



CCE-DES-FM-17

Bogotá, 13 Julio 2021

Señor
Esteban Posada Jaramillo
Ciudad

Concepto C – 343 de 2021

Temas: EXPERIENCIA – Concepto – Colombia Compra Eficiente / EXPERIENCIA – Transformación / EXPERIENCIA – Escisión / EXPERIENCIA – Fusión.

Radicación: Respuesta a consulta No. P20210531004773

Estimado señor Posada:

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 remitida por Confecámaras el 31 de mayo de 2021.

1.Problema Planteado

El peticionario realiza solicitud de «alcance normativo» en relación con la postura de esta Agencia sobre la posibilidad de transferir experiencia en los casos de fusión de sociedades. Al respecto pregunta:

«[...] i. Se me aclare, si en el caso de la fusión de sociedades, la sociedad absorbente puede o no puede inscribir la experiencia de la sociedad absorbida como propia en el registro único de proponentes.

»ii. En caso de ser negativa la respuesta, se pide aclarar el motivo del por qué desconocen los conceptos de la misma Colombia Compra Eficiente.

»iii. Adicionalmente, si la experiencia es negativa, se pide entregar la información donde la Cámara de Comercio le haya preguntado a Confecámaras y Colombia Compra Eficiente el sustento de la negativa de transferir experiencia vía fusión pese a los conceptos de Colombia Compra Eficiente, concepto que cabe aclarar se supone que no son vinculantes, pero en Colombia ninguna entidad de carácter público desconoce el concepto de un ente regulador».

2. Consideraciones

Para emitir una respuesta, esta Subdirección analizará previamente los siguientes temas: i) el concepto de experiencia en la contratación pública y ii) los efectos de las figuras y reformas estatutarias sobre la experiencia de las sociedades comerciales en la contratación estatal.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se ha pronunciado sobre el tema objeto de la consulta en los conceptos C-491 del 27 de julio de 2020, C-584 del 31 de agosto de 2020, C-002 del 9 de febrero de 2021 y C -115 del 29 de marzo de 2021, en los que se estudió la procedencia de la transferencia de experiencia en las figuras de transformación, fusión y escisión. La tesis expuesta en estos conceptos se reitera a continuación.

2.1. Naturaleza jurídica de los conceptos emitidos por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente

En el presente aparte se retoman las consideraciones efectuadas en el Concepto C-418 del 27 de julio de 2020, en el cual se estudió la función de interpretación normativa atribuida a esta Agencia sobre las normas contractuales y, con base en ello, se aclarará la naturaleza de los conceptos expedidos por esta entidad.

Al respecto, es necesario tener en cuenta que la competencia de la Agencia se encuentra circunscrita a la resolución de consultas y solicitudes relativas a la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, resolver consultas sobre casos particulares desborda las atribuciones asignadas por el legislador, que no concibió a la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente como una autoridad con funciones dirigidas a la solución de problemas jurídicos particulares y concretos, especialmente, cuando el conocimiento de estos últimos corresponde a las autoridades judiciales y a los organismos de control.

De este modo, resulta evidente que la competencia de esta entidad está provista de 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 pública¹. Lo anterior, en la medida en que, para resolver una consulta de carácter particular, además de conocer un sinnúmero de detalles de la actuación administrativa, es necesario acceder al expediente y a los documentos del

¹ La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente fue creada por el Decreto Ley 4170 de 2011. Su objetivo es servir como ente rector de la política de compras y contratación del Estado. Para tales fines, como órgano técnico especializado, le corresponde formular políticas públicas y normas y unificar los procesos de contratación estatal, con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado. El artículo 3 *ibidem* señala, de manera precisa, las funciones de Colombia Compra Eficiente. Concretamente, el numeral 5º de este artículo establece que le corresponde a esta entidad: «[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública». Seguidamente, el numeral 8º del artículo 11 *ibidem* señala que es función de la Subdirección de Gestión Contractual: «[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general».

procedimiento contractual donde surge la inquietud; razón por la cual, al no ser un órgano judicial, ni una entidad de vigilancia, inspección o control en materia contractual, carece de la facultad para desempeñar estas funciones.

En ejercicio de las competencias consagradas en los artículos 3, numeral 5, 11, numeral 8, 12, numeral 6, y 13, numeral 4, 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. El alcance de la competencia consultiva encuentra fundamento normativo en el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015, que dispone lo siguiente:

«Artículo 28. Alcance de los conceptos. Salvo disposición legal en contrario, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución.»

La norma citada prevé que los conceptos emitidos por las autoridades, como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas, no son de obligatorio cumplimiento o de imperativa ejecución, es decir, no tienen efectos vinculantes. Al respecto, es preciso advertir que los conceptos contienen la posición hermenéutica de la Subdirección de Gestión Contractual en relación con determinado aspecto del ordenamiento jurídico. Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales.

En otras palabras, los conceptos de esta Agencia tienen como objeto la interpretación de normas de carácter general, esto es, del ordenamiento jurídico en abstracto, no la resolución de controversias o la asesoría para casos concretos; además, no son vinculantes o de obligatorio cumplimiento para el destinatario, sino que expresan la posición interpretativa del ente que elabora el concepto.

En concordancia con ello, en concepto reciente –C-176 del 19 de abril de 2021– se puso de presente como esta posición es compartida por varias entidades públicas que ejercen la misma función. Por ejemplo, la Procuraduría General de la Nación aclaró que el concepto «[...] sólo constituye un criterio auxiliar de interpretación y que no tiene carácter vinculante de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 230 de la Constitución Política, 5° de la Ley 153 de 1887 y 28 de la ley 1437 de 2011»². Igualmente, en concepto del año 2017³, la Contraloría General de la República precisó que los «[...] conceptos emitidos por la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República, son orientaciones de carácter general que [...] no son de obligatorio cumplimiento o ejecución, ni tienen el carácter de

² Procuraduría General de la Nación. Concepto del 15 de octubre de 2014. Procuraduría Delegada para Asuntos Disciplinarios. Radicado PAD C-114-2014.

³ Contraloría General de la República. Oficina Jurídica. Concepto 80112-OJ-008 2017.

fuente normativa y sólo pueden ser utilizados para facilitar la interpretación y aplicación de las normas jurídicas vigentes [...]».

En términos generales, lo que se busca con el ejercicio de la función consultiva es que la opinión jurídica de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente sea un criterio de orientación para los operadores jurídicos, sin que ello suponga resolver un problema entre partes o asumir la *única* posible interpretación de una disposición normativa. Esto no descarta que, en la práctica, al emitirse la opinión sobre la interpretación del ordenamiento jurídico, exista coincidencia con el criterio que expone alguna de las partes o la persona que solicita la consulta, circunstancia que no descarta interpretaciones diferentes⁴.

Las autoridades que ejercen funciones consultivas pueden expresar su interpretación de un precepto normativo que no excluye otras interpretaciones posibles, pues el derecho, como sistema normativo, es un lenguaje que, en ocasiones, se tiñe de vaguedad, en virtud de la utilización de conceptos jurídicos indeterminados. Así, puede pasar, por ejemplo, que un ministerio considere que una norma debe entenderse en un sentido, pero que otra entidad, vinculada o adscrita a ese ministerio, entienda que la misma norma debe interpretarse de otra manera. Eso hace parte de la lógica deliberativa y dialéctica del funcionamiento del Estado y refleja el principio democrático.

De todos modos, esto no significa que el criterio de una u otra tenga validez o prevalencia sobre la otra, ya que se trata de opiniones emitidas a título de concepto, pese a que entre las entidades exista una jerarquía o de la naturaleza y competencias que se prediquen de una y otra. Incluso, aun cuando los jueces interpreten con autoridad el sentido de la disposición normativa, el concepto emitido por la entidad no deja de ser un concepto y no adquiere efectos vinculantes, por más que coincida con el de la autoridad judicial, pues, en esa hipótesis, lo que vincula es la decisión del juez, no el de la entidad que ejerció la función consultiva, pues, como se viene diciendo, dicha competencia se enmarca en el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011. En otras palabras, los conceptos «no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución».

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 estatal⁵. En ese

⁴ ARBOLEDA PERDONO, Enrique José. Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (2ª ed.). Editorial Legis. Bogotá. 2012. p.59.

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

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 contratar⁶.

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 – RUP⁷, 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 documentación⁸.

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 60 de la presente ley, de acuerdo con lo cual se expedirá la respectiva certificación».

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».

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.

[...]».

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.

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 nivel⁹. 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*. 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 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 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 ahora¹⁰.

»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».

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».

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,

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. 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.

Finalmente, se pueden extraer cuatro conclusiones relevantes para evaluar a continuación 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 constitución¹¹.

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.

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.

[...]».

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.

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.

De lo anterior se sigue 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 y C-584 del 31 de agosto de 2020, 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 «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, 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, lo cual se ratifica ahora.

2.2. 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 ley¹², 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. 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 jurídica¹³ y la experiencia desaparece junto con la sociedad que la adquirió.

a) Transformación

Es una reforma a los estatutos de una sociedad comercial, en la cual se detalla la naturaleza jurídica, composición, estructura, capital, entre otros, con el propósito de transformar o cambiar la forma o tipo societario que adoptó, como sociedad anónima, limitada, en comandita, etc. Es decir, si una sociedad se crea como sociedad de responsabilidad limitada, y, sin «disolverse», decide adoptar la figura de sociedad anónima, lo podrá hacer mediante una reforma estatutaria, sin que se interrumpa la continuidad de la sociedad comercial o persona jurídica¹⁴. 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

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».

¹³ Ver artículos 225 y ss. del Código de Comercio.

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».

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

La segunda modalidad se trata de una sociedad que se «disuelve» sin «liquidarse», esto es, que implica una reforma social, lo cual no ocurre con la primera modalidad, y también existe fraccionamiento del patrimonio con el mismo fin¹⁵. Como se observa, participa una sociedad y otra, u otras, que reciben la transferencia del patrimonio en bloque.

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

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 escidente, se apruebe una participación diferente».

puede adquirir experiencia, pero no puede transferirla porque le pertenece, al ser quien la adquirió.

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

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

c) Fusión

Es una figura con 4 tipologías: i) por absorción: una o más sociedades se «disuelven» sin «liquidarse» para ser absorbidas por otra existente; ii) por creación: una o más sociedades se «disuelven» sin «liquidarse» para ser absorbidas por otra nueva¹⁶; 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 sociedad¹⁷; 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 absorción¹⁸. La norma no se refiere a la «disolución de la

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».

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».

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

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 transferencia ocurre porque la persona jurídica continúa a través de otra, esto es, deja de ser quien es, pero no desaparece porque otra sociedad se convierte en ella, ya sea una sociedad nueva cuando es fusión por creación, o una sociedad existente en la fusión por absorción. La experiencia no se comparte, porque para esto la sociedad debería continuar individualmente considerada, pero en este evento continúa a través de otra, a quien le transfiere su experiencia y todos sus derechos y obligaciones, de conformidad con el artículo 172 y siguientes del Código de Comercio.

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

Esta postura en torno a la validez de la transferencia de experiencia de la sociedad absorbida a la absorbente es compartida por la Superintendencia de Sociedades. Dicha entidad en ejercicio de la función consultiva ha manifestado que esta figura es adecuada que la sociedad absorbida transfiera a la segunda sus atributos en lo relacionado con la experiencia¹⁹. Al respecto se ha manifestado:

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».

¹⁹ 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.

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, RUP²⁰. [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*²¹. Caso contrario ocurre con la posibilidad de que una sociedad, durante los primeros tres (3) años de su constitución—e incluso después— pueda acreditar como suya la experiencia de socios, supuesto regulado por el numeral 2.5 del artículo 2.2.1.1.1.5.2 del Decreto 1082 de 2015.

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

²⁰ Superintendencia de Sociedades. Oficio 220- 063311 del 6 de abril de 2020.

²¹ 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 [...].».

de actualización o renovación del RUP, en el marco del cual se haya consolidado la transferencia de experiencia.

3. Respuesta

i) «Se me aclare, si en el caso de la fusión de sociedades, la sociedad absorbente puede o no puede inscribir la experiencia de la sociedad absorbida como propia en el registro único de proponentes».

Conforme a lo expuesto, en la fusión por absorción, una sociedad se «disuelve» pero no se liquida, para ser absorbidas por otra o para crear una nueva. En ese sentido, la sociedad absorbida y la absorbente, no coexisten una vez hecha la fusión, ni la absorción implica que la liquidación de la primera, sino que una persona continúa a través de la otra, ya que el legislador así lo dispuso.

En consecuencia, en la fusión por absorción es posible que la sociedad absorbente obtenga la experiencia de la 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.

En todo caso, para que la experiencia pueda ser acreditada por la sociedad absorbente, en especial en aquellos procesos donde es obligatorio el RUP, es necesario que la experiencia de la sociedad absorbida conste en el RUP de la absorbente, para lo que esta deberá adelantar el respectivo trámite actualización o renovación.

ii). «En caso de ser negativa la respuesta, se pide aclarar el motivo del por qué desconocen los conceptos de la misma Colombia Compra Eficiente»

iii) «Adicionalmente, si la experiencia es negativa, se pide entregar la información donde la Cámara de Comercio le haya preguntado a Confecámaras y Colombia Compra Eficiente el sustento de la negativa de transferir experiencia vía fusión pese a los conceptos de Colombia Compra Eficiente, concepto que cabe aclarar se supone que no son vinculantes, pero en Colombia ninguna entidad de carácter público desconoce el concepto de un ente regulador».

En atención a la competencia consultiva atribuida por el numeral 5 del artículo 3 y el numeral 8 del artículo 11 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública está facultada para atender solicitudes relacionadas con temas contractuales, pero solo para «absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general». Los conceptos expedidos por esta Agencia contienen su posición hermenéutica respecto de la aplicación de las normas que se consultan, sin perjuicio de que existan otras interpretaciones plausibles de la aplicación de una disposición precedente respecto un caso concreto. Tales conceptos además se expiden de conformidad con lo dispuesto en el

artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, modificada por la Ley 1755 de 2015, por lo que no tienen carácter vinculante.

De acuerdo con esto, la postura expuesta en este concepto tiene sustento en las consideraciones hechas en torno a las normas que rigen la experiencia y la figura de la fusión por absorción, mas no en información o solicitudes que se hayan hecho relativas a que se permita o no que las sociedades absorbentes acrediten la experiencia de las absorbidas. En todo caso, se reitera, la función de esta Agencia frente al tema es de carácter consultivo y se atiene a la resolución de las inquietudes planteadas por los peticionarios sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de contratación estatal, sin que las interpretaciones o posturas hermenéuticas adoptadas resulten obligatorias para las entidades estatales o particulares.

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

Atentamente,

Original Firmado
Jorge Augusto Tirado Navarro

JORGE AUGUSTO TIRADO NAVARRO
SUBDIRECTOR DE GESTIÓN CONTRACTUAL

Elaboró: Melissa Fernández Reinoso.
Analista T2-2 de la Subdirección de Gestión Contractual

Revisó: Alejandro Sarmiento Cantillo
Gestor T1-11 de la Subdirección de Gestión Contractual

Aprobó: Jorge Augusto Tirado Navarro
Subdirector de Gestión Contractual ANCP - CCE