**EXPERIENCIA – Concepto**

La experiencia es aquella 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, cuando este certificado sea exigible de acuerdo con la Ley.

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”, y en este de forma particular, sobre la experiencia se centra en una de sus cualidades; y es su carácter personal, lo cual significa que quien tiene la experiencia lo hace debido a su participación, con anterioridad, en actividades que le permitieron conocer cómo ejecutar el objeto contractual que la entidad pretende satisfacer ahora.

**SOCIEDADES NUEVAS – Acreditación – Experiencia – Socios – Menos de 3 años de constitución**

Ahora bien como ya se ha señalado de forma previa, a pesar de que la experiencia es inherente a la persona que la ha obtenido, razón por la cual es, en principio, intransferible en virtud de su carácter personalísimo, por disposición legal o reglamentaria, casos excepcionales, como el señalado en el numeral 2.5 del artículo 2.2.1.1.1.5.2 del Decreto 1082 de 2015 y las reformas estatutarias de las personas jurídicas o de reorganización empresarial, en las que la persona jurídica no se liquida o aún no se liquida. En los cuales se busca permitir que las sociedades que no cuentan con la experiencia suficiente para contratar con el Estado puedan apoyarse en la experiencia de sus accionistas, socios o constituyentes con el fin de incentivar la competencia en la contratación estatal.

Así las cosas, el socio transfiere la experiencia adquirida directamente a la sociedad de la que es parte, para que esta, como persona jurídica independiente, pueda cumplir con los requisitos habilitantes o puntuales que establezcan las Entidades Estatales en sus procesos de contratación, y de esta forma promover el desarrollo de la empresa y la pluralidad de oferentes en la contratación pública.

**EXPERIENCIA – Reformas Estatuarias – Liquidación**

Para el caso de las reformas estatutarias de una sociedad, la Subdirección de Gestión Contractual, el concepto C-002 de 2020, modificó razonablemente su anterior tesis 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.

Conforme a lo anterior, 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.

Con esto se anticipa que, si la persona jurídica no desaparece, su experiencia se conserva y puede transferirse. Por el contrario, respecto de la “liquidación” de las sociedades comerciales, el Código de Comercio señala el procedimiento para realizar el inventario y distribución del patrimonio social, de lo cual se infiere que termina la persona jurídica y la experiencia desaparece junto con la sociedad que la adquirió.

**MULTA – Incumplimiento**

Por otro lado, las multas y la declaratoria de incumplimiento son sanciones administrativas impuestas por la entidad en cada contrato, frente a la falta, el retardo y/o imperfectos en la ejecución de las obligaciones pactadas. En principio, las consecuencias de estas sanciones no se proyectan más allá del marco del contrato en el que fueron impuestas. No obstante, dada la prevalencia de los principios de probidad, transparencia y eficiencia, en el marco de la respuesta al fenómeno de la corrupción en la contratación estatal, el legislador determinó que la declaratoria reiterada de estas sanciones, bien sea por la misma entidad o por varias, en uno o varios contratos, tuviera consecuencias negativas para el contratista más allá de los incumplimientos contractuales que las generaron.

Bogotá D.C., 31 de julio de 2024.



Señor

**Angel Manuel Reyes Díaz**

anredy01@gmail.com

Plato, Magdalena

|  |  |
| --- | --- |
|  | **Concepto C- 278 de 2024** |
| **Temas:**  | EXPERIENCIA – Concepto / SOCIEDADES NUEVAS – Acreditación – Experiencia – Socios – Menos de 3 años de constitución / EXPERIENCIA – Reformas Estatuarias – Liquidación / MULTA – Incumplimiento  |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta con radicado No. P20240524005454 |

Estimado señor Reyes:

En ejercicio de la competencia otorgada por los artículos 3, numeral 5º, y 11, numeral 8º, del Decreto Ley 4170 de 2011, así como lo establecido en el artículo 4 de la Resolución 1707 de 2018 expedida por esta Entidad, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente– responde su solicitud de consulta de fecha 24 de mayo de 2024, en la cual manifiesta lo siguiente:

“- ¿Es posibles que una empresa que se encuentre en proceso de liquidación pueda hacer parte como socio de otra empresa SAS, para usar esa experiencia?

- ¿Es posible que una persona natural a la que se haya impuesto una multa por incumplimiento estatal, pueda ser socia de una nueva empresa SAS y usar su experiencia?”.

De manera preliminar, resulta necesario acotar 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 particulares 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 del sistema de compra pública. 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.

Conforme lo expuesto, en aras de satisfacer el derecho fundamental de petición se resolverá su consulta dentro de los límites de la referida competencia consultiva, esto es, haciendo abstracción de las circunstancias particulares y concretas mencionadas en su petición, pero haciendo unas consideraciones sobre las normas generales relacionadas con los problemas jurídicos de su consulta.

1. **Problema planteado:**

De acuerdo con el contenido de su solicitud, esta Agencia resolverá los siguientes problemas jurídicos: i) ¿Una empresa que se encuentra en proceso de liquidación puede hacer parte como socia de una nueva empresa y aportar su experiencia?; ii) ¿Es posible que una persona natural a la que se haya impuesto una multa por un incumplimiento en un contrato estatal pueda ser socia de una nueva empresa y aportar su experiencia?

1. **Respuesta:**

|  |
| --- |
| 1. Frente al primer interrogante planteado, siempre que una persona jurídica no haya desaparecido, es decir, no cuente con liquidación en firme, su experiencia se conserva y puede transferirse, de tal manera que, si tiene la condición de socio, accionista o constituyente en una sociedad nueva que se cree, podrá aportarle dicha experiencia.

Respecto de la liquidación de las sociedades comerciales, el Código de Comercio señala el procedimiento para realizar el inventario y distribución del patrimonio social, a partir del cual termina la persona jurídica y su experiencia desaparece junto con la sociedad que la adquirió.1. Frente al segundo interrogante planteado, las multas, por regla general son conminatorias del cumplimiento de las obligaciones en razón al acaecimiento de incumplimientos parciales, mientras que la experiencia, constituye el conocimiento adquirido durante la realización de actividades iguales o similares a las previstas en el objeto del contrato.

Téngase presente que es voluntad de las personas naturales o jurídicas constituirse en empresas o asociarse con el animo de ejercer actividades económicas de causa lícita y frente a esta autonomía de la voluntad, las entidades estatales no tienen alcance por lo que si se quieren asociarse recae sobre su ámbito empresarial. Ahora bien, en caso de que uno de los socios de la nueva empresa se encuentre multado no afecta la validez de la experiencia anterior que este ha tenido, sigue conservándola. Y en el caso de la posibilidad de aportar la experiencia a una nueva empresa, también podrá hacerlo.Por otro lado, si uno de los socios resulta multado en uno de los contratos en la porción efectivamente cumplida[[1]](#footnote-2), y la experiencia de este fue registrada en el RUP por la nueva sociedad con el fin de acreditar ese requisito habilitante en un proceso de contratación, la multa del socio no afectaría la experiencia de la nueva sociedad, puesto que, esta sólo se extenderá a la sociedad en los eventos en que así se contemple expresamente en la norma y, teniendo en cuenta en cada caso, el tipo de sociedad.Ahora bien, dentro del conjunto de medidas administrativas, fiscales y penales adoptadas por la Ley 1474 de 2011, conocida como Estatuto Anticorrupción, se incluyó la creación de una inhabilidad para contratar por el incumplimiento reiterado en la ejecución de otros contratos estatales. Conforme a esto, el artículo 90 de la Ley 1474 de 2011 estableció: **“ARTÍCULO 90. INHABILIDAD POR INCUMPLIMIENTO REITERADO.** <Artículo modificado por el artículo [43](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1955_2019.html#43) de la Ley 1955 de 2019. Quedará inhabilitado el contratista que incurra en alguna de las siguientes conductas:a) Haber sido objeto de imposición de cinco (5) o más multas durante la ejecución de uno o varios contratos, con una o varias entidades estatales, durante los últimos tres (3) años;b) Haber sido objeto de declaratorias de incumplimiento contractual en por lo menos dos (2) contratos, con una o varias entidades estatales, durante los últimos tres (3) años;c) Haber sido objeto de imposición de dos (2) multas y un (1) incumplimiento durante una misma vigencia fiscal, con una o varias entidades estatales.d) Haber sido objeto de incumplimiento contractual o de imposición de dos (2) o más multas, con una o varias entidades, cuando se trate de contratos cuyo objeto esté relacionado con el Programa de Alimentación Escolar. Esta inhabilidad se extenderá por un término de diez (10) años, contados a partir de la publicación del acto administrativo que impone la inscripción de la última multa o incumplimiento en el Registro Único de Proponentes, de acuerdo con la información remitida por las entidades públicas.La inhabilidad pertinente se hará explícita en el Registro Único de Proponentes cuando a ello haya lugar.”En ningún caso debe confundirse la imposición de una multa con la declaratoria de caducidad, puesto que la segunda “tiene implicaciones graves para el contratista, entre ellas: no puede participar en nuevos procesos de selección de contratistas – inhabilidad-, debe renunciar a los contratos que tenga en ejecución –inhabilidad sobreviniente- y no tiene derecho a indemnización en el contrato caducado. Dicha previsión se encuentra establecida en el artículo 18 de la Ley 80 en los siguientes términos: “Si se declara la caducidad no habrá lugar a indemnización para el contratista, quien se hará acreedor a las sanciones e inhabilidades previstas en esta ley.” En el mismo sentido, el literal c) del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 establece que los contratistas que dieron lugar a la declaratoria de caducidad administrativa quedan inhabilitados para participar en procesos de selección. (…) el contratista que da lugar a la declaratoria de caducidad se hace acreedor a una sanción que lo inhabilita para celebrar negocios jurídicos con la administración. […]”[[2]](#footnote-3). |

1. **Razones de la respuesta:**

Lo anterior se sustenta en las siguientes consideraciones:

* El artículo 5 de la Ley 1150 de 2007[[3]](#footnote-4) dispone que la capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y organización de los proponentes serán objeto de verificación por parte de las Entidades Estatales como requisitos habilitantes para participar en los procesos de selección.
* La experiencia es aquella 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[[4]](#footnote-5), cuando este certificado sea exigible de acuerdo con la Ley.
* 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”[[5]](#footnote-6), y en este de forma particular, sobre la experiencia se centra en una de sus cualidades; y es su carácter personal, lo cual significa que quien tiene la experiencia lo hace debido a su participación, con anterioridad, en actividades que le permitieron conocer cómo ejecutar el objeto contractual que la entidad pretende satisfacer ahora[[6]](#footnote-7).
* 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.
* 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 […]”[[7]](#footnote-8).
* Ahora bien como ya se ha señalado de forma previa, a pesar de que la experiencia es inherente a la persona que la ha obtenido, razón por la cual es, en principio, intransferible en virtud de su carácter personalísimo, por disposición legal o reglamentaria, casos excepcionales, como el señalado en el numeral 2.5 del artículo 2.2.1.1.1.5.2 del Decreto 1082 de 2015 [[8]](#footnote-9)y las reformas estatutarias de las personas jurídicas o de reorganización empresarial, en las que la persona jurídica no se liquida o aún no se liquida. En los cuales se busca permitir que las sociedades que no cuentan con la experiencia suficiente para contratar con el Estado puedan apoyarse en la experiencia de sus accionistas, socios o constituyentes con el fin de incentivar la competencia en la contratación estatal.
* Así las cosas, el socio transfiere la experiencia adquirida directamente a la sociedad de la que es parte, para que esta, como persona jurídica independiente, pueda cumplir con los requisitos habilitantes o puntuales que establezcan las Entidades Estatales en sus procesos de contratación, y de esta forma promover el desarrollo de la empresa y la pluralidad de oferentes en la contratación pública.
* Para el caso de las reformas estatutarias de una sociedad, la Subdirección de Gestión Contractual, el concepto C-002 de 2020, modificó razonablemente su anterior tesis [[9]](#footnote-10)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.
* Conforme a lo anterior, 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[[10]](#footnote-11).
* Con esto se anticipa que, si la persona jurídica no desaparece, su experiencia se conserva y puede transferirse. Por el contrario, respecto de la “liquidación” de las sociedades comerciales, el Código de Comercio señala el procedimiento para realizar el inventario y distribución del patrimonio social, de lo cual se infiere que termina la persona jurídica[[11]](#footnote-12) y la experiencia desaparece junto con la sociedad que la adquirió.
* En este punto, resulta importante mencionar algunas reformas estatutarias, de cara a analizar cómo opera la transferencia de experiencia:
1. **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[[12]](#footnote-13).

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.

1. **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”.[[13]](#footnote-14)

En ese sentido, esta Subdirección considera que las sociedades que reciben una parte del patrimonio de una sociedad que continúa existiendo, no reciben su experiencia, ya que no es posible que varias sociedades tengan la misma experiencia, duplicándola tantas veces se haya fraccionado el patrimonio, porque la experiencia pertenece a quien la adquirió ejecutando los contratos a su cargo.

La segunda modalidad se trata de una sociedad que se “disuelve” sin “liquidarse”, esto es, que implica una reforma social, lo cual no ocurre con la primera modalidad, y también existe fraccionamiento del patrimonio con el mismo fin[[14]](#footnote-15). Como se observa, participa una sociedad y otra, u otras, que reciben la transferencia del patrimonio en bloque.

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.

**c) Fusión:** Es una figura con cuatro (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[[15]](#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[[16]](#footnote-17);

iv) abreviada: solo aplica cuando una Sociedad por Acciones Simplificada (S.A.S.)

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.

Lo anterior, es ratificado 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[[17]](#footnote-18). 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”[[18]](#footnote-19). (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*. 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.

* De lo anteriormente expuesto, se pueden extraer cuatro (4) conclusiones relevantes respecto de la experiencia, para evaluar a continuación las figuras y reformas estatutarias de las sociedades comerciales, las cuales han sido sostenidas por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente en diversas ocasiones, como el concepto C-088 de 2024[[19]](#footnote-20):

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.

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. Así las cosas, respondiendo al problema jurídico número uno, es menester indicar que, si la sociedad está en proceso de liquidación, pero aún no se ha liquidado se puede aportar la experiencia obtenida en una sociedad nueva de la que se haga socio, pero si la sociedad ya se liquidó, dado que desaparece, no es posible transferir la experiencia.

* Por otro lado, las multas y la declaratoria de incumplimiento son sanciones administrativas impuestas por la entidad en cada contrato, frente a la falta, el retardo y/o imperfectos en la ejecución de las obligaciones pactadas. En principio, las consecuencias de estas sanciones no se proyectan más allá del marco del contrato en el que fueron impuestas. No obstante, dada la prevalencia de los principios de probidad, transparencia y eficiencia, en el marco de la respuesta al fenómeno de la corrupción en la contratación estatal, el legislador determinó que la declaratoria reiterada de estas sanciones, bien sea por la misma entidad o por varias, en uno o varios contratos, tuviera consecuencias negativas para el contratista más allá de los incumplimientos contractuales que las generaron.
* En ese sentido, dentro del conjunto de medidas administrativas, fiscales y penales adoptadas por la Ley 1474 de 2011, conocida como Estatuto Anticorrupción, se incluyó la creación de una inhabilidad para contratar por el incumplimiento reiterado en la ejecución de otros contratos estatales. Conforme a esto, el artículo 90 de la Ley 1474 de 2011 estableció:

**“ARTÍCULO 90. INHABILIDAD POR INCUMPLIMIENTO REITERADO.** <Artículo modificado por el artículo [43](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1955_2019.html#43) de la Ley 1955 de 2019. Quedará inhabilitado el contratista que incurra en alguna de las siguientes conductas:

a) Haber sido objeto de imposición de cinco (5) o más multas durante la ejecución de uno o varios contratos, con una o varias entidades estatales, durante los últimos tres (3) años;

b) Haber sido objeto de declaratorias de incumplimiento contractual en por lo menos dos (2) contratos, con una o varias entidades estatales, durante los últimos tres (3) años;

c) Haber sido objeto de imposición de dos (2) multas y un (1) incumplimiento durante una misma vigencia fiscal, con una o varias entidades estatales.

d) Haber sido objeto de incumplimiento contractual o de imposición de dos (2) o más multas, con una o varias entidades, cuando se trate de contratos cuyo objeto esté relacionado con el Programa de Alimentación Escolar. Esta inhabilidad se extenderá por un término de diez (10) años, contados a partir de la publicación del acto administrativo que impone la inscripción de la última multa o incumplimiento en el Registro Único de Proponentes, de acuerdo con la información remitida por las entidades públicas.

La inhabilidad pertinente se hará explícita en el Registro Único de Proponentes cuando a ello haya lugar.”

* Ahora bien, el numeral 6.2 del artículo 6 de la Ley 1150 de 2007 obliga a las entidades públicas a reportar a la Cámara de Comercio correspondiente la información sobre contratos, multas y sanciones[[20]](#footnote-21). Dicha obligación también es congruente con el artículo 31 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 218 del Decreto 19 de 2012, que estableció los deberes de publicar en el SECOP y de comunicar a las Cámaras de Comercio, la parte resolutiva, de los actos que impongan multas y sanciones, entre otras decisiones[[21]](#footnote-22).
* En este sentido, es importante resaltar que las multas, por regla general son conminatorias del cumplimiento de las obligaciones en razón al acaecimiento de incumplimientos parciales[[22]](#footnote-23), mientras que la experiencia, constituye el conocimiento adquirido durante la realización de actividades iguales o similares a las previstas en el objeto del contrato.
* Ahora bien, la Superintendencia de Sociedades ha dicho que una vez cumplidos con los requisitos de creación de cada tipo de sociedad, se produce la *“separación y distinción subjetiva y patrimonial”*, [[23]](#footnote-24)es decir, se produce la separación de derechos y obligaciones de la persona jurídica y sus socios.
* De tal manera que, existe una regla general que establece que las sanciones administrativas (declaratoria de caducidad de un contrato, incumplimiento y aplicación de clausula penal) y su consecuente inhabilidad para contratar, no será trasladada a los socios cuando se trate de sociedades de capital.
1. **Referencias normativas, jurisprudenciales y otras fuentes:**

|  |
| --- |
| * Ley 1150 de 2007: Artículo 5.
* Decreto 1082 de 2015: Artículo 2.2.1.1.1.5.2, numerales 2.1. y 2.5.
* Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera Subsección C. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. Bogotá D.C., 24 de octubre de 2013. Radicación número: 24697.
* “Manual para determinar y verificar requisitos habilitantes en los procesos de contratación”. Disponibles en: <https://colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce-eicp-ma-04._manual_requisitos_habilitantes_v3_29-09-2023.pdf>
* Guía de Asuntos Corporativos en los Procesos de Contratación. Disponible en: <https://colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_guia_asuntos_corporativos.pdf>
* Oficio 220-001012 del 12 de enero de 2021 Expedido por la Superintendencia de sociedades. Disponible en: https://franciscofajardoabogados.com/wp-content/uploads/2023/06/3.-OFICIO-220-001012-DE-2021.pdf
 |

1. **Doctrina de la Agencia Nacional de Contratación Pública:**

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, C-820 del 29 de noviembre de 2022 y C-121 de 12 de mayo de 2023, ente otros.

Por su parte, sobre la acreditación de experiencia de socios por parte de sociedades con menos de tres (3) años de constitución y sobre la transferencia de la experiencia a esta nueva sociedad temas que ha sido estudiados por esta Subdirección en los conceptos C-405 del 10 de agosto de 2021, C-415 del 10 de agosto de 2021, C- 429 del 17 de agosto de 2021, C- 539 del 27 de septiembre de 2021, C-034 del 2 de marzo de 2022, C-144 del 28 de marzo de 2022, C-239 del 26 de abril de 2022, C-324 del 20 mayo de 2022, C-456 del 15 de julio de 2022, C-447 del 19 de julio de 2022, C 779 de 2022, C-450 de 2023 , C-088 del 13 de junio de 2024 y C-223 del 29 de julio de 2024. Estos y otros conceptos se encuentran disponibles para consulta en el Sistema de relatoría de la Agencia, al cual se puede acceder a través del siguiente enlace: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos>.

También le invitamos a consultar las versiones I y II de 2024 del Boletín de Relatoría de la Subdirección de Gestión Contractual, las cuales puede descargar en la página web de la Agencia: <https://www.colombiacompra.gov.co/sala-de-prensa/boletin-digital>

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Diana Lucia Saavedra CastañedaContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Cielo Victoria González MezaContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Carolina Quintero GacharnáSubdirectora de Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. Superintendencia de Sociedades, en su Circular Externa 100-000002 del 2022, establece, en el numeral 1.9.2.2.2. [↑](#footnote-ref-2)
2. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera Subsección C. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. Bogotá D.C., 24 de octubre de 2013. Radicación número: 24697. [↑](#footnote-ref-3)
3. [↑](#footnote-ref-4)
4. 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-5)
5. [↑](#footnote-ref-6)
6. [↑](#footnote-ref-7)
7. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 20 de abril del 2022. Radicación Nro. 54482. C.P.: Jaime Enrique Rodríguez Navas. [↑](#footnote-ref-8)
8. Numeral 2.5. del artículo 2.2.1.1.1.5.2. del Decreto 1082 de 2015, “Si la constitución del interesado es menor a tres (3) años, puede acreditar la experiencia de sus accionistas, socios o constituyentes”. [↑](#footnote-ref-9)
9. 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 […]”. [↑](#footnote-ref-10)
10. 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-11)
11. Ver artículos 225 y ss. del Código de Comercio.

 [↑](#footnote-ref-12)
12. 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-13)
13. Concepto C 088-2024 Expedido por la Agencia Nacional de Compra Pública. [↑](#footnote-ref-14)
14. 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)
15. 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)
16. 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)
17. 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-18)
18. Superintendencia de Sociedades. Oficio 220- 063311 del 6 de abril de 2020. [↑](#footnote-ref-19)
19. Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente. Concepto C-088 del 13 de junio de 2024. [↑](#footnote-ref-20)
20. En lo pertinente, la norma dispone que “Las entidades estatales enviarán mensualmente a la Cámara de Comercio de su domicilio, la información concerniente a los contratos, su cuantía, cumplimiento, multas y sanciones relacionadas con los contratos que hayan sido adjudicados, los que se encuentren en ejecución y los ejecutados.

Las condiciones de remisión de la información y los plazos de permanencia de la misma en el registro serán señalados por el Gobierno Nacional.

El servidor público encargado de remitir la información, que incumpla esta obligación incurrirá en causal de mala conducta”. [↑](#footnote-ref-21)
21. Ley 80 de 1993: “Artículo 31. De la publicación de los actos y sentencias sancionatorias. <Artículo modificado por el artículo [218](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_0019_2012_pr004.html#218) del Decreto 19 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> La parte resolutiva de los actos que declaren Ia caducidad, impongan multas, sanciones o declaren el incumplimiento, una vez ejecutoriados, se publicarán en el SECOP y se comunicarán a Ia cámara de comercio en que se encuentre inscrito el contratista respectivo. También se comunicarán a Ia Procuraduría General de Ia Nación”. [↑](#footnote-ref-22)
22. Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente. Concepto C-195 del 12 de abril de 2022. [↑](#footnote-ref-23)
23. Oficio 220-001012 del 12 de enero de 2021 Expedido por la Superintendencia de sociedades [↑](#footnote-ref-24)