**CONSORCIOS Y UNIONES TEMPORALES – Finalidad**

La Ley 80 de 1993 permite que dos o más personas, naturales o jurídicas, se unan para presentar una propuesta y celebrar un contrato con una entidad estatal, conservando su individualidad jurídica, es decir, el proponente plural no es una persona jurídica, y los requisitos habilitantes de capacidad jurídica deben ser evaluados respecto de cada miembro, sin desconocer la finalidad de esta figura, que es unir esfuerzos.

**PROMESA SOCIEDADES FUTURAS – Guía de Asunto Corporativos en los Procesos de Contratación – Colombia Compra Eficiente**

Aunque la normativa vigente no prevé la posibilidad de que los proponentes se presenten a los procesos de contratación con el Estado como promesa de sociedad futura, la Agencia Nacional de Contratación Pública- Colombia Compra Eficiente puso a disposición de los interesados del Sistema de Compra Pública, la Guía de Asuntos Corporativos en los Procesos de Contratación, donde señaló que los proponentes, además de constituir figuras asociativas como los consorcios o uniones temporales, pueden presentarse como otras sociedades constituidas con el único objeto de presentar una propuesta, celebrar y ejecutar un contrato. De tal manera que si un proponente se presenta como promesa de sociedad futura la entidad estatal “no podrá rechazar la oferta presentada y deberá entender que su participación será la de un consorcio, siempre que reúna los requisitos previstos en el artículo 7 de la Ley 80 de 1993”.

**OFERTA – Retiro – Plazo – Presentación de ofertas – Garantía de seriedad**

Retiro de uno de los integrantes o miembro del proponente plural, después de vencido el plazo para la presentación de las ofertas, afecta la garantía de seriedad. El carácter serio y vinculante de la propuesta implica que una vez presentada no pueda modificarse o alterarse, pues además de ir en desmedro de su carácter serio, afecta o pone en situación de desventaja a los demás proponentes, en perjuicio de los principios de buena fe e igualdad. La entidad puede hacer efectiva la garantía de seriedad de la oferta acorde con lo establecido en el artículo 2.2.1.2.3.1.6 del Decreto 1082 de 2015.

Bogotá D.C., **13/12/2019 Hora 17:44:20s**

# N° Radicado: 2201913000009262

Señor

# Saúl Osvaldo Orozco

Barranquilla – Atlántico

|  |  |
| --- | --- |
| **Radicación:** | Respuesta a consulta # 4201912000007420 |
| **Temas:** | Proponentes plurales. Seriedad de la oferta |
| **Tipo de asunto consultado:** | Retiro de un integrante de un proponente plural, después de vencido el plazo para presentar ofertas |

Estimado señor Orozco,

La Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente- responde su consulta del 30 de octubre de 2019, 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.

# Problema planteado

El peticionario plantea lo siguiente: “¿Puede una promesa de sociedad futura, unión temporal o consorcio retirar uno o más de sus miembros una vez se ha presentado la propuesta y cumplido el plazo para presentar ofertas?”.

# Consideraciones

El artículo 6 de la Ley 80 de 1993 le otorga a los consorcios y a las uniones temporales la facultad para celebrar contratos estatales[[1]](#footnote-1). Asimismo, el artículo 7 de la Ley 80 de 1993 los define como la unión de dos o más personas que presentan la misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato. La norma proscribe:

Artículo 7. De los consorcios y uniones temporales. Para los efectos de esta ley se entiende por:

1o. Consorcio:

Cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato. En consecuencia, las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato, afectarán a todos los miembros que lo conforman.

2o. Unión Temporal:

Cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente por el cumplimiento total de la propuesta y del objeto contratado, pero las sanciones por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato se impondrán de acuerdo con la participación en la ejecución de cada uno de los miembros de la unión temporal.

Parágrafo 1. Los proponentes indicarán si su participación es a título de consorcio o unión temporal y, en este último caso, señalarán los términos y extensión de la participación en la propuesta y en su ejecución, los cuales no podrán ser modificados sin el consentimiento previo de la entidad estatal contratante.

Los miembros del consorcio y de la unión temporal deberán designar la persona que, para todos los efectos, representará al consorcio o unión temporal y señalarán las reglas básicas que regulen las relaciones entre ellos y su responsabilidad.

La norma establece características especiales del acuerdo consorcial, solamente dispone que su objeto es asociarse con el fin de presentar una propuesta en procesos de contratación, por ello cualquier persona capaz puede unirse con otras para crear un consorcio o una unión temporal.

De esta manera, la Ley 80 de 1993 permite que dos o más personas, naturales o jurídicas, se unan para presentar una propuesta y celebrar un contrato con una entidad estatal, conservando su individualidad jurídica, es decir, el proponente plural no es una persona jurídica, y los requisitos habilitantes de capacidad jurídica deben ser evaluados respecto de cada miembro, sin desconocer la finalidad de esta figura, que es unir esfuerzos.

De otro lado, aunque la normativa vigente no prevé la posibilidad de que los proponentes se presenten a los procesos de contratación con el Estado como promesa de sociedad futura, la Agencia Nacional de Contratación Pública- Colombia Compra Eficiente puso a disposición de los interesados del Sistema de Compra Pública, la Guía de Asuntos Corporativos en los Procesos de Contratación, donde señaló que los proponentes, además de constituir figuras asociativas como los consorcios o uniones temporales, pueden presentarse como otras sociedades constituidas con el único objeto de presentar una propuesta, celebrar y ejecutar un contrato. De tal manera que si un proponente se presenta como promesa de sociedad futura la entidad estatal “no podrá rechazar la oferta presentada y deberá entender que su participación será la de un consorcio, siempre que reúna los requisitos previstos en el artículo 7 de la Ley 80 de 1993[[2]](#footnote-2)”.

Para responder a su pregunta, se precisa que el retiro de uno de los integrantes o miembro del proponente plural, después de vencido el plazo para la presentación de las ofertas, afecta la garantía de seriedad. En este sentido, se analizará la oferta económica y la consecuencia que genera retirar un integrante del proponente plural cuando se presenta oferta.

Según el artículo 846 del Código de Comercio[[3]](#footnote-3), la oferta o propuesta es irrevocable, por lo tanto, una vez presentada el proponente no puede retractarse. El Consejo de Estado ha señalado que en los procesos de contratación estatal la propuesta adquiere el carácter de seria e irrevocable:

Así las cosas, encuentra la Sala que un proponente al presentarse en una licitación o concurso, además de sujetarse a todos y cada uno de los puntos contenidos en el pliego de condiciones o términos de referencia, tiene la obligación de mantener las condiciones (legales, técnicas, financieras, económicas etc.) de la denominada propuesta básica, de responder y atender adecuada y oportunamente los requerimientos que formule la entidad licitante durante la etapa de evaluación, hasta la adjudicación y de suscribir y perfeccionar el contrato, cuando resulte adjudicatario del mismo, pues de lo contrario tendrá que indemnizar los perjuicios que se causen como consecuencia de la defraudación de la confianza de la administración en la **seriedad de la oferta**, los cuales se encuentran previamente cuantificados a título de sanción por el valor del depósito o garantía constituidos para responder por la seriedad de la propuesta, sin perjuicio de que la entidad pública licitante inicie las acciones legales para reclamar los perjuicios que excedan lo garantizado. (“deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen”-artículo 863 del Código de Comercio).

El derecho constitucional de la igualdad de los administrados en sus actuaciones ante la administración (Art. 13 C.P.), el principio de la buena fe que debe acompañar a los participantes en el proceso de licitación pública ( Arts. 83 C.P.) así como el también principio de concurrencia que tiene por finalidad garantizar al Estado la escogencia de la oferta más favorable en términos técnicos y económico-financieros, hacen que quienes respondan con su propuesta a la invitación pública de contratación formulada por las entidades públicas, quedan obligatoriamente vinculados a dicho procedimiento desde el momento de su presentación, pues a partir de allí, el interés colectivo ínsito en el proceso y el derecho de todos los intervinientes a la inalterabilidad de las reglas de juego, obligan a los proponentes a mantener sus propuestas y a la administración a considerarlas, examinarlas, evaluarlas, con el fin de garantizar y defender la unidad del procedimiento y evitar distorsiones en los resultados, que podrían llevar a que el contrato no se adjudicara a la propuesta más conveniente.

Ahora bien, el hecho de que los proponentes que se encuentran participando en un proceso de licitación o concurso, queden obligatoriamente vinculados a dicho procedimiento desde el momento de la presentación de su propuesta y por tanto no puedan jurídicamente retractarse o desistir de la misma, **sirve de argumento principal para sustentar su carácter de irrevocable[[4]](#footnote-4)**. (Negrillas fuera de texto).

El carácter serio y vinculante de la propuesta implica no solo que tenga que sostenerse ante la Administración, y en caso de resultar elegida obligue a quien la formuló, sino que una vez presentada no pueda modificarse o alterarse, pues además de ir en desmedro de su carácter serio, afecta o pone en situación de desventaja a los demás proponentes, en perjuicio de los principios de buena fe e igualdad.

Ahora bien, si se retira la propuesta después de vencido el plazo para la presentarlas, la entidad puede hacer efectiva la garantía de seriedad, acorde con lo establecido en el artículo 2.2.1.2.3.1.6 del Decreto 1082 de 2015, que dispone:

La garantía de seriedad de la oferta debe cubrir la sanción derivada del incumplimiento de la oferta, en los siguientes eventos:

(…)

* 1. El retiro de la oferta después de vencido el plazo fijado para la presentación de las ofertas.

Por otra parte, si el proponente que resulta adjudicatario solicita el retiro de la oferta y no suscribe el contrato sin justa causa, la entidad estatal puede hacer efectiva la garantía de seriedad de la oferta por el evento previsto en el numeral 3 del artículo 2.2.1.2.3.1.6 *ibidem*,

La garantía de seriedad de la oferta debe cubrir la sanción derivada del incumplimiento de la oferta, en los siguientes eventos:

(…)

* 1. La no suscripción del contrato sin justa causa por parte del adjudicatario

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, el retiro de uno de los integrantes de la estructura plural, una vez se ha presentado oferta, no puede entrar en conflicto con el carácter serio e irrevocable de la misma, esto implica que en el evento que se el retiro de unos de los integrantes o miembros de la promesa de sociedad futura, unión temporal o consorcio una vez se haya presentado y vencido el plazo para la presentación de las ofertas, la entidad puede hacer efectiva la garantía de seriedad de la oferta acorde con lo establecido en el artículo 2.2.1.2.3.1.6 del Decreto 1082 de 2015.

# Respuesta

No es posible el retiro de uno de los integrantes o miembro del proponente plural, después de vencido el plazo para la presentación de las ofertas, toda vez que al tener ésta carácter serio y revocable, la entidad puede hacer efectiva la garantía de seriedad.

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

Atentamente,



Proyectó: Laura Cuenca Suárez

1. Ley 80 de 1993: “Artículo 6. De la capacidad para contratar. Pueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes. También podrán celebrar contratos con las entidades estatales, los consorcios y uniones temporales”. [↑](#footnote-ref-1)
2. Guía de Asuntos Corporativos en los Procesos de Contratación expedida por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente. “El parágrafo segundo del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 establecía la posibilidad de que un particular presentara propuesta de concesión de obra pública como promesa de sociedad futura, figura que, de conformidad con la sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, CP. Ruth Stella Correa Palacio, Bogotá, D.C 19 de junio de 2008, radicación No AP- 19001-23-31-000-2005-00005-01, se encontraba prevista específica y únicamente, para los procesos de selección que se inician a solicitud de los particulares con el objeto de construir una obra pública por concesión, razón por la cual no era viable jurídicamente su utilización para las demás clases de concesiones o incluso para otros contratos. Este artículo fue derogado por el artículo 39 de la Ley 1508 de 2012”. [↑](#footnote-ref-2)
3. Código de Comercio. Artículo 846: “La propuesta será irrevocable. De consiguiente, una vez comunicada, no podrá retractarse el proponente, so pena de indemnizar los perjuicios que con su revocación cause al destinatario.

“La propuesta conserva su fuerza obligatoria aunque el proponente muera o llegue a ser incapaz en el tiempo medio entre la expedición de la oferta y su aceptación, salvo que de la naturaleza de la oferta o de la voluntad del proponente se deduzca la intención contraria”. [↑](#footnote-ref-3)
4. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 20 de abril de 2006, C.P. Luis Fernando Álvarez Jaramillo. Rad. 2006-00031-00 (1.732). [↑](#footnote-ref-4)