**CCE-DES-FM-17**

**ESTRUCTURAS PLURALES – Consorcios y uniones temporales – Capacidad para contratar – Finalidades**

Como se puede observar, la Corte Constitucional destaca de un lado que las estructuras plurales son el reconocimiento de una realidad negocial en materia de contratación estatal, y del otro, que esta colaboración económica entre sujetos de derecho permite la materialización de los fines del Estado, al facilitar la efectiva ejecución de contratos. Adicionalmente, puntualiza que la capacidad contractual de consorcios y uniones temporales se reconoce sin necesidad de exigirles como condición de su ejercicio que sean personas morales, lo que, hasta cierto punto, podría considerarse una evolución en la teoría de la personalidad jurídica.

**ESTRUCTURAS PLURALES – Consorcios y uniones temporales – Duración mínima – Vacío legal**

Se debe poner de presente que el artículo 7 de la Ley 80 de 1993 no contiene reglas sobre la duración, mínima o máxima, de las estructuras plurales. Tampoco existen reglas en otras disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública o sus normas reglamentarias. Es decir, que se puede afirmar que existe un vacío legal sobre cuál debe ser el tiempo mínimo por el cual debe estar constituida una estructura plural para los efectos de actuar como contratista del Estado.

**ESTRUCTURAS PLURALES – Consorcios y uniones temporales – Duración mínima – Aplicación analógica**

[…] para esta Subdirección el artículo 6, inciso segundo, puede ser aplicado de manera analógica para guiar los requerimientos que pueden realizarse a las estructuras plurales en relación con su duración. De esta manera, en los casos que no exista norma aplicable, la Corte Constitucional, en la sentencia C-083 de 1995, reconoce a la analogía como una fuente de derecho autónoma a la que se puede acudir para suplir el vacío. Así reconoce que: «la analogía es la aplicación de la ley a situaciones no contempladas expresamente a ellas, pero que sólo difieren a las que sí lo están en aspectos jurídicamente irrelevantes, es decir, ajenos a aquellos que explican y fundamentan la razón de ser de la norma» . En este sentido, el juez razona por analogía, cuando aplica una ley frente a una situación no contemplada explícitamente en ella, a partir del estudio de situaciones fácticas que fueron tratadas por el legislador y guardan similitud con el asunto tratado.

**ESTRUCTURAS PLURALES – Consorcios y uniones temporales – Duración mínima – Garantía suplementaria o adicional**

Por otra parte, el documento base de los documentos tipo señala que las garantías suplementarias o adicionales pueden ser otorgadas por los proponentes a través de una aseguradora o directamente como garantía comercial. No obstante, teniendo en cuenta que el numeral 3.3.3., literal D, del documento base de los Documentos Tipo requiere que los proponentes plurales tengan una duración igual al plazo del contrato más un año, como ya se estableció, ello no se extiende por la existencia de obligaciones post-contractuales, y más aún cuando la garantía comercial al ser otorgada directamente significa que son las empresas, sociedades o personas involucradas quienes responden por la misma, es decir, los miembros del proponente plural que son quienes tienen personería jurídica a diferencia de dicho proponente, que no la tiene.

Bogotá D.C., **21/10/2020**

**N° Radicado: 2202013000010395**

Señora

**Jasbleide Mendoza Díaz**

Villavicencio, Meta

**Concepto C ─ 623 de 2020**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:** | ESTRUCTURAS PLURALES– CONSORCIOS Y UNIONES TEMPORALES – Capacidad para contratar – Finalidades / ESTRUCTURAS PLURALES – CONSORCIOS Y UNIONES TEMPORALES – Duración mínima – Vacío legal / ESTRUCTURAS PLURALES – CONSORCIOS Y UNIONES TEMPORALES – Duración mínima – Aplicación analógica / ESTRUCTURAS PLURALES – CONSORCIOS Y UNIONES TEMPORALES – Duración mínima – Garantía suplementaria o adicional |
| **Radicación:** | Respuesta a consulta # 4202012000008016 |

Estimada señora Mendoza:

En ejercicio de la competencia otorgada por los artículos 11, numeral 8º, y 3º, numeral 5º, del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 11 de septiembre de 2020.

**1. Problema planteado**

Usted formuló las siguientes preguntas: En los documentos tipo versión 2 el proponente puede ofrecer garantías suplementarias o adicionales a través de aseguradora o directamente como garantía comercial, y sobre esta última «[…] surgen algunas inquietudes como son el anexo de conformación del oferente plural si da una garantía comercial por 30 meses luego de cumplido el termino de la garantía de estabilidad de la obra en los términos de la resolución, la duración de ese oferente no debería ser por este tiempo? aun cuando los integrantes de las figuras plurales responden cada uno conforme a las reglas del consorcio o la U.T, no se debería exigir que las empresas que conforman estas figuras aseguren su existencia en el futuro como mínimo con el tiempo que duren las garantías? no es inconveniente tener este tipo de garantías sin un respaldo más allá que la palabra de cumplir?? (sic) puede la entidad optar por exigir solo las dadas por las aseguradoras buscando blindar un poco mas a la entidad y buscando objetividad, igualdad de condiciones?».

**2. Consideraciones**

La Agencia Nacional de Contratación Pública ― Colombia Compra Eficiente se pronunció sobre la duración de los proponentes plurales en los conceptos con radicados No. C-586 del 31 de agosto de 2020 y C-627 del 16 de septiembre de 2020, cuyas ideas se reiteran a continuación:

**2.1 Duración del proponente plural respecto de las garantías suplementarias o adicionales de los documentos tipo versión 2**

La capacidad para contratar, e incluso la de realizar actos jurídicamente vinculantes como la presentación de una oferta en un procedimiento de selección de contratistas, se consideró por mucho tiempo uno de los atributos de la personalidad reservado, en tanto tal, a las personas jurídicas y naturales.

No obstante, el progreso en las formas negociales y asociativas hizo necesario reconocer nuevas estructuras plurales y otorgarles ciertos atributos que tradicionalmente habían estado reservados a las personas jurídicas. Tal es precisamente el caso de la capacidad para contratar otorgada a los consorcios y uniones temporales o la posibilidad de que proponentes plurales se presenten bajo la modalidad de promesa de sociedad futura con objeto único.

En este sentido, la Corte Constitucional ha sostenido:

Respecto de la capacidad legal para contratar y la personalidad jurídica señala, que la Ley 80 de 1993 al crear las figuras de los consorcios y uniones temporales, y construirlas como sujetos de la contratación administrativa, reconoce una realidad del mundo negocial: la necesidad de los contratos de colaboración económica para la efectiva realización de proyectos de contratación pública, altamente especializados e intensivos en capital y, así mismo, indispensables para que el Estado Social de Derecho, cumpla los cometidos para los cuales fue instituido- Preámbulo, artículos 1 y 2 de la Carta Política.

 […]

En torno a la capacidad contractual de los consorcios y uniones temporales la jurisprudencia constitucional ha expresado que el Estatuto de contratación les reconoce este atributo sin exigirles como condición de su ejercicio la de ser personas morales. También ha dicho que el consorcio es un convenio de asociación, o mejor, un sistema de mediación que permite a sus miembros organizarse mancomunadamente para la celebración y ejecución de un contrato con el Estado, sin que por ello pierdan su individualidad jurídica, pero asumiendo un grado de responsabilidad solidaria en el cumplimiento de las obligaciones contractuales[[1]](#footnote-1).

Como se puede observar, la Corte Constitucional destaca de un lado que las estructuras plurales son el reconocimiento de una realidad negocial en materia de contratación estatal, y del otro, que esta colaboración económica entre sujetos de derecho permite la materialización de los fines del Estado, al facilitar la efectiva ejecución de contratos. Adicionalmente, puntualiza que la capacidad contractual de consorcios y uniones temporales se reconoce sin necesidad de exigirles como condición de su ejercicio que sean personas morales, lo que, hasta cierto punto, podría considerarse una evolución en la teoría de la personalidad jurídica.

El artículo 7 de la Ley 80 de 1993 contiene las reglas que se refieren a las 3 instituciones que pueden considerarse estructuras plurales para efectos del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública: los consorcios, las uniones temporales, y las sociedades con objeto único.

Las diferencias de las reglas y los regímenes jurídicos que gobiernan los diferentes tipos de estructuras plurales no hacen parte del objeto de la consulta que se contesta, motivo por el cual se obviará su análisis, para, en su lugar, concentrarse sobre la duración en el tiempo de estas estructuras.

Se debe poner de presente que el artículo 7 de la Ley 80 de 1993 no contiene reglas sobre la duración, mínima o máxima, de las estructuras plurales. Tampoco existen reglas en otras disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública o sus normas reglamentarias. Es decir, que se puede afirmar que existe un vacío legal sobre cuál debe ser el tiempo mínimo por el cual debe estar constituida una estructura plural para los efectos de actuar como contratista del Estado.

En este contexto, se debe mencionar que el inciso segundo del artículo 6 de la Ley 80 de 1993 dispone que: «Las personas jurídicas nacionales y extranjeras deberán acreditar que su duración no será inferior a la del plazo del contrato y un año más». Con base en la lectura de esta disposición puede afirmarse que existe una regla sobre la duración mínima del contratista cuando se trata de una persona jurídica. Sin embargo, esta norma solo sería aplicable, en principio, a las personas jurídicas; excluyendo con ello a los consorcios y a las uniones temporales que, según se explicó, carecen de personalidad jurídica.

No obstante, para esta Subdirección el artículo 6, inciso segundo, puede ser aplicado de manera analógica para guiar los requerimientos que pueden realizarse a las estructuras plurales en relación con su duración. De esta manera, en los casos que no exista norma aplicable, la Corte Constitucional, en la sentencia C-083 de 1995, reconoce a la analogía como una fuente de derecho autónoma a la que se puede acudir para suplir el vacío. Así reconoce que: «la analogía es la aplicación de la ley a situaciones no contempladas expresamente a ellas, pero que sólo difieren a las que sí lo están en aspectos jurídicamente irrelevantes, es decir, ajenos a aquellos que explican y fundamentan larazón de ser de la norma»[[2]](#footnote-2). En este sentido, el juez razona por analogía, cuando aplica una ley frente a una situación no contemplada explícitamente en ella, a partir del estudio de situaciones fácticas que fueron tratadas por el legislador y guardan similitud con el asunto tratado.

Por tanto, es posible aplicar en forma analógica el inciso segundo del artículo 6 para exigir una duración mínima igual al plazo de ejecución más un año para los consorcios y las uniones temporales. Si bien, tal y como se mencionó, el inciso segundo del artículo 6 de la Ley 80 de 1993 no trata de proponentes plurales sino que se refiere a personas jurídicas, lo cual no se predica de dichos proponentes, será posible aplicarles esta norma en virtud de la analogía. Lo anterior, debido a que esta norma guarda similitud con el asunto tratado ya que regula la duración de los contratistas respecto del contrato que ejecutan y, por lo tanto, es viable aplicarle lo dispuesto en esta norma a los proponentes plurales, en su calidad de contratistas del Estado.

Esta argumentación explica el contenido del numeral 3.3.3., literal D, del documento base de los Documentos Tipo para la licitación de obras de infraestructura de transporte versión 2, que requiere de los proponentes plurales en general una duración igual al plazo de ejecución del contrato más un año. Este requerimiento se hizo con base en la aplicación analógica recién referida, pero, además, teniendo en cuenta el principio de economía que debe guiar todo ejercicio de la función administrativa y que tiene un preciso desarrollo legal en la Ley 80 de 1993.

Para referir algunas de estas disposiciones, se recuerda que: i) el numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 dispone que «Las autoridades no exigirán sellos, autenticaciones, documentos originales o autenticados, reconocimientos de firmas, traducciones oficiales, *ni cualquier otra clase de formalidades o exigencias rituales, salvo cuando en forma perentoria y expresa lo exijan leyes especiales*»; ii) el numeral segundo de ese mismo artículo ordena que «[l]as normas de los procedimientos contractuales se interpretarán de tal manera que no den ocasión *a seguir trámites distintos y adicionales a los expresamente previstos* o que permitan valerse de los defectos de forma o de la inobservancia de requisitos para no decidir o proferir providencias inhibitorias»; y iii) el numeral 8 del artículo multicitado prescribe que «[e]l acto de adjudicación y el contrato no se someterán a aprobaciones o revisiones administrativas posteriores, *ni a cualquier otra clase de exigencias o requisitos, diferentes de los previstos en este estatuto*».

Todas las normas citadas propenden porque las entidades estatales –comprendida también esta Agencia–, cuando actúan en ejercicio de sus funciones de diseño y elaboración de documentos tipo, solamente exijan los requisitos y requerimientos expresamente señalados por la Ley. Una comprensión fundamental para lograr la materialización del principio de economía en materia contractual.

Por tanto, para esta Subdirección a un proponente plural solamente puede exigírsele, como se hizo en el documento base de los documentos tipo versión 2 para licitación de obra pública de infraestructura de transporte, una duración igual al plazo de ejecución del contrato más un año, de conformidad con el ordenamiento vigente y vista la aplicación analógica del artículo 6, inciso segundo, de la Ley 80 de 1993.

Ahora bien, usted pone de presente en su consulta que esta duración mínima contemplada por el ordenamiento puede generar algunos riesgos para las administraciones contratantes. Sin embargo, se resalta que el legislador adoptó una regla del todo clara en el sentido de que solamente se puede exigir que la duración de las personas jurídicas sea igual al plazo de ejecución más un año.

Así las cosas, es preciso recordar que aun cuando existen riesgos, y el ordenamiento jurídico los «tolera», por regla general esa aceptación de riesgos va acompañada de mecanismos para mitigarlos, administrarlos, asumirlos y proteger a las entidades de sus efectos. Se recuerda que las entidades estatales se protegen de riesgos justamente a través de las garantías como la de estabilidad y calidad de la obra que, según lo ordenado por el artículo 2.2.1.2.3.1.14 del Decreto 1082 de 2015, debe estar vigente por un término no inferior a 5 años y que, según lo normado por el artículo 2.2.1.2.3.1.2. *ibídem*, puede ser un contrato de seguros contenido en una póliza, un patrimonio autónomo, o una garantía bancaria.

Esa garantía, a diferencia de la duración de la estructura plural, sí debe comprender 5 años contados a partir de la recepción de la obra a satisfacción. Y ello permite afirmar que resulta, en alguna medida, menos relevante si la persona jurídica o la estructura plural han dejado de existir, porque aún en esos casos la entidad podrá hacer efectiva esta garantía.

A la luz de lo dicho puede concluirse que no existe contradicción entre el requerimiento de que las estructuras plurales tengan una duración mínima igual al plazo de ejecución más un año, y el hecho de que la garantía de estabilidad y otras obligaciones que podrían denominarse post-contractuales se extienden en el tiempo más allá de este plazo.

**2.2 Garantías suplementarias o adicionales: inalterabilidad de los documentos tipo**

En relación con las garantías suplementarias o adicionales, introducidas como criterio de asignación de puntaje dentro de los factores de calidad en los documentos tipo versión 2, deben hacerse diferentes consideraciones. Cuando el documento se refiere a este factor de calidad, indica que existe una garantía de cumplimiento con amparo de estabilidad y calidad de la obra que exige la entidad, señalando el valor y la vigencia, lo cual es obligatorio, por lo que la garantía suplementaria o adicional es diferente a dicha garantía y «[s]u plazo se contará una vez haya terminado el mínimo requerido para el proceso de selección». Según el tenor literal del documento base, el término ofertado como garantía suplementaria o adicional es diferente a la vigencia señalada por la entidad como obligatoria para la garantía de cumplimiento en el amparo de estabilidad y calidad de las obras.

Por otra parte, el documento base de los documentos tipo señala que las garantías suplementarias o adicionales pueden ser otorgadas por los proponentes a través de una aseguradora o directamente como garantía comercial. No obstante, teniendo en cuenta que el numeral 3.3.3., literal D, del documento base de los Documentos Tipo requiere que los proponentes plurales tengan una duración igual al plazo del contrato más un año, como ya se expresó, ello no se extiende por la existencia de obligaciones post-contractuales, y más aún cuando la garantía comercial, al ser otorgada directamente, significa que son las empresas, sociedades o personas involucradas quienes responden por la misma, es decir, los miembros del proponente plural, que son quienes tienen personería jurídica, a diferencia de dicho proponente, que no la tiene.

Sin embargo, se debe tener en cuenta que a los miembros del proponente plural, como personas, les aplica la regla del artículo 6 de la Ley 80 de 1993 citado, es decir, su duración también debe ser igual al plazo del contrato más un año, sin que ello pueda ampliarse, porque la norma no lo contempla de otra forma, independientemente de las obligaciones que se asuman e impliquen un mayor tiempo.

Finalmente, se recuerda que con el fin de incrementar la participación en los procedimientos de contratación a nivel nacional, y alcanzar los demás beneficios que trae la adopción de los Documentos Tipo, esta Agencia lideró mesas técnicas para estructurar los Documentos Tipo de licitación de obra pública de infraestructura de transporte, que contaron con la presencia del Departamento Nacional de Planeación ̶ DNP ̶ , el Ministerio de Transporte, la Cámara Colombiana de Infraestructura ̶ CCI ̶ , la Agencia Nacional de Infraestructura ̶ ANI ̶ , el Instituto Nacional de Vías ̶ INVIAS ̶ , el Instituto de Desarrollo Urbano ̶ IDU ̶ y la Sociedad Colombiana de Ingenieros ̶ SCI ̶ , con el objetivo de determinar la forma y contenido de los pliegos de condiciones tipo. Del trabajo de las mesas se adoptaron los criterios que quedaron consignados en los Documentos Tipo, desarrollados por esta entidad a través de la Resolución No. 1798 de 2019.

Por ende, en los documentos tipo, respecto de la garantía suplementaria o adicional, se previó que los proponentes puedan hacerlo a través de una aseguradora o directamente como garantía comercial, sin que esto pueda ser modificado por las entidades, ya que el artículo 2.2.1.2.6.1.4. del Decreto 1082 de 2015 establece la inalterabilidad de los documentos tipo, que consiste en que las entidades estatales no pueden incluir o modificar en los documentos del proceso las condiciones habilitantes, los factores técnicos y económicos de escogencia y los sistemas de ponderación distintos a los señalados en los documentos tipo. En consecuencia, las condiciones establecidas en los documentos tipo adoptados en ejercicio del mandato establecido en el artículo 4 de la Ley 1882 de 2018, son de obligatorio cumplimiento para las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública que adelanten procesos que deban regirse por su contenido, y no pueden variarse los requisitos fijados en ellos.

**3. Respuesta**

En los documentos tipo versión 2 el proponente puede ofrecer garantías suplementarias o adicionales a través de aseguradora o directamente como garantía comercial, y sobre esta última «[…] surgen algunas inquietudes como son el anexo de conformación del oferente plural si da una garantía comercial por 30 meses luego de cumplido el termino de la garantía de estabilidad de la obra en los término de la resolución, la duración de ese oferente no debería ser por este tiempo? aun cuando los integrantes de las figuras plurales responden cada uno conforme a las reglas del consorcio o la U.T, no se debería exigir que las empresas que conformar estas figuras aseguren su existencia en el futuro como mínimo con el tiempo que duren las garantías? no es inconveniente tener este tipo de garantías sin un respaldo más allá que la palabra de cumplir?? (sic) puede la entidad optar por exigir solo las dadas por las aseguradoras buscando blindar un poco mas a la entidad y buscando objetividad, igualdad de condiciones?»

Para esta Subdirección a un proponente plural, de conformidad con el ordenamiento vigente, y vista la aplicación analógica del artículo 6, inciso segundo, de la Ley 80 de 1993, solamente puede exigírsele, como se hizo en el documento base de los documentos tipo versión 2 para licitación de obra pública de infraestructura de transporte, una duración igual al plazo de ejecución del contrato, más un año.

Sin embargo, se debe tener en cuenta que a los miembros del proponente plural, como personas, les aplica la regla del artículo 6 de la Ley 80 de 1993 citado, es decir, su duración también debe ser igual al plazo del contrato más un año, sin que ello pueda ampliarse, porque la norma no lo contempla de otra forma, independientemente de las obligaciones que se asuman e impliquen un mayor tiempo, pues aunque la forma asociativa se extinga las obligaciones post-contractuales deben ser cumplidas por los integrantes del contratista plural.

Esta Agencia, con base en las mesas técnicas, respecto de la garantía suplementaria o adicional, consideró conveniente que el proponente la pueda otorgar por aseguradora o directamente con garantía comercial, lo cual no puede ser modificado por la entidad por el principio de inalterabilidad de los documentos tipo.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Ximena Ríos López  Gestor T1-11 |
| Revisó: | Cristian Andrés Díaz Díez  Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado Navarro  Subdirector de Gestión Contractual |
| Anexo: | 0 |

1. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-949 del 5 de septiembre de 2001. M.P. Clara Inés Vargas Hernandez. [↑](#footnote-ref-1)
2. Corte Constitucional. Sentencia C- 083 del 1 de marzo de 1995. M.P. Carlos Gaviria Díaz [↑](#footnote-ref-2)