sociedad anónima, limitada, en comandita, entre otras. Es decir, si una sociedad se crea como sociedad limitada, y sin «disolverse» decide adoptar la figura de sociedad anónima, lo podrá hacer mediante una reforma estatutaria, sin que se interrumpa la continuidad de la sociedad comercial o persona jurídica[[14]](#footnote-14). Es importante destacar que en esta reforma estatutaria solo participa la sociedad involucrada, y no existen otras sociedades que se relacionen o intervengan, lo cual diferencia la transformación de otras reformas o figuras.

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

**b) Escisión**

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

La segunda modalidad se trata de una sociedad que se «disuelve» sin «liquidarse», esto es, que implica una reforma social, lo cual no ocurre con la primera modalidad, y también existe fraccionamiento del patrimonio con el mismo fin[[15]](#footnote-15). Como se observa, participa una sociedad y otra, u otras, que reciban la transferencia del patrimonio en bloque.

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, 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 quién 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, y tampoco es posible que todas las sociedades que recibieron el patrimonio acrediten la misma experiencia multiplicándola tantas veces sea necesario, porque la experiencia es de quien la adquirió y como esa persona jurídica no puede continuar en otra persona porque desapareció quedando fraccionada en 2 o más partes, esto no corresponde con la definición de experiencia personal ni de transferencia de experiencia, donde la persona jurídica sigue siendo quien es a través de otra, sin cambios como fraccionamientos que implican que la persona ya no sea quien era y desaparezca.

Pero en la fusión, como se verá, a pesar de que la sociedad esta «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, y 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.

El efecto de la transferencia de experiencia es que, teniendo en cuenta que quien la adquirió, por la «disolución» y de acuerdo con lo dispuesto por el legislador, continúa a través de otra persona y no desparece, esa experiencia es propia de la sociedad que la tiene ahora, y no deja de ser personal puesto que la sociedad se convirtió en otra sin desaparecer, y esa nueva sociedad o sociedad existente que son las beneficiarias, son la misma sociedad que se «disolvió» para convertirse en ellas, sin afectar lo adquirido por la sociedad «disuelta».

**c) Fusión**

Es una figura con 4 tipologías: i) por absorción: una o más sociedades se «disuelven» sin «liquidarse» para ser absorbidas por otra existente; ii) por creación: una o más sociedades se «disuelven» sin «liquidarse» para ser absorbidas por otra nueva[[16]](#footnote-16); 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[[17]](#footnote-17); 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[[18]](#footnote-18). La norma no se refeire 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, ya 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, y estas sociedades serán la sociedad absorbida, y continuarán su existencia jurídica. En este caso 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.

**3. Respuesta**

«[…] estoy interesado en saber si la posición de Colombia Compra Eficiente sobre la no transferencia de experiencia entre sociedades como consecuencia de adquisiciones, escisiones y fusiones contenida en conceptos de los años 2015 a 2019 (radicados 215130007347 del 13 de octubre de 2015; 4201714000000888 del 30 de mayo de 2018; 4201814000009419 del 22 de abril de 2019) se mantiene vigente o si ha sido modificada. […] cuál es la razón para no permitir esa transferencia de experiencia en virtud de tales operaciones de combinación de negocios […]».

La posición de Colombia Compra Eficiente sobre las figuras y reformas estatutarias de transformación, fusión y escisión, respecto de la experiencia, fue modificada teniendo en cuenta la regulación aplicable. En consecuencia, la transferencia de experiencia cuando una sociedad se transforma es posible porque esta no se «disuelve», y por ende tampoco se «liquida» ya que 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, y la persona jurídica continúa con otro tipo societario pero con sus mismos derechos y obligaciones, como la experiencia.

Sobre la fusión, siempre que la sociedad no se liquide, es decir, que no desaparezca, la experiencia puede ser trasladada 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 se transfiere porque la sociedad 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.

Finalmente, en la escisión, la primera modalidad señala que la sociedad continúa sin alteraciones, por lo que no transfiere su experiencia ya que para ello tendría que «disolverse» pero no «liquidarse», puesto que la «liquidación» implicaría que desaparece la persona y así su experiencia. En la segunda modalidad, a pesar de que existe «disolución», no hay transferencia de la experiencia, porque la persona jurídica fraccionada deja de ser quién es y tiende a desaparecer, es decir, no puede continuar en otra persona, lo cual 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.

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

Atentamente,



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

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

[...]

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

[...]». [↑](#footnote-ref-1)
2. Ley 80 de 1993: «Artículo 6. De la capacidad para contratar. Pueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes. También podrán celebrar contratos con las entidades estatales, los consorcios y uniones temporales.

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

 [↑](#footnote-ref-2)
3. Código Civil: «Artículo 633. Definición de persona jurídica. Se llama persona jurídica, una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente.

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

»Hay personas jurídicas que participan de uno y otro carácter». [↑](#footnote-ref-3)
4. Código de Comercio: «Artículo 1. Aplicabilidad de la ley comercial. Los comerciantes y los asuntos mercantiles se regirán por las disposiciones de la ley comercial, y los casos no regulados expresamente en ella serán decididos por analogía de sus normas.

»Artículo 2. Aplicación de la legislación civil. En las cuestiones comerciales que no pudieren regularse conforme a la regla anterior, se aplicarán las disposiciones de la legislación civil». [↑](#footnote-ref-4)
5. 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-5)
6. 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-6)
7. 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-7)
8. 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-8)
9. 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-9)
10. Colombia Compra Eficiente, Manual para determinar y verificar requisitos habilitantes en los procesos de contratación: «La experiencia es el conocimiento del proponente derivado de su participación previa en actividades iguales o similares a las previstas en el objeto del contrato.

»Los proponentes deben registrar en el RUP los contratos que hayan celebrado para prestar los bienes y servicios que pretenden ofrecer a las Entidades Estatales, identificando los bienes, obras y servicios con el Clasificador de Bienes y Servicios en el tercer nivel y expresar el valor del contrato respectivo en SMMLV. El registro debe contener la experiencia adquirida de forma directa o a través de la participación en proponentes plurales. Esta experiencia se obtiene con contratantes públicos, privados, nacionales o extranjeros. No hay límite frente al número de contratos o a la fecha en la cual estos fueron celebrados.

[...]

»La experiencia requerida en un Proceso de Contratación debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato y su valor. La experiencia es adecuada cuando es afín al tipo de actividades previstas en el objeto del contrato a celebrar. Por ejemplo, si el Proceso de Contratación es para un servicio de aseo general, el proponente debe tener experiencia en el servicio de aseo, sin que sea relevante el lugar en el cual ha prestado el servicio o quién ha sido el contratante.

»La experiencia es proporcional cuando tiene relación con el alcance, la cuantía y complejidad del contrato a celebrar. Por ejemplo, en un Proceso de Contratación de obra pública con un presupuesto oficial de 100 SMMLV, la experiencia exigida es proporcional si la Entidad Estatal exige que los proponentes hayan participado en Procesos de Contratación de 50 SMMLV del mismo tipo de obra.

[...]». [↑](#footnote-ref-10)
11. Esta conclusión cambió respecto del concepto C – 002 del 20 de febrero de 2020, para adecuarla a un mejor entendimiento de las normas sobre la experiencia. [↑](#footnote-ref-11)
12. 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-12)
13. Ver artículos 225 y ss. del Código de Comercio.

 [↑](#footnote-ref-13)
14. 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-14)
15. 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-15)
16. 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-16)
17. 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-17)
18. 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-18)