**CCE-DES-FM-17**

**ESTRUCTURAS PLURALES– CONSORCIOS Y UNIONES TEMPORALES – Capacidad para contratar – Finalidades**

Como se observa, 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, 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 puede realizarse a las estructuras plurales en relación con su duración. En otros términos, es posible aplicar analógicamente 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. 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.

**ESTRUCTURAS PLURALES – CONSORCIOS Y UNIONES TEMPORALES – Duración mínima – Garantía de estabilidad de la obra**

[…] esta duración mínima contemplada por el ordenamiento puede generar algunos riesgos para las administraciones contratantes. Tal sería el caso, para utilizar el ejemplo que usted trae a colación, si resultase necesario hacer efectiva la garantía de estabilidad de la obra en el segundo o tercer año posteriores a la expiración del plazo de ejecución, en caso de que el consorcio, la unión temporal, o la persona jurídica tuviesen una duración igual al plazo de ejecución más un año.

[…] este tipo de riesgos existe, 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. Para continuar con el ejemplo de su consulta, se recuerda que las entidades estatales se protegen de riesgos como el que usted señala justamente a través de la garantía 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.

**ESTRUCTURAS PLURALES – CONSORCIOS Y UNIONES TEMPORALES – Duración mínima – Mantenimiento adicional**

En relación con el mantenimiento adicional, introducido 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 «[e]l término ofertado será contado a partir de la terminación de las obras objeto del proceso de contratación y hará parte del periodo de ejecución del contrato, el cual no podrá ser superior al tope establecido por la Entidad». Según el tenor literal del documento base, el término ofertado para el mantenimiento adicional será parte del periodo de ejecución del contrato.

Por tanto, cuando 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, debe entenderse que este plazo comprende el término ofertado para el mantenimiento adicional pues, como se viene de explicar, este último hace parte del periodo de ejecución del contrato. En otros términos, la estructura plural o la persona jurídica deberá estar vigente durante todo el plazo ofertado para el mantenimiento adicional, ya que este hace parte del plazo de ejecución, a lo cual debe agregarse un año según lo ordena el literal D del numeral 3.3.3. de los Documentos Tipo versión 2, el cual se estableció en aplicación estricta del esquema fijado por el legislador.

Bogotá D.C., **16/09/2020 Hora 15:43:36s**

**N° Radicado: 2202013000008881**

Señor

**José Luis Velásquez**

Acacias, Meta

**Concepto C ─ 627 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 de estabilidad de la obra / ESTRUCTURAS PLURALES – CONSORCIOS Y UNIONES TEMPORALES – Duración mínima – Mantenimiento adicional.  |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta # 4202013000007794 |

Estimado señor Velásquez:

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 6 de septiembre de 2020.

1. **Problemas planteados**

En su consulta recuerda que el literal D, numeral 3.3.3., del documento base de los documentos tipo versión 2 establece que la vigencia de la estructura del proponente plural no puede ser inferior al plazo del contrato más un año adicional. En relación con este requerimiento usted pregunta ¿no contiene el requerimiento del literal D, numeral 3.3.3., del documento base de la versión 2 de los documentos tipo un requerimiento contradictorio con otras normas del ordenamiento, y en especial por el hecho de que existen obligaciones que se extienden más allá del plazo de ejecución del contrato más un año, como la garantía de estabilidad de la obra o los mantenimientos adicionales que se contemplan como factor de ponderación?

1. **Consideraciones**

La Agencia Nacional de Contratación Pública ― Colombia Compra Eficiente, en el concepto C–586 del 28 de agosto de 2020 estudió la duración necesaria de las estructuras plurales en materia de contratación estatal. La tesis desarrollada en ese concepto se expone a continuación.

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 observa, 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, 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 puede realizarse a las estructuras plurales en relación con su duración. En otros términos, es posible aplicar analógicamente 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. 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 traer a colación 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, y allí también comprendida esta Agencia, cuando actúa en ejercicio de sus funciones de diseño y elaboración de documentos tipo, solamente exijan los requisitos y requerimientos 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, 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. Además, debe tenerse en cuenta que los consorcios y uniones temporales pueden estar constituidos por personas jurídicas y exigir que el consorcio tenga un término de duración mayor al mínimo que exige la ley para algunos de sus integrantes no sería razonable.

Ahora bien, como usted lo pone de presente en su consulta, esta duración mínima contemplada por el ordenamiento puede generar algunos riesgos para las administraciones contratantes. Tal sería el caso, para utilizar el ejemplo que usted trae a colación, si resultase necesario hacer efectiva la garantía de estabilidad de la obra en el segundo o tercer año posteriores a la expiración del plazo de ejecución, en caso de que el consorcio, la unión temporal, o la persona jurídica tuviesen una duración igual al plazo de ejecución más un año.

A pesar de que este riesgo existe, 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.

Dicho ello, es preciso recordar que aun cuando este tipo de riesgos existe, 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. Para continuar con el ejemplo de su consulta, se recuerda que las entidades estatales se protegen de riesgos como el que usted señala justamente a través de la garantía 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.

En relación con el mantenimiento adicional, introducido 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 «[e*]l término ofertado* será contado a partir de la terminación de las obras objeto del proceso de contratación *y hará parte del periodo de ejecución del contrato,* el cual no podrá ser superior al tope establecido por la Entidad». Según el tenor literal del documento base, el término ofertado para el mantenimiento adicional será parte del periodo de ejecución del contrato.

Por tanto, cuando 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, debe entenderse que este plazo comprende el término ofertado para el mantenimiento adicional pues, como se viene de explicar, este último hace parte del periodo de ejecución del contrato. En otros términos, la estructura plural o la persona jurídica deberá estar vigente durante todo el plazo ofertado para el mantenimiento adicional, ya que este hace parte del plazo de ejecución, a lo cual debe agregarse un año según lo ordena el literal D del numeral 3.3.3. de los Documentos Tipo versión 2, el cual se estableció en aplicación estricta del esquema fijado por el legislador.

1. **Respuesta**

¿no contiene el requerimiento del literal D, numeral 3.3.3., del documento base de la versión 2 de los documentos tipo un requerimiento contradictorio con otras normas del ordenamiento, y en especial por el hecho de que existen obligaciones que se extienden más allá del plazo de ejecución del contrato más un año, como la garantía de estabilidad de la obra o los mantenimientos adicionales que se contemplan como factor de ponderación?

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.

Como usted pone de presente en su consulta, esta duración mínima contemplada por el ordenamiento puede generar algunos riesgos para las administraciones contratantes. Tal sería el caso, para utilizar el ejemplo que usted trae a colación, si resultase necesario hacer efectiva la garantía de estabilidad de la obra en el segundo o tercer año posteriores a la expiración del plazo de ejecución, en caso de que el consorcio, la unión temporal, o la persona jurídica tuviesen una duración igual al plazo de ejecución más un año solamente.

Es preciso recordar que aun cuándo este tipo de riesgos existe, 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. Para continuar con el ejemplo de su consulta, se recuerda que las entidades estatales se protegen de riesgos como el que usted señala justamente a través de la garantía 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.

En relación con el mantenimiento adicional, introducido 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 «[e*]l término ofertado* será contado a partir de la terminación de las obras objeto del proceso de contratación *y hará parte del periodo de ejecución del contrato,* el cual no podrá ser superior al tope establecido por la Entidad». Según el tenor literal del documento base, el término ofertado para el mantenimiento adicional será parte del periodo de ejecución del contrato.

Por tanto, cuando 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, debe entenderse que este plazo comprende el término ofertado para el mantenimiento adicional pues, como se viene de explicar, este último hace parte del periodo de ejecución del contrato. En otros términos, la estructura plural o la persona jurídica deberá estar vigente durante todo el plazo ofertado para el mantenimiento adicional, ya que este hace parte del plazo de ejecución, a lo cual debe agregarse un año según lo ordena el literal D del numeral 3.3.3. de los Documentos Tipo versión 2, el cual se estableció en aplicación estricta del esquema fijado por el legislador.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Sebastián Barreto CifuentesContratista Dirección y Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Sebastián Ramírez Grisales Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual  |
| Aprobó: | Andrés Ricardo Mancipe González Subdirector de Gestión Contractual (E) |

1. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-949 del 5 de septiembre de 2001. M.P. Clara Inés Vargas Hernandez. [↑](#footnote-ref-1)