



Revista de Derecho Privado

E-ISSN: 1909-7794

mv.pena235@uniandes.edu.co

Universidad de Los Andes

Colombia

Otálora Daza, José Gonzalo

La unión temporal y el consorcio en el pliego de condiciones y documento de constitución

Revista de Derecho Privado, núm. 54, julio-diciembre, 2015, pp. 1-35

Universidad de Los Andes

Bogotá, Colombia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=360043572006>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto



LA UNIÓN TEMPORAL Y EL CONSORCIO EN EL PLIEGO DE CONDICIONES Y DOCUMENTO DE CONSTITUCIÓN

JOSÉ GONZALO OTÁLORA DAZA

Artículo de revisión

DOI: <http://dx.doi.org/10.15425/redepriv.54.2015.03>

Universidad de los Andes

Facultad de Derecho

Rev. derecho priv. No. 54

julio - diciembre de 2015. ISSN 1909-7794

La unión temporal y el consorcio en el pliego de condiciones y documento de constitución

Resumen

Las relaciones de las partes de los contratos estatales son uno de los aspectos muy poco estudiados desde el punto de vista de los contratistas —*uniones temporales y consorcios*— a pesar de su frecuente uso en los procesos de contratación. Por ello es interesante su estudio desde su fundamento constitucional, pasando por su regulación vía pliegos de condiciones y llegando a la autonomía de la voluntad en la definición del contenido del documento de constitución. En dicho estudio el pliego de condiciones y el documento de constitución —donde se cristalizan las ofertas conjuntas—, son los principales y únicos medios para solucionar muchos de los interrogantes sobre la verificación y ponderación de las ofertas en la fase precontractual y los límites de la responsabilidad durante la etapa contractual o postcontractual.

Palabras clave: unión temporal, consorcio, requisitos habilitantes, documento de constitución, representante, objeto, porcentaje de participación.

The temporary union and consortia in the specifications and document of incorporation

Abstract

Relations between the parties involved in state contracts is an area that has not received much academic study from the perspective of the contractors — *temporary unions and consortium* — despite their frequent use in contractual procedures. Therefore, it is an interesting topic of study to take on starting by looking at their constitutional basis, then at their regulation via specifications and thereafter how they gained autonomy in defining the content of the document of incorporation.

In this study, the specifications and the document of incorporation, where joint bids are made, serve as the first and only vehicle for resolving many of the questions regarding the verification and weighting of the offers in the pre-contractual stage and the limits of responsibility during the contractual or post-contractual stage.

Keywords: temporary unions, consortia, required conditions, document of incorporations, representative, object, percentage of participation.

A união temporal e o consórcio no pleito de condições e documento de constituição

Resumo

As relações das partes dos contratos estatais são um dos aspectos pouco estudados desde o ponto de vista dos que contratam — *uniões temporais e consórcios*— apesar de seu frequente uso nos processos de contratação. Por isso é interessante seu estudo desde seu fundamento constitucional, passando por sua regulação via pleitos de condições e chegando à autonomia da vontade na definição do conteúdo do documento de constituição.

Em dito estudo o pleito de condições e o documento de constituição —onde se cristalizam as ofertas conjuntas—, são os principais e únicos meios para solucionar muitos dos interrogantes sobre a verificação e ponderação das ofertas na fase pré-contratual e os limites da responsabilidade durante a etapa contratual o pós-contratual.

Palavras-chave: união temporal, consórcio, requisitos habilitantes, documento de constituição, representante, objeto, porcentagem de participação.

La unión temporal y el consorcio en el pliego de condiciones y documento de constitución*

José Gonzalo Otálora Daza**

SUMARIO

Introducción – I. DERECHO DE ASOCIACIÓN Y LIBERTAD DE EMPRESA DE LOS INTEGRANTES DE UNIONES TEMPORALES Y CONSORCIOS – A. *Limitaciones del derecho de asociación y libertad de empresa de los integrantes de uniones temporales y consorcios* – II. EL PLIEGO DE CONDICIONES RESPECTO DE LAS REGLAS DE PARTICIPACIÓN DE LAS UNIONES TEMPORALES Y CONSORCIOS – A. *Contenido del pliego de condiciones* – 1. El objeto del pliego de condiciones – 2. De los requisitos habilitantes en el pliego de condiciones para las uniones temporales y consorcios – 3. Las distintas formas de valoración de la información del registro único de proponentes – B. *Limitación del número de integrantes de las uniones temporales y consorcios* – III. REQUISITOS DEL DOCUMENTO DE CONSTITUCIÓN DE UNIONES TEMPORALES Y CONSORCIOS – A. *Denominación de su participación* – B. *Términos y extensión de participación de sus integrantes* – C. *Representante y reglas básicas que regulen las relaciones entre integrantes y su responsabilidad* – IV. CONCLUSIONES – Referencias.

* Cómo citar este artículo: Otálora Daza, J. G. (Diciembre, 2015). La unión temporal y el consorcio en el pliego de condiciones y documento de constitución. *Revista de Derecho Privado*, 54. Universidad de los Andes (Colombia).

** Abogado de la Universidad Externado de Colombia, especialista en Derecho Administrativo y magíster con énfasis en Derecho Administrativo de la misma Universidad. Correo: josegonzalootalora@yahoo.com.

Introducción

Los procesos de contratación, en su mayoría, necesitan la participación de un gran número de disciplinas del conocimiento, de recursos y de habilidades por parte de los oferentes, situación que origina que en muchas ocasiones decidan asociarse varias personas naturales o jurídicas para conformar ofertas conjuntas bajo la modalidad de uniones temporales o consorcios.

La conformación de uniones temporales y consorcios tiene su respaldo constitucional en el derecho de asociación, libertad de empresa y, por supuesto, en el principio de la autonomía de la voluntad privada.

Empero, existen ciertas actividades económicas donde el derecho de libertad de empresa o el de asociación empiezan a tener unos límites, como ocurre con aquellas reguladas por el Estado, lo cual exige una serie de cualidades y calidades jurídicas de sus integrantes. De igual forma el pliego de condiciones también puede y debe regular su participación, por cuanto la Ley 80 de 1993 resulta precaria a pesar de ser el instrumento con base en el cual las entidades públicas deben definir las herramientas que permitan verificar las condiciones de los integrantes de las uniones temporales y consorcios, sin menoscabar los intereses de las entidades públicas ni de las figuras en estudio.

De otra parte, el documento de constitución cuenta con dos visiones: una pública, regulada por algunos elementos mínimos de la Ley 80 de 1993 como la forma de participación, los

términos y extensión de esta, la designación del representante; y otra privada que, si bien parecería ser ajena a las entidades públicas por no estar referida en la ley, sus integrantes cuentan con una amplia autonomía para regular su contenido, a fin de lograr una ejecución más eficiente del contrato en aspectos como: facultades del representante, detalle de actividades y porcentajes a ejecutar por los integrantes para ambas figuras, definición de una estructura, organización administrativa y operativa, manejo de la subcontratación y la cesión de porcentajes de participación, entre otras.

En suma, los integrantes de uniones temporales y consorcios, y las entidades públicas, deben identificar con total claridad el tratamiento de estas en las diferentes etapas del *iter* contractual, bien sea en ejercicio de la discrecionalidad o bien de la autonomía de la voluntad privada.

I. DERECHO DE ASOCIACIÓN Y LIBERTAD DE EMPRESA DE LOS INTEGRANTES DE UNIONES TEMPORALES Y CONSORCIOS

El derecho de asociación se encuentra consagrado en el artículo 38 de la Constitución Nacional (CN).

Este derecho faculta a las personas a asociarse de acuerdo con los intereses que las muevan, conformando personas jurídicas o no, con y sin ánimo de lucro, entre las cuales se pueden enunciar las corporaciones, fundaciones, cooperativas y sociedades, entre otras.

El derecho de asociación se convierte así en una libertad para que, de acuerdo con sus intereses, se asocien personas naturales o jurídicas con miras a la consecución de unos propósitos, de manera que el *animus* que las motiva es el que determina qué figura jurídica les es más conveniente, que para el caso de las figuras en estudio es el *animus cooperandi*, pese a que alguna parte de la doctrina señala que el *animus* para el tema societario, por ejemplo, no es determinante (Martínez Neira, 2010, págs. 91-96).

Las uniones temporales y consorcios son formas asociativas desprovistas de los elementos de estabilidad y permanencia, pues el propósito de sus miembros es la presentación de una propuesta, la adjudicación, celebración, ejecución y liquidación del contrato. Ambas tienen una estrecha relación con el *joint venture*: “El *joint venture* es una unión o agrupación de dos o más personas, naturales o jurídicas, sin el propósito de formar una sociedad, para realizar una operación concreta en búsqueda de beneficios, asumiendo los riesgos que le son propios” (Arrubla Paucar, 2012, pág. 296). Por lo que los interesados en participar en los procesos de contratación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 6 de la Ley 80 de 1993, cuentan con el derecho de elegir la forma en que pretendan participar ya sea individualmente o mediante la constitución de formas de colaboración empresarial, tales como la unión temporal o consorcio, por contar con expresa capacidad para celebrar contratos.

Las figuras unión temporal y consorcio se conforman por personas naturales o jurídicas, ya

que si bien sus miembros tienen intereses contrapuestos en el devenir económico de cada uno de sus negocios, para el proceso contractual al que se pretenden presentar deben estar dotados de personería jurídica, tal como lo señaló la Superintendencia de Sociedades:

Ahora bien podría preguntarse ¿sería posible conformar una unión temporal o consorcios en el que algunos o todos sus integrantes fueran Uniones temporales o consorcios? al respecto la respuesta es negativa ya que el artículo 7 de la Ley 80 de 1993 exige que sus miembros sean personas por lo que deben estar dotadas de personería jurídica. (Concepto 220-139030 del 21 de noviembre de 2010).

Ahora bien, al momento de asociarse personas jurídicas privadas encontramos que existen diferencias en cuanto a su naturaleza y finalidad. Están las entidades sin ánimo de lucro, dentro de las cuales figuran las fundaciones, corporaciones, cooperativas, entre otras, que no persiguen utilidades o beneficios individuales, sino más bien propósitos políticos, culturales, gremiales, artísticos, altruistas; y entidades con ánimo de lucro como las sociedades, grupos económicos, por citar algunas.

Respecto a estos dos tipos de personas jurídicas surge un interrogante, ¿les es posible asociarse para conformar una unión temporal o consorcio? Al estar motivadas por propósitos diferentes solo tendrían en común su interés de presentar la oferta y resultar favorecidas. En un principio podría decir que el derecho de asociación no presenta limitaciones con relación a la asociación; empero, cuando se emplean los

consorcios y las uniones temporales, en realidad lo que se termina valorando son sus integrantes de acuerdo con la forma que se regule en el correspondiente pliego de condiciones. Es ahí donde encuentro una vulneración al principio de igualdad, por cuanto los integrantes de la figura asociativa cuando están conformados por personas jurídicas con ánimo de lucro no cuentan con los beneficios fiscales y de otro tipo de que gozan quienes se asocian en una entidad sin ánimo de lucro, como ocurre por ejemplo en vigilancia y seguridad privada en el caso de las cooperativas, a las que se les permite ofrecer precios con una marcada diferencia de acuerdo con lo previsto en el Decreto 4950 de 2007.

Adicionalmente, al tener propósitos y naturalezas diferentes, en el caso de las cooperativas el numeral 2 del artículo 6 de la Ley 79 de 1988 contempla: “A ninguna cooperativa le será permitido: (...) 2. Establecer con sociedades o personas mercantiles, combinaciones o acuerdos que hagan participar a estas, directa o indirectamente, de los beneficios o prerrogativas que las leyes otorgan a las cooperativas.”

Por tanto no es posible la conformación de ellas a pesar de lo previsto en el artículo 11 de la citada ley, si lo que se pretende ejecutar es un contrato estatal, el cual con relación al contratista tiene ánimo de lucro por ser oneroso, ya que lo que se busca normalmente es una contraprestación económica (precio).

El primer pilar sobre el que se soporta la conformación de las uniones temporales y consorcios es el derecho de asociación, ya que lo primero

que buscan los interesados en un proceso de contratación es juntarse con otros, para luego determinar desde su actividad económica si su asociación permite cumplir los requisitos de participación, y lograr lo esperado con la ejecución del futuro contrato.

Otro pilar de las figuras de la unión temporal y el consorcio es la libertad de empresa consagrada en el artículo 333 CN. Este derecho guarda una estrecha relación con el derecho de asociación, ya que a través de este también se desarrolla aquel, de acuerdo con la forma asociativa que se adopte para ejecutar actividades económicas, que para el caso de este estudio corresponde a la ejecución del objeto contractual, el cual consiste en los bienes, servicios y obras que el contratista se compromete a entregar, prestar o construir para la administración (Expósito Vélez, 2013, págs. 129-130).

El derecho de libre empresa siempre debe examinarse sobre el tipo de actividad a desarrollar, que es donde se definen los límites. Por ello algunos han considerado que la libertad de empresa refleja la separación entre el derecho público y el derecho privado, nombrada como *Magna divisio* (Correa Henao, 2008, pág. 172), por lo que existe una regulación entre normas de intervención pública económica como son las previstas en los artículos 84, 334, 335, 336 de la CN y las que regulan las relaciones entre particulares. De allí la importancia de tener en cuenta la regulación al momento definir el tratamiento de las uniones temporales y consorcios en los pliegos de condiciones.

A. Limitaciones del derecho de asociación y libertad de empresa de los integrantes de uniones temporales y consorcios

El derecho de asociación y el de libertad de empresa no son absolutos. Es así como para el derecho de asociación la Corte Constitucional, en sentencia C-864 de 2004, ha manifestado que existen unos límites fijados por la Constitución, como la prohibición de su uso abusivo y el respeto de los derechos ajenos; de igual manera existen otros derivados del bloque de constitucionalidad por vía de interpretación, como los tratados internacionales de derechos humanos que establecen límites encaminados a preservar la moral pública, la seguridad nacional, la seguridad jurídica, el orden público y los derechos y libertades de los demás. Es decir, si bien el legislador puede establecer límites estos deben corresponder a la necesidad de asegurar el respeto de los derechos ajenos, de impedir su uso abusivo o de preservar la moral pública, la seguridad nacional, la seguridad jurídica y el orden público.

Con relación a la libertad de empresa, la Corte Constitucional en sentencia C-263 de 2011 definió que los elementos básicos de las libertades económicas solo pueden limitarse exclusivamente por el legislador, por existir reserva de ley, por cuanto el artículo 333 de la CN prevé para el ejercicio de las libertades económicas que “nadie podrá exigir permisos previos o requisitos, sin autorización de la ley” y que “la ley delimitará el alcance de la libertad económica”. En tal virtud, el legislador no goza de absoluta

discrecionalidad y tales libertades solo podrán ser restringidas cuando lo exija el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la nación.

De otra parte, el artículo 189 numeral 11 de la CN le permite al ejecutivo intervenir en la regulación de la economía en ejercicio de sus facultades de inspección, vigilancia y control, y de la potestad reglamentaria pero sujeto a la ley, ya que no puede el reglamento ser una fuente autónoma de obligaciones, es decir, solo concretar los elementos centrales definidos en la ley.

Así las cosas, estos dos derechos, al erigirse en el sustento de la unión temporal y el consorcio, deben analizarse tanto al momento de la constitución de ambas figuras como al momento de ser valorados por las entidades estatales al estructurar los pliegos de condiciones, sobre todo para evaluar hasta dónde es posible entrar a restringir los límites, previa habilitación legal, con el fin de garantizar la escogencia de la mejor oferta siempre que el proponente, en este caso conjunto, cuente con la solvencia financiera y técnica que le permita ejecutar el contrato.

Respecto a las limitaciones legales de uniones temporales y consorcios encontramos de manera expresa el artículo 7 de la Ley 643 de 2001, el cual al ser examinado por la Corte Constitucional motivó definir el siguiente problema jurídico:

¿La prescripción según la cual solo las personas jurídicas pueden ser concesionarias o contratistas de la explotación de actividades propias del monopolio de juegos de suerte y azar es discriminatoria contra las personas naturales y contra ciertas formas de asociación que,

como los consorcios o las uniones temporales, carecen de personalidad jurídica? ¿Implica el artículo parcialmente acusado una vulneración del derecho a escoger profesión u oficio y del derecho de libre asociación en razón a que prescribe que solo las personas jurídicas podrán ser concesionarias o contratistas para la explotación del monopolio de juegos de suerte y azar? (C-031/2003, M. J. Cepeda).

La Corte, al resolver el problema jurídico luego de aplicar un test de razonabilidad, determinó que la celebración de contratos para explotación del monopolio de juegos de suerte y azar solo con personas jurídicas facilita la vigilancia y control de los recursos públicos, lo que no ocurriría con una pluralidad de ellas, además de las posibles controversias entre estas, por lo que los fines que persigue la norma son legítimos y el medio para alcanzarlos también. De otra parte señala que existen otras actividades económicas que solo pueden ser desarrolladas por personas jurídicas como las entidades administradoras de pensiones y las instituciones financieras y cambiarias. Este tipo de requisitos busca promover fines de interés público que varían en cada caso y encuentran fundamento en la Constitución.

A pesar de la argumentación bastante lacónica de la Corte, lo que se puede evidenciar es una limitación a las figuras asociativas por dificultades en la vigilancia y control de recursos. La ausencia de personería jurídica —“la personalidad jurídica no es otra cosa que la aptitud de adquirir derechos y de obligarse con otros, su atributo esencial es la posibilidad de entrar en relación jurídica con otros” (Larroumet, 2006, pág. 294)— se convierte en una limitante para contratar con

el Estado tanto en este tipo de actividades como en otras, según parece evidenciarlo el informe de la Comisión de Infraestructura del grupo de comisionados que realizaron la recomendación sobre el atraso del tema infraestructura de transporte al Gobierno nacional:

Acogiendo una práctica internacional, permitió que los contratos estatales pudieran celebrarse con “consorcios” y “uniones temporales”, asociaciones estas que carecen de personería jurídica y de un régimen legal definido. Ello dificulta la vigilancia sobre sus actividades y el ejercicio de sus derechos o el cumplimiento de sus obligaciones en actuaciones administrativas y en procesos judiciales. Para suplir, al menos parcialmente, estas falencias, la ley exigió que los miembros de estas asociaciones asumieran en forma “solidaria” sus obligaciones frente a las entidades estatales.

La Comisión considera inconveniente esta situación y sugiere por tanto que los contratos de infraestructura de servicio público se celebren siempre con contratistas que tengan personalidad jurídica (pueden ser uno o varios) o con una persona jurídica en cuanto administradora de un patrimonio autónomo fiduciario. (...)

En Colombia solo quienes tienen personalidad jurídica pueden celebrar contratos. La excepción establecida en la ley 80 de 1993 para los Consorcios y las Uniones Temporales en contratos con el Estado es inconveniente, precisamente por su carácter absolutamente excepcional y no regulado, lo que se ha convertido en fuente de incertidumbre para todas las partes, dado que no existe un régimen que regule la vida y vigilancia estatal sobre estos especiales contratistas. (Angulo et al., 2012, pág. 26).

No obstante, las uniones temporales o consorcios son el crisol donde se desarrolla el derecho de asociación y libertad de empresa tanto de sus integrantes como de la asociación, para el avance del sinnúmero de actividades económicas que requieran las entidades estatales en la satisfacción de sus necesidades, por cuanto permiten la participación más nutrida de agentes económicos de los diferentes sectores de la economía en los procesos contractuales.

II. EL PLIEGO DE CONDICIONES RESPECTO DE LAS REGLAS DE PARTICIPACIÓN DE LAS UNIONES TEMPORALES Y CONSORCIOS

Ante la escasa regulación de la Ley 80 de 1993 sobre el tratamiento de la unión temporal y el consorcio, las entidades contratantes se ven en la necesidad de regular en el pliego de condiciones su manejo durante la etapa precontractual y contractual, y definir qué elementos adicionales a los mínimos previstos en el artículo 7 de la Ley 80 de 1993 es necesario exigir para la participación de las ofertas conjuntas.

El marco normativo sobre el contenido del pliego de condiciones lo encontramos en el numeral 5 del artículo 24 y numeral 2 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993; parágrafo 2, numeral 3 y parágrafo 3 del artículo 2; artículos 4, 5 y 11 de la Ley 1150 de 2007; artículo 88 de la Ley 1474 de 2011; artículo 32 de la Ley 1450 de 2011 y el artículo 221 del Decreto Ley 019 de 2012, los cuales determinan el contenido mínimo en un caso, y en otros los elementos a tener en cuenta

al definirlo por parte de las entidades públicas de acuerdo con lo que se debe contratar.

El Consejo de Estado ha señalado:

Los requisitos que se exijan para los consorcios y uniones temporales, no pueden ser diferentes de los que la misma ley exige para las personas naturales o jurídicas que se presenten como proponentes. Lo contrario, sería establecer una discriminación que la ley no contempla. (Consulta y Servicio Civil, 3 may. 1995, R. Suárez).

Adicionalmente y pese a la accidentada regulación reglamentaria el Decreto 1082 de 2015, por el cual se expidió el decreto de unificación del sector administrativo de planeación nacional, estas disposiciones fueron compiladas con idéntico contenido al del Decreto 1510 de 2013, correspondiendo a los artículos 2.2.1.1.1.6.2, 2.2.1.1.1.6.3, 2.2.1.1.2.1.3, 2.2.1.1.2.2.2 y 2.2.1.1.2.2.9, los cuales establecen el contenido de los pliegos de condiciones de manera general, ya que existen exigencias particulares para algunas modalidades de contratación.

Así mismo, a la dispersión normativa existente en el tema debe agregarse un nuevo partícipe creado recientemente: la Agencia Nacional de Contratación Pública (ANCP) —Colombia Compra Eficiente—, la cual dentro de sus funciones llaman la atención las siguientes: absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública; difundir las normas, reglas, procedimientos, medios tecnológicos y mejores prácticas para las compras y la contratación pública.

De otra parte, el artículo 2.2.1.2.5.2 del Decreto 1082 de 2015 le asignó a Colombia Compra Eficiente diseñar e implementar instrumentos estandarizados y especializados por tipo de obra, bien o servicio a contratar.

Producto de la anterior habilitación reglamentaria la ANCP ha publicado en el portal del Sistema Electrónico de Contratación Pública (Secop), pliegos tipo para contrato de obra e interventoría; documentos tipo de contratos, manuales y guías de identificación y cobertura de riesgos, plan anual de adquisiciones, acuerdo marco de precios, acuerdos comerciales, determinación y verificaciones de requisitos habilitantes, capacidad residual, codificación de bienes y servicios, guía de manejo de anticipos y numerosas circulares sobre variados temas.

Ahora bien, la facultad con que cuentan las entidades estatales para definir el contenido de los pliegos de condiciones les da libertad de configuración de acuerdo con los criterios establecidos en la ley, con apoyo en las circulares, manuales o guías expedidos por la ANCP, por cuanto “los manuales y guías no son obligatorios ni imperativos si el legislador no lo ha previsto así” (Gómez Lee, 2015, págs. xxxiii y xxxiv).

Pero esa facultad no es absoluta y se encuentra limitada, es decir, es una facultad discrecional, limitada por el bloque de legalidad y circunscrita a determinar a) los criterios de participación, los cuales deben estar dotados de las características de ser previos, objetivos, justos, claros, completos, proporcionales y adecuados; y b) la escogencia de la mejor oferta en un ejercicio de

subsunción al proceso de contratación correspondiente. El profesor Marín Hernández (2007) ha señalado: “La facultad normativamente atribuida a la Administración para confeccionar los pliegos de condiciones o sus equivalentes, en un procedimiento administrativo de selección de contratistas, permite ilustrar, de inigualable manera, la forma como ha de operar la discrecionalidad administrativa” (pág. 13).

En ejercicio de la facultad discrecional se estructura el pliego de condiciones, el cual cuenta con una naturaleza mixta tal como lo señaló el Consejo de Estado:

Que ostenta una “naturaleza mixta”, en tanto su contenido es mutable, pues nace como un acto administrativo general, naturaleza que conserva hasta el momento de la adjudicación del proceso de selección, pero a partir de la celebración del contrato cambia, al menos en muchas de sus estipulaciones, esa naturaleza y se convierte en “cláusula contractual”, porque no pocas de las condiciones del mismo se integran al negocio jurídico, como verdaderas cláusulas de este, mientras que otras han perecido, a medida que avanza el proceso de selección. (Contencioso Administrativo, 30 nov. 2006, A. Hernández).

Esa naturaleza tiene una gran relevancia ya que las figuras de la unión temporal y el consorcio están en constante movimiento por no constituir una persona jurídica. Su regulación, si bien entra a formar parte del contrato en la fase de ejecución, no puede pasar por alto que los estatutos internos del documento de constitución se complementan con el pliego de condiciones, de

allí la relevancia de la claridad en la regulación de las reglas de tratamiento de estas en el pliego de condiciones.

A. Contenido del pliego de condiciones

En el pliego de condiciones pueden identificarse dos grandes partes que podrían ser: la que regula las reglas de participación y ponderación de oferentes y ofertas, y la correspondiente a la celebración, ejecución y liquidación del contrato con el contratista.

En consecuencia se analizarán algunos aspectos del pliego de condiciones que, a mi modo de ver, son determinantes para la participación y escogencia de uniones temporales y consorcios.

1. El objeto del pliego de condiciones

Examinar y definir el objeto del proceso de contratación en los pliegos de condiciones de las entidades públicas es de los aspectos más importantes, ya que este puede incidir en la conformación de la unión temporal o el consorcio, por cuanto por su complejidad lo más seguro es que requiera de la especialidad de varios integrantes para poder distribuir los distintos riesgos que puede conllevar su ejecución. Sobre la importancia del objeto del pliego de condiciones el Consejo de Estado ha señalado:

El punto inicial y trascendente del pliego es la especificación del objeto del contrato: Debe detallarse en forma puntual, clara, y completa, de modo que permita a los interesados en el proceso de selección conocer “qué es lo que

la administración quiere y cómo lo quiere”. Su indeterminación viola el principio de selección objetiva, porque —como lo precisa Luis Guillermo Dávila V.— desdibuja los parámetros comunes para evaluar y, en consecuencia, conduce a que cada proponente se sujete a su propio criterio y, eventualmente, la entidad decida según su fuero interno. (Contencioso Administrativo, 12 ago. 2014, E. Gil).

El objeto del proceso de contratación —*pliego de condiciones*— que será el objeto del futuro contrato, a su vez tiene por objeto las obligaciones, y el de estas las prestaciones de:

Dar o entregar un cuerpo cierto o uno o varios bienes de género, realizar una actividad, personalísima o fungible, o ejecutar una obra, u omitir determinados actos; alcanzar un resultado, o garantizarlo a plenitud, o proveer ciertos medios propicios a su obtención, o infundir seguridad, tranquilidad, delante de ciertos riesgos. (Hinestrosa Forero, 2003, pág. 108).

Esas prestaciones pueden ser simples o mixtas, punto que debe examinarse para determinar si el desarrollarlas exige algún título habilitante, tal como como ocurre por ejemplo en mensajería expresa, telecomunicaciones, transporte público, seguros, vigilancia y seguridad privada. El legislador exige contar con habilitación legal para el desarrollo de ciertas actividades económicas que si bien por regla general gozan de total libertad, en algunas ocasiones se limitan con autorizaciones previas para el ejercicio de la libertad de empresa. Por ello es fundamental que las entidades públicas en la etapa de planeación, al estructurar los estudios previos, realicen el estudio de sector exigido por el ar-

título 2.2.1.1.1.6.1 del Decreto 1082 de 2015, en donde se examinen esas situaciones que puedan limitar la participación de las figuras de unión temporal y consorcio.

Por tal motivo, al momento de definir las obligaciones del contrato debe examinarse si estas cuentan con alguna regulación (Ley 962/2005, art 1-1) que implica una actividad o a todo el objeto del contrato, porque si el ordenamiento jurídico exige contar con habilitación, licencia o permiso para el desarrollo de la actividad de todo el objeto del contrato, dicha exigencia al momento de la configuración de la forma asociativa será predicable de todos los integrantes (Pino Ricci, 2005, pág. 92). De ser así, eventualmente todos los integrantes deben estar en capacidad jurídica de salir al cumplimiento de alguno de sus integrantes por solidaridad:

Tres son las características que sobresalen en la definición (...) de las obligaciones solidarias: a) la pluralidad de los sujetos activos o pasivos... b) la pluralidad de vínculos entre el acreedor o acreedores y el deudor o deudores; y c) la unidad de objeto, o sea, de la prestación. (Osipina Fernández, 2005, pág. 257).

La solidaridad está prevista respecto de todos y cada uno de los miembros sobre el contrato suscrito, ya que si alguno de ellos no contara con la habilitación, al ser llamado por la entidad pública a cumplir estaría en una imposibilidad jurídica de hacerlo y la administración estaría propiciando la ejecución de servicios públicos ilegales.

Ahora, si la regulación de la actividad recae sobre parte del objeto del contrato de igual forma

pensaríamos que la exigencia de la habilitación sería sobre todos sus miembros, por las mismas razones ya anotadas. Sin embargo, la forma de adjudicación parcial de esa actividad que requiere la habilitación, licencia o permiso podrá ser una salida para no exigirla. Empero, es necesario examinar la articulación en el desempeño de las diferentes actividades contractuales relacionadas, lo que normalmente exige una alta coordinación para no generar contratiempos en la consecución de los propósitos contractuales por la intervención de dos o más miembros.

De otra parte, como quiera que la oferta conjunta bajo la figura de unión temporal o consorcio es presentada por un oferente conformado por una pluralidad de sujetos, es indispensable analizar la correspondencia de la capacidad jurídica de cada uno de sus integrantes para el desarrollo del futuro contrato; en el caso de personas jurídicas será el objeto social el que la determine, el cual debe tener una relación directa con el objeto del pliego de condiciones. Sin embargo se puede presentar el siguiente interrogante: ¿Todos los miembros deben acreditar la suficiencia del objeto social o solo uno es necesario?

Al respecto se pueden presentar variadas situaciones: desde una relación directa hasta una indirecta, parcial o total entre los objetos sociales de los integrantes (Pérez Paredes, 2013, pág. 377) y el objeto del proceso de contratación. Todas ellas son válidas siempre y cuando todos los integrantes cuenten con alguna de esas situaciones de conexión con relación al objeto del proceso de contratación, ya que se puede

presentar que alguno de los objetos sociales guarde relación con el objeto del contrato o que la sumatoria de los objetos sociales de los integrantes cubra la totalidad del objeto del proceso de contratación. El *Manual para determinar y verificar los requisitos habilitantes en los procesos de contratación* (M-DVRHPC-04) de la ANCP en este tema prevé: “El objeto social de las personas jurídicas integrantes de un proponente plural debe permitir adelantar las actividades del Proceso de Contratación, bien por ser parte de su objeto social principal o ser una actividad conexas a este” (2014, pág. 9).

Sobre el particular, considero que necesariamente corresponde a todos sus integrantes y no a algunos la relación con el objeto del proceso, así sea en diferentes intensidades, por cuanto la capacidad legal de la sociedad se circunscribe al objeto social como lo determina el artículo 99 del Código de Comercio. Por tal motivo, las entidades públicas al determinar el objeto del pliego de condiciones deben tener muy presente el deber de análisis exigido en el artículo 2.2.1.1.1.6.1 del Decreto 1082 de 2015 sobre el sector en las diferentes perspectivas que se requieran para el desarrollo del contrato, puesto que esto incidirá en la conformación de las figuras asociativas, así como el objeto social o capacidad legal de sus integrantes.

2. De los requisitos habilitantes en el pliego de condiciones para las uniones temporales y consorcios

Al analizar en el pliego de condiciones los requisitos habilitantes se deben tener en cuenta

unos requisitos y propósitos que el Consejo de Estado ha señalado:

Los pliegos de condiciones están llamados a establecer los requisitos de participación de los oferentes y los criterios o factores de evaluación o calificación de sus ofertas; unos y otros, deben llevar como única impronta el fin general perseguido con la contratación propuesta. Los primeros, permiten la participación de los sujetos, esto es, habilitan jurídica, financiera o técnicamente la concurrencia de los interesados al proceso y, por ende, conciernen a la idoneidad de los oferentes; y los segundos, posibilitan la selección de la propuesta, esto es, están referidos a calificar la oferta, a darle un puntaje, para establecer el mérito de la misma frente al objeto a contratar y, por ende, tienen una conexión directa con la particular necesidad, lo cual excluye, de suyo, que factores formales o superfluos deban tener una connotación sustancial para la escogencia de la oferta más favorable a los intereses de la entidad y, por lo mismo, gozar del patrocinio o tutela legal. La elaboración de los pliegos de condiciones debe realizarse, entonces, consultando los fines perseguidos con la contratación estatal, en cumplimiento del artículo 3 de la Ley 80 de 1993, de manera que las cláusulas del mismo están sujetas y circunscritas al objeto del proceso y su eficacia y validez deben girar en torno a la función que emerge de las particulares necesidades reales que pretende satisfacer la administración. Por esta razón, los criterios de selección de la propuesta en los pliegos de condiciones o términos de referencia para la ejecución del objeto perseguido con la contratación, deben ser útiles, indispensables y determinantes para el propósito de comparar los aspectos sustanciales de los ofrecimientos, en forma tal que se pueda escoger entre ellos el

que resulte más favorable. (Contencioso Administrativo, 26 abr. 2006, R. Correa).

En el caso de ofertas conjuntas tal verificación aplicará para cada uno de sus integrantes. Ahora, los elementos que son objeto de verificación de acuerdo con lo previsto en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 88 de la Ley 1474 de 2011 son: la capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y organización de los proponentes.

Adicionalmente, el artículo 2.2.1.1.1.6.2. del Decreto 1082 de 2015 define que se debe tener 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.

Ahora bien, los requisitos habilitantes son objeto de verificación en el registro único de proponentes (RUP), salvo que el proceso de contratación no lo exija o se requiera información adicional, tal como lo señala el artículo 221 del Decreto Ley 019 de 2012.

De otro lado, Colombia Compra Eficiente en el *Manual para determinar y verificar los requisitos habilitantes en los procesos de contratación* remite a la *Guía para la elaboración de estudios de sector* y al *Manual para la identificación y cobertura del riesgo en los procesos de contratación*.

Teniendo en cuenta esta regulación paso a examinar cada uno de los requisitos habilitantes:

i) Capacidad jurídica y condiciones de experiencia. La primera no se abordará por cuanto esta ya fue tratada anteriormente. La experiencia de las formas asociativas —unión temporal o consorcio— debe ser regulada en los pliegos de condiciones por no haber una regla respecto a su forma de verificación, como existió en el artículo 2.2.7 del Decreto 734 de 2012.

Sin embargo, el criterio de valoración de la experiencia dependerá de si se está frente a una unión temporal o frente a un consorcio. En el caso de uniones temporales, y por exigirlo el artículo 7 de la Ley 80 de 1993, deben establecer los términos y extensión de participación de los integrantes en la propuesta, lo cual llevaría a pensar que la experiencia será solo respecto del porcentaje y actividades desarrolladas al interior de la unión o en las actividades que se pretendan acreditar, situación que no ocurre en el consorcio donde no se exige el monto de participación de los integrantes, de forma que la experiencia para este será por el total. El profesor González López señaló al respecto:

Si un oferente acredita que mediante la figura del consorcio, del cual hizo parte, tiene la experiencia requerida en la nueva licitación, ¿cómo debe calificar y valorar esa experiencia el ente estatal? ¿Proporcionalmente según el número de consorciado? ¿No valorarla? ¿Valorarla en su totalidad?

Como es necesaria una interpretación del texto, por cuanto no hay respuesta legal, considero que la experiencia debe valorarse en su totalidad, así obviamente, de la configuración del consorcio se presume que sus integrantes

participaron parcialmente en la ejecución del contrato.

Lo anterior, por cuanto no debe olvidarse la responsabilidad solidaria de los integrantes del consorcio por el valor total de la propuesta, y de las obligaciones allí contenidas, y porque además, en el consorcio no se discrimina la extensión y participación de cada uno de sus miembros en el cumplimiento del objeto contractual, como sí sucede en la unión temporal.

No podría la administración, a nuestro juicio, distinguir un grado inferior de participación al total del contrato, pues la responsabilidad del particular abarca la totalidad del mismo. Lo anterior, obviamente si no existen elementos de juicio derivados del proceso de contratación anterior, que permitan inferir su grado de participación. (1997, pág.123).

Es decir, la experiencia acreditada de los consorcios y uniones temporales sería como lo presenta el cuadro 1:

| CUADRO 1. VALORACIÓN DE EXPERIENCIAS DE FORMAS ASOCIATIVAS | |
|---|-------------------------------------|
| FORMA ASOCIATIVA | VALORACIÓN DE LA EXPERIENCIA |
| Consorcio | Total |
| Unión temporal | Porcentaje de participación |
| Miembro de consorcio | Total |
| Miembro de unión temporal | Porcentaje de participación |

Cabe anotar que esta forma de valoración de experiencia se encuentra dentro de la discrecionalidad de la entidad en la estructuración del pliego, siempre y cuando se respeten los principios de la contratación estatal, ya que no debe pasarse por alto que la ineficacia de pleno derecho

debe aplicarse ante regulaciones violatorias del numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993.

Sobre lo anterior salta a la vista que una regla así llevaría a concluir que la responsabilidad solidaria es sinónimo de experiencia o ejecución de actividades objeto de verificación, amén de la vulneración del principio de igualdad al valorar ambas figuras. Pensaría que por la misma facultad de configuración del pliego de condiciones de que es titular la administración, al momento de la estructuración de los requisitos de experiencia para el caso de los consorcios debería exigirse en la oferta que el documento de constitución desglose qué actividades acordaron ejecutar sus integrantes y los montos de participación, de forma que realmente se pueda valorar la experiencia efectivamente ejecutada por cada uno de los integrantes y del consorcio, y no entrar a valorar la experiencia por cuenta de la responsabilidad solidaria de los integrantes, cuando lo que se está examinado es el tiempo o la cantidad de dinero ejecutado en el desarrollo de una actividad. La referida posibilidad de inclusión en los pliegos de la experiencia efectivamente ejecutada por cada uno de los integrantes busca darles un trato igualitario a ambas figuras y, sobre todo, a quienes las conforman, dentro de un marco de proporcionalidad y razonabilidad.

Así las cosas, el pliego de condiciones debe regular, de acuerdo con las particularidades del proyecto que se pretenda ejecutar, qué tratamiento debe darse a la experiencia de las uniones temporales y consorcios. Una podría ser por el porcentaje de participación de los integran-

tes, para lo cual en el caso de los consorcios es posible solicitar en el pliego de condiciones, en el acápite de la experiencia de las formas asociativas, que el documento de constitución del consorcio desagregue los términos y extensión de participación de sus integrantes, de forma que en la evaluación sean verificadas las experiencias en un plano de igualdad, al momento de valorar las ofertas.

El Manual para determinar y verificar los requisitos habilitantes en los procesos de contratación al respecto señala:

La experiencia del oferente plural (unión temporal, consorcio y promesa de sociedad futura) corresponde a la suma de la experiencia que acredite cada uno de los integrantes del proponente plural.

Por otra parte, cuando un proponente adquiere experiencia en un contrato como integrante de un contratista plural, la experiencia derivada de ese contrato corresponde a la ponderación del valor del contrato por el porcentaje de participación.

Frente a esta posición cabría preguntarse si es toda la experiencia o el porcentaje de participación del integrante en la unión temporal el que es transmitido para la valoración de la experiencia de la oferta conjunta, y qué ocurriría en los consorcios. Por este motivo creo que es fundamental que el pliego defina como valorará la experiencia en cada una de las dos figuras desde el punto de vista de sus integrantes, para luego pasar a la oferta conjunta.

Cuando la experiencia de uno de los integrantes de la unión temporal o consorcio deriva de alguna de estas figuras, es el porcentaje de participación de la figura inicial el que es objeto de verificación y, por tanto, el que termina valorándose en el proceso de contratación que se pretende hacer valer. Es decir, es el porcentaje del porcentaje de participación de la figura inicial y de la que se presenta para ser valorada.

ii) Capacidad financiera y organización de los proponentes. Requisito que resulta de gran importancia ya que buena parte de las dificultades en la ejecución de los contratos se derivan de problemas financieros de los proponentes, que se reflejan cuando ya fungen como contratistas. *El Manual para determinar y verificar los requisitos habilitantes en los procesos de contratación* define cómo hacerlo, y para el caso de las figuras asociativas plantea dos alternativas: una correspondiente a la sumatoria de los índices o valores absolutos, de acuerdo con el porcentaje de participación en la oferta conjunta; otra indiferentemente del porcentaje de participación, toda vez que la forma de calcularlos parte de cada uno de los integrantes del oferente plural. Sobre un tema similar, cual es la capacidad de contratación, el Consejo de Estado precisó lo siguiente:

Es viable jurídicamente (...) se defina el criterio para estimar la calificación de la unión temporal, bien acogiendo la suma, el promedio o el partícipe de mayor K de contratación, todo dentro del marco que orienta la selección objetiva, esto es, que la entidad estatal debe establecer los factores de escogencia del contratista. (Consulta y Servicio Civil, 25 abr. 2002, C. Hoyos).

Es importante que la misma forma de valoración de la experiencia propuesta sea empleada en la valoración de los aspectos financieros para que exista coherencia en ambos aspectos. Adicionalmente, y al momento de determinar los requisitos financieros, el conocimiento a fondo de los posibles proponentes es significativo, por cuanto con base en este podrá determinarse que su participación no sea individual sino conjunta.

3. Las distintas formas de valoración de la información del registro único de proponentes

Los requisitos habilitantes o de participación deben valorarse con base en la información del registro único de proponentes, como regla general, salvo las excepciones previstas, eventos en los cuales se hará de documentos adicionales aportados por los futuros contratistas.

Al examinar el artículo 221 del Decreto Ley 019 de 2012, y de una forma más categórica el artículo 2.2.1.1.1.5.1. del Decreto 1082 de 2015, se puede evidenciar que no es exigible para las uniones temporales o consorcios la inscripción en el RUP; sin embargo, sus miembros sí deben estarlo ya que es en los registros de ellos donde se examinarán los requisitos habilitantes previstos en el artículo 2.2.1.1.1.5.3 del Decreto 1082 de 2015.

Dentro de la información del RUP, la referente a la inscripción de acuerdo con el *Clasificador de bienes y servicios de las Naciones Unidas* —el cual involucra cuatro niveles: segmento, familia, clase y producto, que va de lo general a lo

particular—, en un primer momento es definida por las entidades públicas al estructurar el plan de adquisiciones como mínimo en el nivel tres (clase), y luego en los correspondientes pliegos de condiciones en el cuarto nivel (producto), de ser posible. En este aspecto deberá analizarse el objeto contractual para definir los niveles, ya que podrían ser uno o varios los niveles exigidos.

Así las cosas, y toda vez que las ofertas conjuntas pueden estar conformadas por dos o más integrantes, se pueden presentar muchas combinaciones de situaciones sobre la inscripción: que todos los integrantes estén en el nivel tercero o cuarto, o que alguno o algunos estén inscritos en los niveles exigidos. Lo que no es posible es que ninguno esté en el tercer o cuarto nivel, salvo que el estudio de sector determine lo contrario.

Siendo el pliego de condiciones el instrumento precontractual con que cuenta la entidad estatal para definir la forma de valoración de la inscripción de todos los integrantes de la unión temporal o el consorcio de acuerdo con la complejidad del objeto contractual, al menos uno de los integrantes debe estar inscrito en los niveles exigidos o en las otras clasificaciones que se exijan.

Ahora bien, si un solo integrante no cuenta con todas las clasificaciones exigidas, permitir su acumulación para completarlas sería una solución, pero en todo caso, todos los integrantes deben contar al menos con el nivel uno (segmento), por cuanto los niveles subsiguientes están contenidos dentro de este.

De modo que el pliego de condiciones debe regular las ofertas conjuntas desde su conformación hasta la verificación de requisitos habilitantes, en sus aspectos jurídicos, técnicos y financieros de forma homogénea, para evitar que una misma oferta sea valorada de distinta manera en sus diferentes aspectos.

B. Limitación del número de integrantes de las uniones temporales y consorcios

Para la conformación de uniones temporales o consorcios el número mínimo de integrantes no puede ser objeto de restricciones porque sería tanto como prohibirlos, sin embargo el máximo podría ser objeto de limitación, con sustento en la siguiente sentencia del Consejo de Estado:

La finalidad del ARTÍCULO 7º DE LA LEY 80 DE 1993 al permitir la asociación de personas para la conformación de consorcios o uniones temporales no solo es la de hacer factible la prestación de un servicio, la ejecución de una obra, etc., brindando cada uno mayor calidad y eficiencia en razón de su especialidad, y evitando así los mayores costos y efectos negativos que puedan derivarse de la realización aislada y particular de actividades respecto de las cuales no se es el más apto, como así se anotó en la Gaceta del Congreso, sino que también la finalidad es la de asegurar a la Administración contratante, mediante la solidaridad creada en su favor entre los CONSORCIADOS O LOS UNIDOS TEMPORALMENTE respecto al cumplimiento total de la propuesta y del objeto contratado. Por ello cuando el decreto reglamentario 679 de 1994 autorizó a la Administración a que en los pliegos de condiciones o términos de referencia pueda establecer REQUISITOS OBJETIVOS para efectos de la partici-

pación de consorcios o de uniones temporales, desarrolló el alcance legal de las expresiones “dos o más”, contenidas en el artículo 7º de la Ley 80 de 1993, los cuales requisitos podrán dar lugar a determinar cuál será el número de personas: *dos o más*. (Contencioso Administrativo, 26 abr. 2006, M. H. Giraldo). [Mayúsculas en el original, cursivas añadidas].

El anterior precedente jurisprudencial, si bien en el actual marco reglamentario no se cuenta con el Decreto 679 de 1994, a mi modo de ver no resulta ser el más afortunado; por el contrario, es una limitante interior para la conformación de las referidas formas asociativas, que vulnera el derecho de asociación pues limitar el número no es un factor objetivo ya que si bien facilita la evaluación de las ofertas, ataca la conformación de la unión temporal o consorcio, es decir, su constitución, respecto de lo cual no puede existir un número máximo, ya que no son formas asociativas como las sociedades, agrupaciones que en algunos casos sí tienen limitantes de socios, pero estas son figuras diametralmente diferentes en las que solo podrá examinarse su legalidad mediante la aplicación del principio de proporcionalidad.

Adicionalmente, la Administración no puede limitar el número máximo de miembros de uniones temporales y consorcios por la sencilla razón de que la ley no lo hace y si lo hiciera sería discutible, por tanto menos el pliego de condiciones (González López, 2010, págs. 106 y 107).

El principio de proporcionalidad es una herramienta fundamental para a) determinar la conformación de la unión temporal y el consorcio,

b) construir los requisitos habilitantes para que no resulten ser arbitrarios y generadores de un trato desigualitario o en perjuicio del interés general, toda vez que dota de legitimidad a los requisitos y hace más eficiente la utilización de los dineros públicos en la contratación estatal (Martínez García y Leal Holguín, 2011, págs. 223-268).

Es así que la determinación de los requisitos para participar en los procesos de contratación, como actividad discrecional que afecta la esfera jurídica de los particulares, es aplicable de tal forma que estos solo se afecten en la medida que sea idóneo, necesario y proporcional en sentido estricto (Matallana Camacho, 2007, pág. 293).

De tal manera, debe ser posible determinar la relación de preferencia de un principio sobre otro, condicionadamente, por lo que para el caso de limitación del número máximo de integrantes de uniones temporales y consorcios en el pliego de condiciones, es importante evidenciar cómo la selección objetiva tiene relación con el interés general, y cómo este a su vez es fundamental para todas las actuaciones contractuales que adelanten las entidades públicas. Lo anterior teniendo en cuenta que cualquier actividad estatal debe caracterizarse por la satisfacción del interés público o de las necesidades colectivas. La celebración de un contrato en el que interviene una entidad estatal no puede ser ajena a ese principio (Bendeck Olivella, 1992, pág. 111).

De allí que al decidir sobre la colisión de estos derechos se debe optar por la que cause la me-

nor lesión de uno de los dos derechos en conflicto, motivo por el cual la restricción de la libertad de constituir la unión temporal o el consorcio no puede obedecer al propósito de salvaguardar la selección objetiva y, en consecuencia, el interés general, ya que bien pueden los dos principios operar sin una limitación tan severa. Esto, por cuanto la solidaridad siempre estará como una garantía más aun en caso de incumplimiento, situación considerada anormal en el desarrollo de un contrato. Sin embargo, si llegara a presentarse, será la claridad del documento de constitución la que brinde las herramientas para exigir su cumplimiento.

En definitiva, las entidades públicas como titulares de una facultad discrecional para estructurar los pliegos de condiciones deben tener muy presente cómo regular la forma de verificación de los requisitos de participación de las uniones temporales y consorcios, buscando definir reglas que no sean desproporcionadas por lo costoso que resultan ante la falta de cumplimiento de los principios de eficacia y eficiencia.

III. REQUISITOS DEL DOCUMENTO DE CONSTITUCIÓN DE UNIONES TEMPORALES Y CONSORCIOS

Al analizar las propuestas presentadas por uniones temporales y consorcios es necesario preguntarse: *¿Cuándo estamos en presencia de una propuesta conjunta?*

La propuesta conjunta es la presentada por dos o más personas naturales o jurídicas que deci-

den participar en un proceso de contratación. Es en este momento donde nacen las figuras de la unión temporal o el consorcio, de modo que no es el documento de constitución de ellas el que determina su existencia. Este punto es fundamental para establecer cuándo se está ante una propuesta conjunta y, en consecuencia, cuándo comienza a producir los efectos la figura adoptada. Al respecto el Consejo de Estado precisó:

Se tiene que los consorcios o las uniones temporales no surgen como resultado de la celebración de un contrato de asociación o de la conclusión de un específico acuerdo de voluntades entre sus integrantes, sino que —bueno es reiterarlo— pende exclusivamente del hecho consistente en la presentación o formulación conjunta de una misma propuesta ante una entidad estatal, por manera que no será la firma de un documento de “conformación consorcial” o la conclusión de un consenso acerca de los términos de una proyectada unión temporal o la observancia de determinadas solemnidades lo que permitirá sostener que se está en frente de un consorcio o de una unión temporal. (Contencioso Administrativo, 12 sep. 2012, M. Fajardo).

Ahora bien, que la constitución de la unión temporal o el consorcio deban obrar por escrito no es un requisito de existencia, sino de orden probatorio. Adicionalmente, para efectos prácticos, conocer la forma de regulación de las relaciones de sus integrantes y la designación del representante, ¿qué tan importante es al momento de la ejecución del contrato?

De otra parte, debo manifestar que a la unión temporal o al consorcio les son aplicables la re-

gla de la consensualidad prevista en el Código de Comercio, motivo adicional para no exigir el documento por escrito para su existencia, sin embargo, los pliegos de condiciones normalmente lo exigen para comprobar que existe un acuerdo para la presentación de una oferta conjunta.

Pero además de la presentación de la oferta conjunta se requiere que los integrantes —sean personas naturales o jurídicas o privadas o públicas— lo hagan movidos por fines de lucro, desde las actividades económicas de su especialidad. Sin embargo, esta nueva figura que se adopta para acometer la actividad precontractual y contractual no cuenta con personalidad jurídica, lo que llama la atención al ser una ficción que se le otorga capacidad por mandato expreso del artículo 6 de la Ley 80 de 1993 para celebrar contratos.

La constitución de uniones temporales o consorcios para participar en los diferentes procesos de contratación requiere, como ya se manifestó, que conste en un documento donde se precise su conformación y operación, motivo por el cual este es fundamental para precaver eventuales pleitos internos de sus integrantes que puedan generar incumplimientos durante la vigencia del contrato. Sin embargo, el documento de constitución está formado por dos dimensiones: una pública, y otra privada referida a las relaciones internas entre sus integrantes (García-Trevijano, 2004).

En tal sentido, el contenido público mínimo exigido al documento de constitución es el previsto

en el párrafo primero del artículo 7 de la Ley 80 de 1993, y al del privado todas aquellas regulaciones adicionales a estas, necesarias para la operatividad del contrato. De acuerdo con el mencionado artículo los proponentes:

- Indicarán si su participación es a título de consorcio o unión temporal = *denominación de su participación*.
- 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 = términos y extensión de participación de sus integrantes.
- Designarán la persona que, para todos los efectos, representará al consorcio o unión temporal = *designación de representante*.
- Señalarán las reglas básicas que regulen las relaciones entre ellos y su responsabilidad = *reglas básicas que regulen las relaciones entre integrantes y su responsabilidad*.

A. Denominación de su participación

Los interesados en participar en un proceso de contratación deben definir si lo harán individualmente o en forma conjunta bajo la figura de consorcio o unión temporal. Conocer la diferencia entre ambas figuras es determinante para su escogencia. Básicamente radica en el tema sancionatorio, sin embargo Escobar Gil (1999, págs. 136 y 137), M'causland y Avila (1998, pág. 87) y Mutis Vanegas y Quintero Múnera

(2000, págs. 50 y 51) respecto al tema sancionatorio como elemento diferenciador teórico de las figuras plantean múltiples dificultades prácticas. Una de ellas es la señalada por González López:

No se ve con claridad la estipulación respecto de la responsabilidad solidaria de los miembros de la unión temporal y, al mismo tiempo, el derecho y el deber de la administración de sanción solo al incumplido. En nuestro sentir, o hay responsabilidad solidaria o no la hay (1995, pág. 101).

En el caso de las uniones temporales solo responderán por el porcentaje de participación o el del integrante incumplido, situación que no ocurre en los consorcios, motivo por el cual algunos han considerado que lo aplicable para uno también aplica para el otro, salvo por lo referido. En realidad, la diferencia entre consorcio y unión temporal en nuestro ordenamiento positivo es muy tenue, razón por la cual técnicamente es posible estudiar estas dos realidades positivas a la luz de los lineamientos que ha elaborado la doctrina científica en torno a la institución jurídica del consorcio (Escobar Gil, 1999).

Ahora bien, la falta de indicación de si es consorcio o unión temporal en el pliego de condiciones se puede regular presumiendo que es consorcio por la solidaridad a favor de la entidad pública, ya que si bien de acuerdo con lo que se viene afirmando a estos se les exige discriminar el porcentaje de participación, no podría tenerse en cuenta en caso de sanciones sino solo para efectos de la verificación y valoración de requisitos habilitantes, por cuanto la responsabilidad

de los integrantes para con la entidad está definida en la ley.

De otra parte cabría preguntarse: *¿Qué naturaleza jurídica tienen la unión temporal y el consorcio?*

Sin duda se trata de un contrato o negocio jurídico que cuenta solo con una presentación descriptiva (M'causland y Avila, 1998, pág. 83) de sus elementos en el artículo 7 de la Ley 80 de 1993, por lo que es en ejercicio de la autonomía de la voluntad privada que sus integrantes definen su contenido. Sin embargo, de los diferentes contratos que existen es posible deducir que se trata de un negocio de colaboración empresarial, atípico y producto de la necesidad económica o administrativa de entablar relaciones de cooperación o colaboración entre personas naturales o jurídicas que deciden participar de forma temporal en la actividad contractual estatal (Arrubla Paucar, 2012, pág. 328).

Ahora bien, las notas propias del consorcio y la unión temporal son su carácter eminentemente temporal o transitorio y la ausencia de personería jurídica, lo cual permite diferenciarlos de otras figuras como las sociedades. Respecto al carácter transitorio de la unión temporal y el consorcio el Consejo de Estado precisó:

La duración de los consorcios y uniones temporales va hasta a [sic] la no adjudicación del contrato o su liquidación, siempre que en uno u otro evento no queden asuntos pendientes por resolver, porque de ser así esos sujetos conservarán su vigencia para tales efectos. En otras palabras, los consorcios y uniones tem-

porales conservarán su vigencia para todos los asuntos del proceso de selección o el contrato para el cual fueron creados, toda vez que son los temas relativos a la finalidad de su creación los que les dan su razón de ser. (Contencioso Administrativo, 13 nov. 2014, R. pazos).

Adicionalmente, la existencia de una estructura organizacional que es la que permite ejecutar de manera colectiva un contrato sin que cada integrante pierda su autonomía e independencia, es la que posibilita entender las diferentes relaciones que empiezan a surgir entre sus integrantes por los términos de las actividades que acuerdan realizar.

B. Términos y extensión de participación de sus integrantes

Con miras a seguir examinado los requisitos mínimos del documento de constitución, es válido aclarar que la definición de los términos y extensión de participación de los integrantes no tiene para todos igual significado. Para algunos alude al porcentaje que cada partícipe espera obtener de las utilidades que reporte la ejecución contractual; para otros es una determinación porcentual referida a las labores y compromisos de cada uno de los integrantes para el desarrollo del contrato; y hay quienes consideran que consiste en enlistar las actividades que cada uno de los integrantes desarrollará (Mutis Vanegas y Quintero Múnera, 2000, págs. 50 y 51). En mi concepto, a pesar de que solo se exige para las uniones temporales también podría exigirse a los consorcios, para efectos de verificación de requisitos habilitantes.

En tal sentido, se deberán identificar las actividades y el porcentaje de participación de todos y cada uno de los integrantes para contar con mayor claridad sobre el límite de responsabilidad. Por lo mismo, esos porcentajes y actividades no podrán ser variados sin el consentimiento de la entidad contratante, por cuanto fue precisamente esta forma de organización la que le permitió seleccionarla como la mejor oferta.

Así pues, debe recordarse que la definición de actividades a desarrollar por los integrantes debe guardar una estricta relación con el objeto social del correspondiente integrante y del título habilitante o permiso requerido por la actividad contractual a desarrollar. Es por ello que cada integrante desarrollará las actividades que se comprometa en el documento de constitución, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria.

Teniendo en cuenta lo anterior, cada integrante de la unión temporal o el consorcio genera un entramado de contratos que, junto con el contrato de la entidad contratante y los demás contratos complementarios, configura lo que se denomina contratos coligados o conexos, subordinados unos y autónomos otros, pero en todo caso imbricados o estrechamente vinculados, para la realización de un mismo propósito, que es necesario analizarlos unos con otros independientemente de que sean autónomos o subordinados, porque habrá de estarse a las estipulaciones de cada uno de ellos con el fin de respetar la finalidad común (Ibáñez Najar, 2009, págs. 13 y 14).

Cabe entonces preguntarse: ¿Los integrantes de la unión temporal y el consorcio ejecutan sus actividades por medio de contratos coligados y subcontratos?

Podría decirse que tanto los consorcios como las uniones temporales son la fuente de variados contratos que surgen a su alrededor, con ocasión del contrato estatal celebrado, sin perjuicio, muchas veces, de la existencia de grupos empresariales que corresponden a una estructura empresarial diferente a la del presente estudio. Por ello resulta importante aproximarnos a los contratos coligados y a los subcontratos, como modalidad de contratación al interior de las figuras en estudio, para la satisfacción del interés general.

Los contratos coligados han sido entendidos como:

Aquellos respecto a los cuales existe un nexo de interdependencia. De forma que de cada contrato se persigue un interés inmediato que es instrumental respecto al interés final de todos los contratos, movidos por la intención de las partes de conectar los varios contratos, los cuales son movidos por una causa compleja. (Bianca, 2007, págs. 502 y 503).

El concepto anterior corresponde, para efectos del presente estudio, al objeto del contrato estatal donde es parte la unión temporal o el consorcio.

La Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, respecto a los contratos ligados precisó que se caracterizan por una finalidad común, única, conver-

gente por cada uno de los contratos en conjunto y de todos, sin crear un contrato autónomo, y se ejecuta por la conjunción coordinada de todos los contratos, cada uno de los cuales cuenta con sus elementos esenciales para la realización de la función única realizable solo por la confluencia y nexos de todos ellos (1 jun. 2009, W. Namen).

Pero este sinnúmero de contratos que giran alrededor del consorcio y la unión temporal deberán ser contratados por sus integrantes directamente y no por la figura asociativa.

Al respecto el Ministerio de Trabajo señaló que las obligaciones laborales no reposan en cabeza del consorcio por no constituir una persona jurídica, por no ser quien contrata y por no ser el empleador, sino en cabeza de cada uno de los integrantes que es quien contrata su planta de personal necesaria para desarrollar el objeto de la figura asociativa (Concepto 54203 del 2 de abril de 2014).

De otra parte, recientemente la Superintendencia Financiera señaló:

Los consorcios y las uniones temporales en tanto no comportan una personalidad jurídica distintas a sus integrantes no podrán ser titulares de cuentas bancarias y otros productos bancarios, por lo cual en caso de cheques girados a nombre de tales figuras deberá examinarse en la respectiva cuenta corriente o de ahorros si ella o ellas, están abiertas a nombre de uno o de varios de los integrantes del consorcio (y en donde se tenga previsto acreditar el pago del respectivo cheque), para determinar quién o quiénes están facultados para reci-

bir y cobrar el respectivo título valor. (Concepto 2015011812-002 del 25 de marzo de 2015).

Por tanto, cada uno de los integrantes eventualmente celebra entre sí y con terceros un nutrido número de subcontratos derivados del documento de constitución de unión temporal o consorcio, que le permiten ejecutar el objeto del contrato estatal celebrado.

Así pues, la subcontratación termina siendo un aspecto relevante en las figuras asociativas en materia de operatividad de las actividades, por su especialidad, más aun cuando el uso de las figuras en estudio lleva a ella. Por lo tanto cabría preguntarse: ¿Qué es el *subcontrato*?¹

El profesor Cárdenas Mejía señala que el subcontrato es un negocio jurídico por medio del cual una de las partes en otro contrato —que se denomina contrato principal— acuerda con un tercero que el último ejecutará la totalidad o parte del objeto del primer contrato. El subcontrato se caracteriza en que el objeto del contrato celebrado con el tercero coincide en su totalidad o en parte con el contrato principal, ya que a través de este se ejecuta ese (2009, pág. 209).

Es por ello que el empleo del subcontrato, como instrumento material para el desarrollo de las actividades contractuales de los integrantes del contrato estatal, debe obedecer a una necesidad de especialidad o para solventar problemas técnicos o del personal contratista (Ramírez Grisales, 2012, pág. 34), ya que por medio de este se ejecuta la parte material del proyecto

1 Se debe advertir que no cuenta con una definición legal.

que contrata la entidad estatal. Por tal motivo, y dentro de las figuras que se vienen estudiando, el uso de la subcontratación podría concluir en la siguiente afirmación: a mayor utilización de la subcontratación menor será la especialidad o suficiencia técnica del contratista. De modo que si la constitución de las uniones temporales o consorcios es precisamente para fortalecer las deficiencias, el uso desmedido de la subcontratación puede evidenciar insuficiencia de la unión temporal o consorcio para la ejecución del contrato estatal y, por tanto, la figura asociativa empleada puede resultar desnaturalizada ya que no recogió las fortalezas técnicas y financieras necesarias para cumplir con la finalidad del contrato.

De allí la importancia de regular el empleo del subcontrato, en primer lugar en el pliego de condiciones en aspectos como hasta qué punto es permitido, sobre qué obligaciones contractuales o hasta qué porcentaje del contrato; en segundo lugar, por los integrantes de las uniones temporales y consorcios en el documento de constitución, para conocer cómo se realizaría la subcontratación, cómo se manejarían las modificaciones en el contrato principal de modo que no generen traumatismos en los subcontratistas, y cuál sería la responsabilidad del subcontratista en materia laboral.

C. Representante y reglas básicas que regulen las relaciones entre integrantes y su responsabilidad

Toda vez que los miembros del consorcio y de la unión temporal no pueden actuar por voluntad

propia deberán designar un representante. La designación de este es un requisito necesario para poder actuar como figura asociativa.

La representación legal tiene su fuente en disposiciones legales y obedece a ciertas exigencias y orientaciones del ordenamiento, encaminadas a proteger al sujeto o tercero. El representante obra en razón de una investidura que le viene de la ley automáticamente (Hinestrosa Forero, 2008, pág. 169).

La persona que se designe como representante puede actuar por nombre y cuenta de los integrantes de la figura asociativa, ya que proviene de la representación voluntaria prevista en el artículo 832 del Código de Comercio. La habilitación de la representación tiene su origen en un negocio jurídico autónomo, cual es el consorcio o la unión temporal, por lo que corre como un apéndice del contrato que tiene una finalidad adicional a la representación (Hinestrosa Forero, 2008, pág. 177). Por ello, el pliego de condiciones o el documento de constitución deben precisar las facultades judiciales o extrajudiciales otorgadas al representante sobre la firma de la oferta, las observaciones a las distintas actuaciones en la etapa precontractual, la interposición de recursos, el contrato y la liquidación, entre otras. En consecuencia, si bien las uniones temporales y consorcios no cuentan con representación legal, el representante puede intervenir en las diferentes actuaciones precontractuales, contractuales o postcontractuales para las que ha sido facultado por los integrantes.

El Consejo de Estado en sentencia sobre el tema señaló:

El representante de los consorcios y de las uniones temporales, concebido y exigido por la ley para todos los efectos, es mucho más que un representante o mandatario de cada uno de los integrantes de la agrupación, individualmente considerados, al cual cada quien pudiese modificarle o revocarle su propio y particular mandato a través de actos igualmente individuales, situación que llevaría a admitir entonces que cada integrante de la agrupación podría iniciar, por su propia cuenta, gestiones ante la entidad contratante en relación con el contrato estatal o designar otro representante diferente para que vele por sus propios y respectivos intereses particulares, de suerte que la entidad estatal contratante, en una situación que resultaría abiertamente contraria a los principios constitucionales y legales de economía, de eficacia y de eficiencia, tendría que entenderse, a propósito de un solo y único contrato estatal, con tantos representantes o interesados como integrantes tuviese el respectivo consorcio o unión temporal.

(...)

Así pues, el representante del consorcio o de la unión temporal, que por ley debe ser designado para todos los efectos, lo es de la agrupación empresarial en su conjunto, del ente al cual se refiere la ficción legal y no de cada uno de sus integrantes individualmente considerados, cuestión que se condensa en la máxima que enseña que el todo es más que la simple suma de sus partes. (Contencioso Administrativo, 25 sep. 2013, M. Fajardo).

Es así como la actuación del representante de la unión temporal y el consorcio es imprescin-

dible para desarrollar los derechos de estos como proponente y contratista, muy a pesar de no contar con personería jurídica. Sin embargo, eso no conlleva falta de capacidad contractual, que por el contrario fue otorgada por la Ley 80 de 1993, sin que sea posible prohibir su utilización como se desprende de los artículos 6 y 7 de la misma ley.

Adicionalmente, y con sustento en la sentencia antes citada, por vía jurisprudencial se les otorgó capacidad procesal a las uniones temporales y consorcios para intervenir en los procesos judiciales, capacidad que la misma Corporación ha venido reiterando, como ocurrió en sentencia reciente:

Se advierte que en reciente pronunciamiento la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado recogió la postura jurisprudencial que hasta entonces se encontraba vigente en punto a la falta de capacidad procesal de los consorcios y uniones temporales para comparecer a juicio, ya fuere como integrantes del extremo activo o pasivo de la litis, para, en su lugar, adoptar la tesis según la cual si bien tanto la figura de los consorcios como de las uniones temporales no constituyen personas jurídicas distintas de las personas naturales o jurídicas que las conforman, lo cierto es que en atención al reconocimiento que el estatuto de contratación estatal hace y les otorga respecto de su capacidad contractual, cuestión que igualmente los habilita para ser titulares de los derechos y las obligaciones que emanan de los contratos estatales cuya celebración se les autoriza, también pueden actuar dentro de los procesos judiciales a través de su representante. (Contencioso Administrativo, 1 oct. 2014, H. Andrade).

Siguiendo con los requisitos del documento de constitución exigidos en el parágrafo primero del artículo 7 de la Ley 80 de 1993, por último encontramos las reglas básicas que regulan las relaciones entre ellos y su responsabilidad. El profesor Palacio Hincapié manifiesta al respecto:

Es tan importante ese acuerdo, al cual la ley se refiere cuando dice que los consorcios “señalarán las reglas básicas que regulen las relaciones entre ellos y su responsabilidad”, que es la guía para cuando haya de ejercerse alguna facultad de la entidad frente a ellos, a la cual se debe acudir para dilucidar sus consecuencias (2001, pág. 135).

En tal sentido no podemos pasar por alto que tanto el consorcio como la unión temporal son un contrato atípico mercantil, sobre el cual es determinante conocer cuál es el régimen jurídico.

Ciertamente este no es un tema pacífico. Habiendo solamente coincidencia en que las estipulaciones o disposiciones de los contratantes son las que los regulan, y que estas tienen su sustento en la autonomía de la voluntad privada,² es claro que no existen mecanismos para resolver los eventos no regulados por las partes, como se vio al examinar el parágrafo primero del artículo 7 de la Ley 80 de 1993.

Esta autonomía de la voluntad de que están dotados los integrantes de las uniones temporales y consorcios para la definición del contenido del contrato les representa poder crear, dentro de

los límites establecidos por la ley, normas jurídicas para la regulación de los intereses privados, esto es, todos aquellos intereses cuya tutela no asume por sí ni impone a otros el Estado (Escobar Sanín, 1994, pág. 237). Tales límites, que se deberán tener muy presentes al momento de desarrollar dicha autonomía, son el orden público y las buenas costumbres, así como el empleo de las cargas de autonomía privada consistentes en la carga de legalidad, la carga de lealtad y corrección, la carga de claridad, la carga de sagacidad y advertencia (Hinestrosa Forero, 2014, pág. 31), de ahí la importancia de que queden lo suficientemente detallados.

No obstante, si sus integrantes no hubiesen regulado determinados aspectos, se podría dar solución acudiendo a la regulación mercantil —Código de Comercio— sobre contratos similares. De no ser posible, la costumbre mercantil al ser fuente de derecho es una importante guía para la resolución de eventuales conflictos en aspectos no regulados, siempre y cuando no sea *contra legem*, como se puede deducir de las siguientes costumbres mercantiles en los contratos de riesgo compartido y franquicias, enlistadas por la Cámara de Comercio de Bogotá en su página web:

“En Bogotá D.C., es costumbre mercantil en los contratos de riesgo compartido, celebrados bajo la modalidad de consorcio y/o unión temporal, que se delegue en uno de sus integrantes, el manejo administrativo del contrato.” (F.1.).

“En Bogotá D.C., es costumbre mercantil en los contratos de riesgo compartido (joint venture),

2 La cual en su ejercicio, en todo caso, debe respetar las reglas generales de las obligaciones y de los contratos, previstas en el Código de Comercio.

celebrados bajo la modalidad de consorcio o unión temporal, llevar su contabilidad en forma independiente a la contabilidad de las personas que integran el consorcio o unión temporal.” (F.2.)

“En Bogotá D.C., es costumbre mercantil en los contratos de riesgo compartido (joint venture), celebrados bajo la modalidad de consorcio o unión temporal, acordar entre los asociados la distribución de la responsabilidad interna en caso de incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato.” (F.6.).

“En Bogotá D.C., es costumbre mercantil que en los contratos de Consorcio y/o Unión Temporal, la vigencia del contrato se extienda hasta un (1) año después de la liquidación del contrato celebrado con la entidad contratante, que dio lugar a la unión temporal y/o consorcio.” (F.9.).

“En Bogotá D.C., es costumbre mercantil que en los contratos de Consorcio y/o Unión Temporal, los gastos en que se incurra con ocasión de la celebración del contrato serán asumidos en forma proporcional a la participación de cada integrante del mismo.” (F10.).

[Las comillas son del texto original].

No obstante, si tampoco se encontrara respuesta, los principios generales del derecho y la jurisprudencia (como precedente judicial) siempre serán una herramienta para dar solución al tema.

En el ordenamiento jurídico no existe regulación sobre cómo determinar las obligaciones de los integrantes respecto a la celebración, ejecución y liquidación del contrato, o como llaman algu-

nos, estatutos de funcionamiento para la conformación de uniones temporales o consorcios (Campo Saavedra, 2009, pág. 10); facultades del representante; manejo de la subcontratación con terceros; manejo de los dineros; mecanismos de solución de conflictos; confidencialidad; cesión de la parte en el contrato de unión temporal o consorcio.

Es por tal motivo que las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad privada, deben a) detallar qué actividades desarrollará cada uno de los integrantes o qué aportará a las actividades de los otros integrantes, desde el punto de vista técnico (personal o equipos), administrativo y financiero; b) delimitar los diferentes puntos de encuentro de las actividades de los integrantes, que es precisamente donde se pueden generar incumplimientos internos; c) establecer mecanismos para evitar la ocurrencia de incumplimientos por parte de los integrantes; y d) diseñar un sistema de coordinación y permanente comunicación, fundamental para solventar las dificultades que se presenten en la ejecución del contrato.

Es aquí donde encontramos en el consorcio y la unión temporal figuras de la contratación estatal apenas definidas y reguladas en los documentos de constitución, en lo enunciado y algunas situaciones como la cesión, expedición de pólizas, factores de desempate e incentivos en la contratación estatal para mipymes, desde el punto de vista legal y reglamentario.

Por ejemplo, nada se manifestó sobre su utilización en las diferentes modalidades de contra-

tación, aspecto que si bien no parece polémico por no existir prohibición, es libre en todas ellas, en especial en las convocatorias públicas. Por ello, los estudios de sector deberán analizar esta situación, ya que de acuerdo a como se estructure el pliego de condiciones se podrá incentivar la participación de estas o no. Al respecto ha manifestado la doctrina lo siguiente:

De una lectura integral del estatuto, guiada principalmente por sus fines (art. 3 ley 80 de 1993), nos parece razonable deducir que si bien la redacción del artículo 7 alude indirectamente a la participación de uniones y consorcios en procesos licitatorios y concursales, ello en nada impide que estas mismas formas de asociación contraten directamente con las entidades estatales. De más no está decir que también en las contrataciones directas también puede haber presentación de propuestas. (Mutis Vanegas y Quintero Múnera, 2000, pág. 60).

Es por ello que el contenido del documento de constitución obra como punto de encuentro del derecho público con el derecho privado en los aspectos comerciales. Por ser la unión temporal y el consorcio contratos mercantiles atípicos el contenido esencial del documento de constitución podrían ser los elementos enumerados en el párrafo primero del artículo 7 de la Ley 80 de 1993, sin embargo existen otros aspectos que bien pueden ser producto de la autonomía de la voluntad privada o de la costumbre mercantil por su reiterada utilización en las operaciones contractuales públicas.

El documento de constitución es por ello una manifestación de encuentro de la *summa di-*

visio, o más bien el encuentro con el derecho comercial en específico, por la versatilidad de que goza en apoyo al derecho administrativo respecto a alcanzar su finalidad, y por reconocer de una mejor manera la realidad de los agentes económicos para el desarrollo de sus actividades, pero que no se regula porque perdería su permeabilidad frente a los acontecimientos fugaces que se presentan en el comercio y que dependen de las coyunturas de las realidades económicas.

De tal manera, el documento de constitución se erige en el instrumento para poder dilucidar las responsabilidades al interior de los consorcios y las uniones temporales, sin embargo la regulación legal no define en forma clara y precisa el nivel de detalle que este debe tener, por lo menos en los siguientes temas:

1. Las facultades del representante en aspectos como firma del contrato y todos relacionados con la actuación contractual, administrativa y judicial.
2. La identificación de las actividades a desarrollar y porcentaje de participación en las utilidades de todos y cada uno de los integrantes, sin importar si son consorcios o uniones temporales.
3. La forma de abordar la subcontratación por los diferentes integrantes.
4. La inclusión de mecanismos de solución de conflictos entre los integrantes.

5. La definición de una estructura organizacional, desde el punto de vista administrativo y operativo, para la realización de las actividades conjuntas.
6. La regulación de cómo adelantar la cesión de la participación de un integrante a un tercero.

Así pues, muchos de los requisitos definidos en el artículo 110 del Código de Comercio podrían adicionarse a los exigidos en el párrafo primero del artículo 7 de la Ley 80 de 1993, para brindar mayor claridad y precisión sobre hasta dónde va cada integrante en el desarrollo del contrato de unión temporal y consorcio como en la ejecución del contrato estatal.

IV. CONCLUSIONES

- La discrecionalidad al momento de la definición de condiciones objetivas y razonables para la verificación de los requisitos habilitantes de las uniones temporales y consorcios en el pliego de condiciones debe garantizar una selección objetiva y la libertad de concurrencia con sustento en el principio de proporcionalidad.
- El pliego de condiciones debe regular la definición de unos elementos mínimos adicionales a los legales exigidos, que garanticen una determinación de responsabilidades sobre los integrantes y eviten a estos diluirlas.
- Al momento de la constitución de uniones temporales y consorcios se deben analizar las condiciones definidas en el pliego de condicio-

nes, así como el tipo de servicio o bien que se pretenda contratar, ya que las cargas y límites a la autonomía de la voluntad privada, al derecho de asociación y a la libertad de empresa son un criterio necesario e indispensable para su constitución de acuerdo con los límites que existan.

- El consorcio y la unión temporal son contratos atípicos de carácter mercantil cuyo régimen jurídico lo constituyen las disposiciones contractuales, el Código de Comercio, la costumbre mercantil, la jurisprudencia y los principios generales del derecho.

- Al existir una regulación tan lacónica sobre el contenido y devenir de las figuras de unión temporal y consorcio, el pliego de condiciones y el documento de constitución son el faro para regularlas, siendo por ello la discrecionalidad por parte de las entidades públicas el instrumento y por los particulares la autonomía de la voluntad privada.

Referencias

1. Angulo, C., Benavides, J., Carrizosa, M., Cediell, M., Montenegro, A., Palacios, H., Perry, G., Pinzón, J. y Vargas, B. (2012). *Informe Comisión de Infraestructura*. Bogotá: Comisión de Infraestructura.
2. Arrubla Paucar, J. A. (2012). *Contratos mercantiles. Contratos atípicos* (Séptima ed.). Bogotá: Legis.

3. Cámara de Comercio de Bogotá. (s.f.). Costumbres mercantiles. Recuperado de: http://www.ccb.org.co/Inscripciones-y-renovaciones/Matricula-Mercantil/Todo-sobre-la-Costumbre-Mercantil/Listado-de-Costumbres-Mercantiles_
4. Colombia compra eficiente. (2014). Manual para determinar y verificar los requisitos habilitantes en los procesos de contratación (M-DVRHPC-04). Bogotá: Autor.
5. Colombia compra eficiente. (s.f.). Guía para la elaboración de estudios de sector. Bogotá: Autor.
6. Bendeck Olivella, J. (23 de septiembre de 1992). Exposición de motivos a la Ley 80 de 1993. Gaceta del Congreso, (75). Bogotá.
7. Bianca, M. C. (2007). Derecho Civil III. El contrato (Segunda ed.). (F. Hinestrosa Forero y É. Cortés, Trads.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
8. Campo Saavedra, M. F. (2009). Modelo de cláusulas para contratos de unión temporal o consorcio. Introducción. Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá.
9. Cárdenas Mejía, J. P. (2009). El subcontrato. En J. P. Cárdenas Mejía, A. Venegas Franco y F. Mantilla Espinosa (Edits.), Estudios de derecho privado. Liber Amicorum en homenaje a César Gómez Estrada (t. I). Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.
10. Código de Comercio. Decreto 410 de 1971.
11. Concepto 54203 [Ministerio de Trabajo]. Abril 2 de 2014.
12. Concepto 220-139030 [Superintendencia de Sociedades]. Noviembre 21 de 2010.
13. Concepto 2015011812-002 [Superintendencia Financiera]. Marzo 25 de 2015.
14. Constituyente. (1991). Constitución Política de Colombia.
15. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Expediente: 684 (C. P.: Roberto Suárez Blanco; mayo 3 de 1995).
16. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Expediente: 1391 (C. P.: César Hoyos Salazar; abril 25 de 2002).
17. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Expediente: 15188 (C. P.: María Helena Giraldo Gómez; abril 26 de 2006).
18. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Expediente: 16041 (C. P.: Ruth Stella Correa Palacio; abril 26 de 2006).
19. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Expediente 18059 (C. P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez; noviembre 30 de 2006).
20. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección

A. Expediente: 24.938 (C. P.: Mauricio Fajardo Gómez; septiembre 12 de 2012).

21. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sala Plena. Sección Tercera. Expediente: 19.933 (C. P.: Mauricio Fajardo Gómez; septiembre 25 de 2013).

22. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Expediente: 26332 (C. P.: Enrique Gil Botero; agosto 12 de 2014).

23. Consejo de Estado. Sala de Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Expediente 30.614 (C. P.: Hernán Andrade Rincón; octubre 1 de 2014).

24. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Expediente: 26739 (C. P.: Ramiro Pazos Guerrero; noviembre 13 de 2014).

25. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-031 de 2003 (M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa; enero 28 de 2003).

26. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-864 de 2004 (M. P.: Jaime Araújo Rentería; septiembre 7 de 2004).

27. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-263 de 2011 (M. P.: José Ignacio Pretelt Chaljub; abril 6 de 2011).

28. Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. Expediente: 05001-3103-009-2002-00099-01

(M. P.: William Namen Vargas; junio 1 de 2009).

29. Correa Henao, M. (2008). La libertad de la empresa como manifestación del libre desarrollo de la personalidad. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

30. Dávila Vinuesa, L. G. (2003). Régimen jurídico de la contratación estatal: Aproximación crítica a la Ley 80 de 1993 (Segunda ed.). Bogotá: Legis.

31. Decreto 4950 de 2007. Por el cual se fijan las tarifas mínimas para el cobro de los servicios de vigilancia y seguridad privada prestados por las empresas y/o cooperativas de vigilancia y seguridad privada. Diciembre 27 de 2007.

32. Decreto ley 019 de 2012. Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública. Enero 10 de 2012. DO n.º 48308.

33. Decreto 1510 de 2013. Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública. Julio 17 de 2013. DO n.º 48854.

34. Decreto 1082 de 2015. Por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector administrativo de Planeación Nacional. Mayo 26 de 2015.

35. Escobar Gil, R. (1999). Teoría general de los contratos de la Administración Pública. Bogotá: Legis.

36. Escobar Sanín, G. (1994). *Negocios civiles y comerciales* (t. II). Bogotá: Biblioteca Jurídica Diké.
37. Expósito Vélez, J. C. (2013). *Forma y contenido del contrato estatal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
38. García-Trevijano Garnica, E. (2004). *Las uniones temporales de empresarios en la contratación administrativa*. Madrid: Civitas.
39. González López, E. (1995). *Sujetos privados del contrato. Comentarios al nuevo régimen de la contratación administrativa* (Segunda ed.) Bogotá: Ediciones Rosaristas.
40. González López, E. (1997). *Modalidades de actuación del contratista particular frente a la Administración Pública según la Ley 80 de 1993. Régimen de la Contratación Estatal* (Segunda ed.). J. Pino Ricci (Ed.) Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
41. González López, E. (2010). *El pliego de condiciones en la contratación estatal. La reforma consagrada en la Ley 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
42. Gómez Lee, I. D. (2015). *El derecho de la contratación pública en Colombia. Análisis y comentarios a los reglamentos – Nuevo Decreto 1082/15* (Segunda ed.). Bogotá: Legis.
43. Hinestrosa Forero, F. (2003). *Tratado de las obligaciones*. (Segunda ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
44. Hinestrosa Forero, F. (2008). *La representación*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
45. Hinestrosa Forero, F. (Enero/Junio de 2014). *Función, límites y cargas de la autonomía privada*. *Revista de Derecho Privado*, (26), 5-39.
46. Ibáñez Najar, J. E. (2009). *Modelo de cláusulas para contratos de unión temporal o consorcio*. Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá.
47. Larroumet, C. (2006). *Derecho civil. Introducción al estudio del derecho privado*. Bogotá: Legis.
48. Ley 80 de 1993. *Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*. Octubre 28 de 1993. DO n.º 41094.
49. Ley 79 de 1989. *Por la cual se actualiza la Legislación Cooperativa*. Enero 10 de 1989. DO n.º 38648.
50. Ley 643 de 2001. *Por la cual se fija el régimen propio del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar*. Enero 17 de 2001. DO n.º 44294.
51. Ley 962 de 2005. *Por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámi-*

tes y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos. Julio 8 de 2005. DO n.º 45963.

52. Ley 1150 de 2007. Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos. Julio 16 de 2007. DO n.º 46691.

53. Ley 1450 de 2011. Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014. Junio 16 de 2011. DO n.º 48102.

54. Ley 1474 de 2011. Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública. Julio 12 de 2011. DO n.º 48128.

55. Marín Hernández, H. A. (2007). Naturaleza jurídica de las facultades de la administración para confeccionar pliego de condiciones. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, (1).

56. Martínez García, J. D. y Leal Holguín, A. (2011). Arbitrariedad en la determinación de los requisitos para contratar con el Estado. El principio de proporcionalidad como protección contra la arbitrariedad. *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, (19), 223-268.

57. Martínez Neira, N. H. (2010). *Cátedra de Derecho Contractual Societario. Regulación comercial y bursátil de los contratos societarios*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

58. Matallana Camacho, E. (2009). *Manual de Contratación de la Administración Pública – Reforma de la Ley 80 de 1993* (Segunda ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

59. M'causland, M. C. y Ávila, M. (1998). Modalidades de colaboración empresarial consagradas en la Ley 80 de 1993. Regulación de formas de "Joint Venture". *Revista de Derecho Privado*, (3), 75-89.

60. Mutis Vanegas, A. y Quintero Múnera, A. (2000). La contratación estatal: análisis y perspectivas. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.

61. Ospina Fernández, G. (2005). *Régimen general de las obligaciones* (Cuarta ed.). Bogotá: Temis.

62. Palacio Hincapié, J. Á. (2001). *La contratación de las entidades estatales*. (Tercera ed.). Bogotá: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.

63. Pérez Paredes, E. (2013). Las uniones temporales de empresas en la contratación pública. En *Anuario Aragonés del Gobierno Local 2012*. Zaragoza: Fundación Ramón Sáinz de Varanda/Institución Fernando el Católico.

64. Pino Ricci, J. (2005). El régimen jurídico de los contratos estatales. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
65. Ramírez Grisales, R. (2012). La subcontratación. Serie: Las Cláusulas del Contrato Estatal No. 2. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.