

OFICIO: 220-130344 04 DE JULIO DE 2023

ASUNTO: TRANSFERENCIA DE LA EXPERIENCIA EN PROCESOS DE FUSIÓN – INSCRIPCIÓN DE LA EXPERIENCIA EN EL RUP

Me refiero a su escrito radicado en esta Superintendencia como se indica en la referencia mediante el cual eleva una consulta en los siguientes términos:

“(…) ¿Le es posible a un proponente/sociedad “A” presentar y registrar en el RUP como suya la experiencia de otra sociedad “B” que en los términos del artículo 172 del Código de Comercio fue disuelta para ser absorbida por esa sociedad “A”? Entendemos que en el marco de lo dispuesto por esta figura jurídica, la sociedad absorbente “A” integra la totalidad del patrimonio de la sociedad disuelta “B” al suyo, lo que en principio incluye su experiencia y por ende el derecho a inscribirla en su RUP, ¿es correcto?”

Previamente a responder sus inquietudes, debe señalarse que esta Superintendencia, con fundamento en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, emite conceptos de carácter general sobre las materias a su cargo, por lo cual sus respuestas a las consultas no son vinculantes ni comprometen la responsabilidad de la entidad.

Advertido lo anterior, esta Oficina se permite dar respuesta a su consulta trayendo a colación el Oficio 220-063311 del 6 de abril de 2020, cuya copia digital se anexa a esta respuesta, por cuanto su contenido se refiere a idénticos tópicos sobre los que orbita la misma. Es de anotar que el contenido del mismo se encuentra plenamente vigente dado que se sustenta en lo dispuesto en el artículo 2º del Decreto 1510 de 2013, compilado en el artículo 2.2.1.1.1.5.3. del Decreto 1082 de 2015.

En el citado oficio, que compila varios de los pronunciamientos de la Oficina relacionados con el tema, se señala lo siguiente:

“(…) procede esta oficina, según lo solicitado, a ampliar el sentido de lo expresado en su Oficio 220-115230 del 30 de julio de 2018 mediante el cual conceptuó, a propósito de los procesos de contratación estatal, que una sociedad proponente que ha actuado como absorbente en una fusión, puede acreditar como suya la experiencia de la compañía absorbida, empero, que resulta discrecional para la entidad contratante aceptarla. También se menciona en dicho oficio que a la autoridad registral Mercantil le asiste la facultad de inscribir, o no, en el Registro Único de Proponentes, RUP, la experiencia de una sociedad absorbida a nombre de su absorbente.

“(…)”

“1. En torno al tema los derechos que se adquieren por la sociedad absorbente como consecuencia de la fusión, esta Superintendencia ha expuesto de manera reiterada su concepto, así:

(…) En conclusión, este Despacho es del criterio que si a través de la fusión, se integran el patrimonio y las empresas de las sociedades participantes, le es dable a la absorbente invocar como suya la experiencia de la sociedad absorbida, ya que ésta también entra a formar parte del patrimonio de la absorbente o nueva sociedad como anota el doctor Gabino Pinzón, cuyo criterio acoge esta Entidad, “no se trata de una fusión de empresarios, sino de empresas, esto es, de la actividad de cada una de las sociedades”.

Sin embargo, será discrecional de las entidades contratantes, aceptar o no, respecto de una sociedad que se haya fusionado la experiencia de las absorbidas para acreditarla como suya, como igual lo será de la Cámara de Comercio para su inscripción en el registro de proponentes, teniendo en cuenta las condiciones que al efecto establece el Decreto 92 de 1998, por el cual se reglamenta la clasificación y calificación en el Registro único de proponentes.”

Del concepto expuesto se colige que los argumentos abordan el tema desde la perspectiva de que la experiencia pueda ser invocada por la absorbente o por la sociedad nueva que se cree, únicamente para acreditar esa formalidad frente a un proceso de selección en la adjudicación de un contrato, por ello advierte que es discrecional de la entidad contratante, aceptarla o no, como igual lo será la Cámara de Comercio para la inscripción en el registro de proponentes.

A lo anterior restaría agregar que el tema ha de ser tratado a la luz del artículo 60 del Decreto 2474 de 2008, por el cual se reglamentan parcialmente las normas que la regulen, como es el caso del Decreto 2474 de 2008, al que obviamente deberán estarse las Entidades a que haya lugar para determinar los requisitos y condiciones que sea necesario exigir, en atención a los contratos que bajo su responsabilidad se celebren, amén del carácter general y obligatorio que emana de la ley (…).”

*Sea lo primero mencionar que el Estatuto General de la Contratación Pública conformado por la Ley 80 de 1993 y sus normas modificatorias, prevén respecto de los procesos de contratación de las entidades públicas que debe primar el factor objetivo, materializado en la elección del ofrecimiento **objetivamente** más favorable a los intereses económicos y a las necesidades de la entidad convocante.*

Los ofrecimientos u ofertas únicamente serán evaluados por la entidad si provienen de quienes queden habilitados para ello, es decir, de aquellos proponentes que cumplan el mínimo de los requisitos habilitantes para continuar en el proceso, como son los de experiencia, capacidad jurídica, capacidad financiera y capacidad organizacional⁴, en los términos y condiciones exigidos por ésta.

Como lo dispone el artículo 2.2.1.1.1.5.3 del Decreto 1082 de 2015, los requisitos habilitantes se prueban a través del certificado expedido por el Registro Único de Proponentes, administrado por las cámaras de comercio, el cual refleja la información que sobre este tópico haya sido registrada por el mismo proponente.

En relación con la experiencia a acreditar, el numeral 2.5 del artículo 2.2.1.1.1.5.3 del mencionado Decreto 1082 prevé que, adicionalmente a la experiencia propia de la compañía, ésta podrá invocar aquella adquirida con ocasión de su participación en consorcios y uniones temporales, mientras que el artículo 2.2.1.1.1.2, ídem, prevé que durante los tres (3) primeros años que siguen a la constitución de una compañía, ésta podrá invocar como suya la experiencia de sus accionistas, asociados o constituyentes.

Ahora, ha sido doctrina de esta entidad que en los procesos de contratación pública las compañías puedan invocar la experiencia de las sociedades que han absorbido, porque con la fusión, no solo se propende por el fortalecimiento económico de la sociedad absorbente, sino también por el robustecimiento integral de la misma.

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.

Con el fin de ahondar sobre esta posición, le recomendamos remitirse a los siguientes oficios proferidos por esta oficina, cuyo texto completo puede ser consultado en el sitio www.supersociedades.gov.co/doctrina/ConceptosJurídicos:

- 220-072759 del 14 de mayo de 2014.
- 220-010343 del 30 de marzo de 2001.
- 220-100613 del 14 de julio de 2015.
- 220-079814 del 31 de agosto de 2015.
- 220-142284 del 15 de julio de 2016.
- 220-021203 del 21 de abril de 2006.

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. Esto no obsta para que las autoridades de registro empresarial, discrecionalmente acepten, o no, esta misma posición.

(...)"

Adicionalmente, de manera informativa se pone de presente que la Agencia Nacional de Contratación Pública, Colombia Compra Eficiente, mediante concepto C-222 del 29 de marzo de 2020 señaló:

“(...) EXPERIENCIA – Características

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

ii) La experiencia se puede compartir, sin que implique que la que le hayan compartido a una persona se entienda suya, ya que dentro del procedimiento contractual se reflejará que esa persona tiene la experiencia de otra, como es el caso de la que le aportan los socios a las sociedades con menos de 3 años de constitución, lo cual constará en el RUP; o de las figuras asociativas –consorcios y uniones temporales– que se verificará en el documento privado de constitución.

iii) La experiencia se puede transferir, y es diferente a compartir, puesto que implica que la experiencia de una persona se traslada a otra, y esta última acredita esa experiencia como propia, lo cual es el caso de las figuras y reformas estatutarias como transformación, fusión y escisión.

iv) Solo es posible transferir o compartir la experiencia de una persona natural o jurídica a otra, en los casos señalados en los numerales anteriores, por lo cual no es posible que se acredite la experiencia adquirida por un tercero –que es otra persona diferente a la principal– sin que se relacione con lo establecido, ya que la experiencia es personal, esto es, de quien la adquirió.

*No obstante, las entidades son autónomas en la estructuración de sus procedimientos contractuales, por lo cual en sus pliegos de condiciones pueden establecer una regla de acreditación de la experiencia que permita que el proponente incluya la de otras personas o terceros para cumplir el requisito habilitante. (...)*¹.

Así las cosas, tenemos que: i) Sí es posible para la sociedad absorbente adquirir a través de la fusión la experiencia de la sociedad absorbida en tanto que puede invocarla como suya frente a procesos de contratación estatal, pero será discrecional de la entidad pública contratante aceptarla en tales condiciones, y ii) Resulta viable la inscripción de la experiencia adquirida por una sociedad absorbente a propósito de una fusión en el Registro Único de Proponentes, RUP, lo cual será evaluado en cada caso particular por las Cámaras de Comercio.

De conformidad con lo expuesto, se respondió de manera cabal su consulta. Se reitera que los efectos del presente pronunciamiento son los descritos en el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011 y que en la página web de esta entidad puede consultar directamente la normatividad, así como los conceptos que la misma ha emitido sobre las materias de su competencia a través del aplicativo Tesauro.

¹ COLOMBIA. COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Oficio C-222 (29 de marzo de 2020). Asunto: CAPACIDAD RESIDUAL – Fórmula – Factor de experiencia (E) – Contratos / EXPERIENCIA – Requisito habilitante – Concepto – Acreditación – RUP – Factor de la fórmula de la capacidad residual – Similitud – Características / MATRICES Y SUBORDINADAS – Conceptos – Filiales – Subsidiarias – Experiencia – Capacidad residual. Disponible en: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/relatoria/5/3014/1597079926526-C-222%20de%202020.docx>