

Bogotá D.C., 14 de enero de 2016

Señores
Agencia Nacional de Infraestructura
Vicepresidencia Jurídica
Gerencia de Contratación
Avenida Calle 26 Nro. 59-51 Torre 4 y/o Calle 24A Nro. 59-42 Torre 4. Piso 2
vjvgccm0232015@ani.gov.co
Bogotá D.C.

AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA
Rad No. 2016-409-002502-2
Fecha: 14/01/2016 14:01:48 -> 703
OEM: GRUPO POSSO SAS
Anexo: 27 FOLIOS



REFERENCIA: CONCURSO DE MERITOS ABIERTO No. VJ-VGC-CM-023-2015

OBJETO: REALIZAR LA INTERVENTORÍA INTEGRAL QUE INCLUYE PERO NO SE LIMITA A LA INTERVENTORÍA TÉCNICA, ECONÓMICA, FINANCIERA, CONTABLE, JURÍDICA, ADMINISTRATIVA, OPERATIVA, MEDIO AMBIENTAL Y SOCIO PREDIAL DEL CONTRATO DE CONCESIÓN BAJO EL ESQUEMA DE ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA DE INICIATIVA PRIVADA QUE SE DERIVE DEL PROCESO LICITATORIO VJ-VEAPP- IPV-008-2015 CORRESPONDIENTE AL CORREDOR DENOMINADO "VÍAS DEL NUS" CUYO OBJETO ES "REALIZAR ESTUDIOS Y DISEÑOS, FINANCIACIÓN, GESTIÓN AMBIENTAL, PREDIAL Y SOCIAL, CONSTRUCCIÓN, REHABILITACIÓN, MEJORAMIENTO, OPERACIÓN, MANTENIMIENTO Y REVERSIÓN DE LA CONCESIÓN VÍAS DEL NUS

ASUNTO: Observaciones Pliego de Condiciones Definitivo

Respetados Señores,

Por medio de la presente nos permitimos realizar nuestras observaciones al Pliego de Condiciones del proceso de la Referencia:

En el Pliego de Condiciones del Concurso de Méritos Abierto VJ-VGC-CM-023-2015, en el numeral 5.2. CRITERIOS DE DESEMPATE en el ítem 6 se establece que se preferirá la propuesta presentada por el oferente que acredite en las condiciones establecidas en la ley que por lo menos el diez por ciento (10%) de su nómina está en condición de discapacidad a la que se refiere la Ley 361 de 1997.

"6. Preferir la propuesta presentada por el oferente que acredite en las condiciones establecidas en la ley 30 que por lo menos el diez por ciento (10%) de su nómina está en condición de discapacidad a la que se 31 refiere la Ley 361 de 1997, debidamente certificadas por la oficina de trabajo de la respectiva zona, que hayan sido contratados con por lo menos un (1) año de anterioridad a la fecha de cierre del presente proceso de selección, y que certifique adicionalmente que mantendrá dicho personal por un lapso igual al de la contratación para lo cual deberá diligenciar el Formato 4. Si la oferta es presentada por un Consorcio o Unión Temporal, el integrante del oferente que acredite que el diez por

ciento (10%) de su nómina está en condición de discapacidad en los términos del presente numeral, debe tener una participación de por lo menos el veinticinco por ciento (25%) en el Consorcio o Unión Temporal y aportar mínimo el veinticinco por ciento (25%) de la experiencia acreditada en la oferta."

Las firmas que acreditan el Certificado del Ministerio de Trabajo, de acuerdo con lo establecido en el Art 24 de la Ley 361 de 1997, se encuentran en la obligación de realizar la Contratación del personal en caso de adjudicación de un contrato, cuyo proceso deben realizarlo a través de la persona natural o jurídica que fue adjudicataria (en caso de proponente individual) o en caso de Consorcio o Unión Temporal, este proceso debe realizarse por cada una de las empresas que conforman el Consorcio o Unión Temporal.

En el caso de los Consorcio o Uniones Temporales, NO es posible realizar la contratación de personal para los proyectos directamente por el Consorcio o Unión Temporal, debido a que el artículo 6 de la Ley 80 de 1993 indica:

"la Capacidad para Contratar. Pueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes. También podrán celebrar contratos con las entidades estatales, los consorcios y uniones temporales.

Las personas jurídicas nacionales y extranjeras deberán acreditar que su duración no será inferior a la del plazo del contrato y un año más."

Por lo cual carecen de capacidad para celebrar contratos privados de cualquier naturaleza. (Adjunto conceptos)

Por otra parte, es nuestro concepto se considera que el personal que hacer parte en el desarrollo de los contratos deben ser contratados en el 100% por las firmas que integran los Consorcios o las Uniones Temporales.

- Con respecto a este criterio de desempate se solicita respetuosamente que dentro del proceso de la referencia, una vez analizados cada uno de los criterios de selección y al presentarse el empate entre los puntajes de las ofertas, la ANI como Entidad contratante exija a los proponentes que se van a beneficiar de lo dispuesto en el artículo 24 de la ley 361 de 1997, que estos sean quienes deban contratar el personal necesario para la ejecución del proyecto con el fin de aumentar su nómina y por ende aumentar el número de PcD con las que cuenta la (s) empresa (s), incentivando así una mayor inclusión de PcD. Puesto que el alma de la ley 361 de 1997, es promover una mayor inclusión de PcD otorgando beneficios a las empresas que contraten personas con discapacidad, no obstante en los procesos licitatorios o concursos de méritos la finalidad es que estas empresas se vean favorecidas con la adjudicación de procesos y con esto aumenten su nómina, buscando el cumplimiento por parte de los empleadores particulares mantengan en su nómina el PcD que acredito con su oferta, durante el lapso de ejecución del contrato y que al aumentar la nómina de la empresa al contratar el personal necesario para la ejecución de los proyectos adjudicados estos deban de aumentar el porcentaje de PcD que tienen en nómina con el fin de mantener un porcentaje total igual o superior

el 10%, el cual es requerido por el artículo 24 de la ley 361 de 1997 incentivando una mayor inclusión laboral para personas con discapacidad.

De no ser de este modo es hacer nugatorias las garantías concedidas por la ley a favor de la inclusión laboral REAL de las PcD. No puede olvidarse que el Artículo 13 de la Ley Estatutaria 1618/13 señala en su primer inciso que las medidas que ella establece en sus diversos numerales son "*Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho al trabajo de las personas con discapacidad....*", es decir, no para ser enunciados teóricos sino realidades objetivas, efectivas, reales. Además dicha Ley fue expedida para dar cumplimiento a las estipulaciones de la Ley 1346 del 31 de julio de 2009 mediante la cual se aprobó por el Congreso de la República la "Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad", adoptada por la Asamblea General de la Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006, Ley y Convención a cuyo cumplimiento está obligada Colombia, enfática en señalar que su propósito es garantizar el cumplimiento efectivo de la igualdad y la inclusión laboral de las personas con discapacidad y los derechos de los mismos a su inclusión social y económica. Por ello es que el Art. 13 de la Ley 1618/13 califica como garantías del ejercicio efectivo del derecho al trabajo de las PcD, las medidas que enumera allí, entre ellas las del numeral 7 sobre el sistema de preferencias en los desempates hoy reglamentado por el D.1082/15. Dice el art. 13 de la L.1618:

"DERECHO AL TRABAJO. Todas las personas con discapacidad tienen derecho al trabajo. Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho al trabajo de las personas con discapacidad, en términos de igualdad de oportunidades, equidad e inclusión, en concordancia con el artículo 27 de la Ley 1346 de 2009, el Ministerio de Trabajo o quien haga sus veces y demás entidades competentes establecerán entre otras, las siguientes medidas:

(...)

7 El Gobierno Nacional deberá implementar mediante Decreto reglamentario un sistema de preferencias a favor de los empleadores particulares que vinculen laboralmente personas con discapacidad debidamente certificadas, en un porcentaje mínimo del 10% de su planta de trabajadores. Tal sistema de preferencias será aplicable a los procesos de adjudicación y celebración de contratos, y al otorgamiento de créditos o subvenciones de organismos estatales."

Para participantes plurales, se solicita aclarar la forma como se debe contratar el personal requerido para la ejecución de los proyectos, debido a que en el en el **anexo numero 6 COMPROMISO DE VINCULACIÓN DE PERSONAL OBLIGATORIO** el proponente ya sea singular o plural en el caso de consorcios o uniones temporales se comprometen bajo gravedad de juramento a contratar este personal.

Por lo anteriormente expuesto, se solicita se aclare si el personal que tiene una dedicación menor al 100% debe de estar contratado por nómina o bajo la modalidad de prestación de servicios, por el proponente y para el caso de los proponentes plurales, se entiende que se debe hacer a nombre de los miembros integrantes que conforman el Consorcio o Unión Temporal, es decir, que si por el tipo de dedicación del personal se debe hacer un contrato de prestación de servicios este sea entre el profesional y el proponente, ya que de otra forma al hacer un contrato con una firma

la cual suministre el personal estaría en contradicción con el anexo 6, en el cual el proponente se compromete a contratar todo el personal mínimo para la ejecución del proyecto, de esta forma es claro que están subcontratando personal.

Debido a que la Entidad debe dar previa autorización para subcontratar y teniendo en cuenta que en ningún caso se podrán subcontratar actividades que conforme a lo previsto en la propuesta, deben ser desempeñadas por personal acreditado durante el Concurso de Méritos.

Por otra parte en el caso de los especialistas pueden tener una dedicación sin límite, con base en el concepto emitido por Colombia Compra Eficiente, no obstante el personal con dedicación del 100% en un proyecto deben tener la dedicación exclusiva para el proyecto que fue contratado, dado que si este personal con dedicación del 100%, no podría prestar sus servicios en otros proyectos, de esta misma manera en la minuta del contrato en el CAPÍTULO III - Personal del Interventor - CLÁUSULA 3.1. Personal del Interventor se establece en los literales B Y C lo siguiente:

"(b) Así mismo, el Interventor se compromete a que como mínimo el personal técnico y de operaciones que de conformidad con lo establecido en el presente Contrato y en la Propuesta tenga una dedicación exclusiva y de tiempo completo, deberán estar ubicados en la zona en donde se llevan cabo las obras de Construcción, Rehabilitación y Mejoramiento y las Obras de Mantenimiento del Contrato de Concesión correspondiente, de acuerdo a la etapa en la cual se encuentre el contrato de concesión, para lo cual el Interventor dispondrá de los recursos físicos necesarios. En caso que por la ejecución de la concesión objeto de interventoría se requiera una mayor dedicación del personal referido, el Interventor se compromete a asignar y dedicar efectivamente dicho personal en los tiempos adicionales que sean necesarios, a efectos de realizar un adecuado e integral control y seguimiento del contrato de Interventoría. Por lo tanto, las Partes entienden que dichas dedicaciones adicionales se encuentran incluidas y remuneradas adecuadamente a través del valor acordado en el presente Contrato, por lo que, en ningún caso, generarán reconocimientos económicos adicionales a favor del Interventor" (Subrayado nuestro)

"(c) En particular, el Director del Proyecto, y los Subdirectores, que deberán ser nombrados por el LIDER, deberán permanecer en las zonas en donde se llevan a cabo las Obras de Construcción, Rehabilitación y Mejoramiento y las Obras de Mantenimiento del contrato de concesión, de acuerdo a la etapa en la cual se encuentre dicho contrato de concesión como mínimo en las dedicaciones ofrecidas en la Propuesta para poder ejercer control directo de las actividades que se desarrollen mensualmente" (Subrayado nuestro)

Es decir el personal con una dedicación **EXCLUSIVA (100%)** debe estar en la zona del proyecto todo el tiempo y no podrá disponer de ningún otro tipo de actividad o contrato en otro proyecto, de no ser así se estaría incurriendo en un posible detrimento del erario, por lo cual solicitamos hacer las respectivas verificaciones y de ser el caso se trasladen copias a los entes de control.

Se anexa concepto emitido por Colombia Compra Eficiente.

Por otra parte, también se busca que se defina si dicho personal debe ser contratado por la firma que aporta el certificado de personal PcD, o si el personal del proyecto debe contratarse teniendo en cuenta el porcentaje de participación de las firmas en el Consorcio o Unión Temporal.

- Sea del caso comentar que dentro de la política de Responsabilidad Social Innovadora de GRUPO POSSO S.A.S., está definido que en cada oportunidad que se consiga salir favorecido con la adjudicación de un nuevo proyecto, GRUPO POSSO S.A.S., se compromete a contratar un porcentaje de PcD equivalente mínimo al 10% del nuevo personal requerido por la Entidad para la ejecución del proyecto, cuya dedicación sea del 100%, lo que busca es contribuir a la generación de una conciencia social en el gremio.

A su vez se solicita que se tenga en cuenta que en las certificaciones expedidas por el Ministerio de Trabajo en la que se establece que el Consorcio o la Unión Temporal según sea el caso puede acceder a los beneficios del artículo 24 de la ley 361 de 1997, se preste puntual atención sobre la advertencia que indica *"la presente certificación se encuentra limitada al control posterior que puede realizar este ministerio para verificar las condiciones inicialmente certificadas"*, lo anterior denota un carácter eventual y por ende las condiciones certificadas pueden cambiar lo que llevaría a la administración a incurrir en un error en la adjudicación del contrato, si se tiene en cuenta este criterio.

Por lo anterior solicito que la Agencia Nacional de Infraestructura verifique la realidad de su contenido y exhorte a que los consorcios, uniones temporales o promesas de sociedad futura a no solo acreditar el 10% de su nómina en condición de discapacidad, sino que en el caso de adjudicarles el contrato aumenten la misma con el único fin de garantizar y asegurar el efectivo cumplimiento de los derechos de personas con discapacidad mediante la adopción de medidas de inclusión, acción afirmativa y ajustes razonables contemplado así en la ley estatutaria 1618 del 27 de febrero de 2013.

Por otra parte, las Empresas que hacen parte de Consorcio o Uniones Temporales, deben realizar la variación de sus nóminas y reportar la cantidad de PcD de acuerdo al porcentaje del 10% establecido por la Ley y que deben acreditar tener en su nómina, de acuerdo con las Advertencias N° 2 que se encuentra al final de los Certificado del Ministerio, es decir, "se deberán mantenerse como mínimo por un lapso igual de la contratación favorecida," (subrayado nuestro).

Se solicita entonces, se corrobore las sustituciones patronales, toda vez que es ilegal que las sustituciones patronales se hagan si no existe la figura jurídica de escindir o fusionar empresas, de acuerdo a lo establecido en el código de comercio cuando se fusionen las empresas por sustitución patronal, creemos que lo que está sucediendo es trasladar PcD para acceder a los beneficios sin que se cumpla con lo establecido en el Código de Comercio y tal como lo reclama la advertencia número 3 del certificado emitido por el ministerio de trabajo la cual cita:

"3. La presente certificación se encuentra limitada a control posterior que puede realizar este Ministerio para verificar las condiciones inicialmente certificadas."

De no cumplirse con lo establecido en el código de comercio referente a la sustituciones patronales en al art. 177._ contenido de la escritura de escindir o fusionar empresas de acuerdo al Código de Comercio de Colombia y el cómo se está trasladando PcD a otras empresas.

También se pide a la Entidad, se verifique que las empresas extranjeras y nacionales que demuestren el certificado de PcD, según lo establecido en la ley 361 de 1997, los cuales tienen contratos en ejecución con la ANI, que se están ganando contratos con la sucursal ya que esta, es la que aporta el certificado de PcD, estén contratando el personal a nombre de la sucursal y no a nombre la matriz, ya que la sucursal fue la que accedió a estos beneficios, por ende debe ser la que debe contratar el personal necesario para la ejecución del proyecto y quien debe aumentar la nómina.

Solicitamos que se establezca que el personal requerido para el proyecto debe ser contratado a nombre de las filiales y no de sus matrices. Ello por cuanto es urgente corregir la siguiente situación que va directamente en contravía del sentido y el alma de las disposiciones del literal a) del artículo 24 de la Ley 361 de 1997 y el numeral 7 del artículo 13 de la Ley Estatutaria 1618 de 2013, que el Decreto reglamentario 1082 de 2015 pretende cumplir a través de la regla 4 de desempate consagrada en su art. 2.2.1.1.2.2.9 y que el pliego plasma en el respectivo numeral sobre desempates, normatividad toda que queda convertida en simple letra muerta. Consiste la situación a corregir en lo siguiente:

Una empresa tiene una filial. La filial acredita la experiencia de la matriz y es quien se está presentado como proponente y aportando el certificado de PcD a fin de ser preferida en los desempates, pero una vez que gana, se contrata el personal del proyecto a nombre de la matriz, a fin de no aumentar su nómina, de manera que la filial continúa sin aumentar su nómina y cumpliendo con 1 o 2 personas PcD el mínimo del 10% que le otorga el derecho de preferencia en los desempates, es decir, con este mecanismo se evita la necesidad de contratar más PcD en la medida en que la nómina aumenta. El resultado obvio es que las normas que se expidieron para promover el AUMENTO de la contratación de PcD mediante el sistema de preferencias en los desempates, quedan convertidas con tan hábiles maniobras en simples monigotes escritas en la pared y ausentes por tanto de la realidad fáctica que tales normas legales pretendieron crear. De pasada, tal mecanismo se lleva de calle las normas constitucionales sobre el estado social de Derecho y todas las que consagran en la Carta Política la protección de las minorías, en especial de las personas PcD, lo cual es obligación del Estado realizar acciones afirmativas en favor de los grupos de personas discriminadas o marginadas, así como las disposiciones de la Ley 1346 del 31 de julio de 2009 mediante la cual se aprobó por el Congreso de la República la "Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad", adoptada por la Asamblea General de la Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006, Ley y Convención a cuyo cumplimiento está obligada Colombia, y que precisamente pretende cumplir Colombia mediante normas como las que se citaron de la Ley 361/97 y de la L. Estatutaria 1618/13.

No puede suceder que las entidades públicas contratantes permitan seguir manteniendo toda esa normatividad como rey de burles en que la quieren mantener ciertos proponentes y mucho menos cohonestar tales prácticas legalmente desleales.

Invitamos a la ANI para que todos los proponentes estén en igualdad de condiciones, se verifique cuales empresas podrían dejar de acceder a los criterios de desempate, dado que:

- Podrían dejar de ser mipymes dado que tiene personal contratado a nombre de Consorcios y Uniones Temporales debe ser tomado el 100% de la nómina en forma solidaria para cada uno de los integrantes del Consorcio o Unión Temporal.
- Si hay firmas que estén contratando el personal a nombre de la matriz y no de la filial o subordinada que es la que se ganó los concursos, estas firmas no pueden participar dado que al momento de contratar el personal a nombre de la filial o subordinada perderían beneficios de estos criterios.
- Las empresas que tengan un profesional con dedicación exclusiva del 100% en un contrato y se evidencie que este repetido en otros contratos celebrados con la Entidad, no podrán participar, debido a que superaría el porcentaje establecido de dedicación en los contratos, y este profesional debe ser reemplazado en su momento, por lo cual su nómina aumentaría y de otra forma estarían incurriendo en un posible detrimento del erario público con lo cual estas serían sancionadas, siendo esto competencia de verificación por parte de los funcionarios de la Entidad.
- Se solicita a la Entidad que en la etapa de evaluación de las propuestas se solicite al Ministerio precitado que haga la debida verificación, conforme a lo indicado en la mencionada advertencia número 3, con el fin de constatar que las empresas, al momento de decidir sobre la adjudicación, cumplen aún con los requisitos que les permiten acceder al sistema de preferencias consagrado en el artículo 24 de la Ley 361 de 1997, en concordancia con el numeral 7 del artículo 13 de la Ley Estatutaria 1618 de 2013 y en el Artículo 2.2.1.1.2.2.9. "Factores de desempate" del Decreto 1082 de 2015 y el correspondiente numeral del Pliego de Condiciones establecidos por la Entidad que se refiere a las reglas de desempate y que rige este Concurso.

No puede suceder que las entidades públicas contratantes permitan seguir manteniendo toda esa normatividad como rey de burles en que la quieren mantener ciertos proponentes y mucho menos cohonestar tales prácticas legalmente desleales.

- Se pide a la Entidad aclarar si el personal que tiene una dedicación menor al 100% debe de estar contratado en la nómina o bajo la modalidad de prestación de servicios, por el proponente y para el caso de los proponentes plurales se entiende que se debe hacer a nombre de los miembros integrantes que conforman el Consorcio o Unión Temporal, es decir; que si por el tipo de dedicación del personal se debe hacer un contrato de prestación de servicios este sea entre el profesional y el proponente, o uno de los integrantes del proponente.

Como fundamento de la pertinencia de formular estas peticiones, me baso en las siguientes normas:

El segundo inciso del artículo 13 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), modificado por el artículo 1º de la Ley Estatutaria 1755 de 2015, que regula el derecho constitucional fundamental de petición, dispone:

“Toda actuación que inicie cualquier persona ante las autoridades implica el ejercicio del derecho de petición consagrado en el artículo 23 de la Constitución Política, sin que sea necesario invocarlo. Mediante él, entre otras actuaciones, se podrá solicitar: el reconocimiento de un derecho, la intervención de una entidad o funcionario, la resolución de una situación jurídica, la prestación de un servicio, requerir información, consultar, examinar y requerir copias de documentos, formular consultas, quejas, denuncias y reclamos e interponer recursos.”

Por su parte el artículo 15 del mismo CPACA, modificado también por el 1º de la Ley Estatutaria 1755 de 2015, dispone en su primer inciso:

“Artículo 15. Presentación y radicación de peticiones. Las peticiones podrán presentarse verbalmente y deberá quedar constancia de la misma, o por escrito, y a través de cualquier medio idóneo para la comunicación o transferencia de datos. Los recursos se presentarán conforme a las normas especiales de este código.”

De esta manera se solicita a la Entidad tener en cuenta estas recomendaciones y puedan ser publicadas en el Pliego de Condiciones Definitivo para el Concurso de la Referencia.

Agradezco su atención,

Cordialmente,



WILSON ANTONIO JAIME B.
Director de Licitaciones
Grupo Posso .S.A.S.

C.C.

1. Ministro de Trabajo – Dr. Luis Eduardo Garzon
2. Viceministro de Relaciones Laborales e Inspección - ENRIQUE BORDA VILLEGAS
3. Viceministro de Empleo Y Pensiones – LUIS ERNESTO GOMEZ LONDOÑO
4. Ministerio de Trabajo– Director de Derechos Fundamentales – Dr. EDUARDO BEJARANO HERNÁNDEZ
5. Directora Territorial Bogotá Ministerio de Trabajo - YOLANDA ANGARITA GUACANEME

Anexos: Lo Anunciado (27 folios)

1. Carta del secretario privado Presidencia de la Republica – ENRIQUE RIVEIRA BORNACELLI
2. Concepto Abogado Rafael Barrera de la capacidad jurídica de los Consorcios y Uniones Temporales
3. Conceptos de la Oficina Asesora Jurídica del Min Trabajo
4. Concepto emitido por Colombia Compra Eficiente

OFI15-00075200 / JMSC 110100
Cite este número para cualquier información y/o respuesta
Bogotá D.C., lunes, 21 de septiembre de 2015

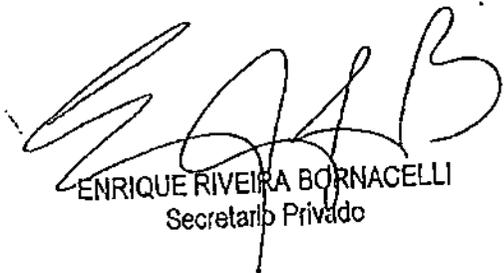
Doctor
HUGO ALFREDO POSSO MONCADA
Transversal 60 (Av. Suba) No 115-58 oficina 613, Torre B Edificio Ilarco
Bogotá, D.C.
OFI15-00075200

Asunto: Radicado DPG15-00027658

Respetado señor Posso:

En atención a la copia de la comunicación enviada a este Despacho sobre la remisión que hace al Coordinador del Grupo de Trámites y Atención al Ciudadano, Dirección Territorial Bogotá del Ministerio de Trabajo y en la que hace una serie de afirmaciones relacionadas con la adjudicación del Concurso de Méritos Abierto No. VJ-VGC-CM-013-2015 y en especial, al cumplimiento de las herramientas para la inclusión laboral de personas con discapacidad de que trata la Ley 361 de 1997, le informo que remitimos la misma al Ministro de Trabajo y al Presidente de la Agencia Nacional de Infraestructura, para que en el marco de sus competencias se encarguen del particular.

Cordialmente,


ENRIQUE RIVEIRA BORNACELLI
Secretario Privado

Anexo: (dos ofios)
MCRCH

Calle 7 No. 6-54, Bogotá, Colombia
Teléfono: (57 1) 562 9300
www.presidencia.gov.co


Recibido
21/09/15
AC

OF115-00075196 / JM5C 110100
Cite este número para cualquier información y/o respuesta
Bogotá D.C., lunes, 21 de septiembre de 2015

Doctor
LUIS EDUARDO GARZÓN
Ministro del Trabajo
Carrera 14 No. 99 - 33 Torre Rem
Bogotá
OF115-00075196

URGENTE AL DESPACHO

Ref: DPG15-00027658

Respetado señor Ministro:

En atención a la copia de la comunicación enviada a este Despacho y dirigida a ese Ministerio por el doctor Hugo Alfredo Posso Moncada, en calidad de Representante Legal del Consorcio POSSO S.A.S., y en la que hace una serie de afirmaciones relacionadas con la adjudicación del Concurso de Méritos Abierto No. VJ-VGC-CM-013-2015, en especial, en la que advierte la existencia de consorcios que están siendo adjudicatarios de concursos como el mencionado y quienes a pesar de sumar puntuación de acuerdo con los beneficios que establece la Ley 361 de 1997 -sobre contratación de personas con discapacidad-, al contratar nuevo personal para la ejecución del proyecto a nombre del mismo, no aumenta ni la totalidad de la nómina ni el número de personas con discapacidad, incumpliendo con la exigencia de mantener el 10% de su personal con PcD para continuar accediendo a los beneficios de la referida Ley.

Al respecto, es preciso indicar que las acciones afirmativas en materia de inclusión de personas con discapacidad al ser no solo la herramienta a través de la que se promueve la inclusión de este grupo, sino que a la vez permiten que una empresa gane puntos dentro de un proceso como el expuesto por el peticionario, corresponde a las entidades que dan aval para acceder al beneficio, verificar de manera responsable que las acciones que se tomaron por parte de la empresa para la incorporación de PcD son efectivas a la luz de la normatividad vigente.

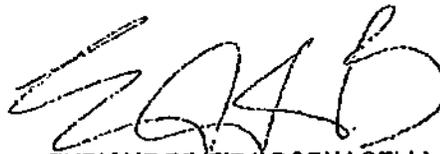
La aplicación de la Ley 361 de 1997 debe armonizar con lo dispuesto en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas, suscrita e incorporada a nuestra legislación, así como con lo señalado en la Ley Estatutaria 1618 de 2013, de manera que las acciones afirmativas sean una verdadera estrategia para lograr la protección integral de los derechos de este grupo y la forma como se materializa la inclusión.

Ahora bien, las normas que promueven la inclusión laboral de las personas con discapacidad deben ser liberadas en su aplicación de las prácticas nocivas que irrespetan su sentido y finalidad, de ahí que tanto el Ministerio de Trabajo como la Agencia Nacional de Infraestructura jueguen un papel de vital importancia en la materialización real y efectiva de la inclusión laboral de este grupo, así como la mejor forma de promover una mayor conciencia social respecto de las personas con discapacidad.

Por todo lo anterior, al plantearse en el escrito de petición la existencia de una indeterminación en cuanto a la entidad pública que debe certificar o avalar el cumplimiento de la Ley 361 de 1997 y el acceso al beneficio, resulta imperante que de manera conjunta tanto el Ministerio de Trabajo como la Agencia Nacional de Infraestructura definan dentro de sus competencias quién está llamado a defender la efectividad de la acción afirmativa y la garantía de la inclusión real de personas con discapacidad dentro de la empresa favorecida.

Agradecemos que copia de la respuesta emitida sea enviada a esta Secretaría.

Cordialmente,


ENRIQUE RIVEIRA BORNACELLI
Secretario Privado

MCRCH

OF115-00075199 / JMSC 110100
Cite este número para cualquier información y/o respuesta
Bogotá D.C., lunes, 21 de septiembre de 2015

Doctor
LUIS FERNANDO ANDRADE MORENO
Presidente
Agencia Nacional de Infraestructura
Calle 24 A No. 59 – 42 Edificio Argos Torre 4 Piso 7
Ciudadela Empresarial Sarmiento Angulo
Bogotá
OF115-00075199

URGENTE AL DESPACHO

Ref: DPG15-00027658

Respetado Presidente:

En atención a la copia de la comunicación enviada al Coordinador del Grupo de Trámites y Atención al Ciudadano de la Dirección Territorial Bogotá del Ministerio de Trabajo por parte del doctor Hugo Alfredo Posso Moncada, en calidad de Representante Legal del Consorcio POSSO S.A.S., y en la que hace una serie de afirmaciones relacionadas con la adjudicación del Concurso de Méritos Abierto No. VJ-VGC-CM-013-2015, en especial, en la que advierte la existencia de consorcios que están siendo adjudicatarios de concursos como el mencionado y quienes a pesar de sumar puntuación de acuerdo con los beneficios que establece la Ley 361 de 1997 -sobre contratación de personas con discapacidad-, al contratar nuevo personal para la ejecución del proyecto a nombre del mismo, no aumenta ni la totalidad de la nómina ni el número de personas con discapacidad, incumpliendo con la exigencia de mantener el 10% de su personal con PcD para continuar accediendo a los beneficios de la referida Ley.

Al respecto, es preciso indicar que las acciones afirmativas en materia de inclusión de personas con discapacidad al ser no solo la herramienta a través de la que se promueve la inclusión de este grupo, sino que a la vez permiten que una empresa gane puntos dentro de un proceso como el expuesto por el peticionario, corresponde a las entidades que dan aval para acceder al beneficio, verificar de manera responsable que las acciones que se tomaron por parte de la empresa para la incorporación de PcD son efectivas a la luz de la normatividad vigente.

Calle 7 No. 6-54, Bogotá, Colombia
Teléfono: (57 1) 562 9300
www.presidencia.gov.co



LA CAPACIDAD DE LOS CONSORCIOS Y LAS UNIONES TEMPORALES

ESTUDIO JURÍDICO

Los abogados siempre tuvimos impresa en la mente con cincel, desde que iniciamos la carrera en la universidad, que la capacidad jurídica sólo era atribuible a las PERSONAS, de tal suerte que aquello que no tuviese la categoría de PERSONA no tenía ni podía tener ni se podría atribuirle capacidad jurídica.

Tal idea se ha visto especialmente reforzada por el contenido de normas tales como los textos de los artículos 13 y 14 de la Constitución Política y 1502 a 1504 del Código Civil, dado que en ellos sólo se habla de personas.

La CAPACIDAD tiene dos grandes categorías: una es la llamada CAPACIDAD DE GOCE y la otra la denominada CAPACIDAD DE EJERCICIO o capacidad legal o capacidad negocial.

La CAPACIDAD DE GOCE puede definirse como la capacidad o aptitud para ser titular de derechos y obligaciones y la tienen, sin excepción, todas las personas ya sean naturales o jurídicas. Podemos decir que esta capacidad está consagrada en los artículos 13 y 14 de la Constitución Política.

La CAPACIDAD DE EJERCICIO (o legal o negocial) es la capacidad o aptitud para crear, modificar, o extinguir derechos y obligaciones. De ella tratan, principalmente, los arts. 1502 y 1503 del Código Civil.

C. POL. ARTICULO 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.
(.....)

C. POL. ARTICULO 14. Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica.

CÓDIGO CIVIL, ARTICULO 1503. PRESUNCIÓN DE CAPACIDAD. Toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declara incapaces.

CÓDIGO CIVIL, ARTICULO 1502. REQUISITOS PARA OBLIGARSE. Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario:

- 1o.) que sea legalmente capaz.
- 2o.) que consenta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio.
- 3o.) que recaiga sobre un objeto lícito.
- 4o.) que tenga una causa lícita.

La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra.

Y puesto que la capacidad tiene su manifestación más frecuente en la celebración de contratos, recordemos la noción de contrato:

CÓDIGO CIVIL, ARTÍCULO 1495. Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas.

Puede observarse que las normas sobre capacidad y la definición de contrato hablan con referencia a las personas solamente y de allí que la interpretación inmediata es que para poder tener capacidad se requiere ser persona. Además esa es la posición fácil, por ser la tradicional, antigua, y por ser la aparentemente más lógica cuando uno se pregunta ¿Quiénes tienen capacidad? La sola pregunta ya involucra necesariamente la idea de persona puesto que la palabra "quiénes" ya excluye las cosas y eso facilita y lleva a la respuesta: las personas.

Dentro de este escenario y habida cuenta que según el artículo 73 del Código Civil las personas son naturales o jurídicas, siempre afirmamos que la capacidad jurídica (de goce y de ejercicio) sólo podía predicarse de las personas naturales y de las personas jurídicas. De acuerdo con el Código Civil dichas personas se definen:

Persona natural. Art. 74 del C.C. Son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición.

Persona jurídica. Art. 633 del C.C. Se llaman persona jurídica, una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente.

Puesto que los consorcios y las uniones temporales, de acuerdo con su definición legal respecto de la contratación estatal (art. 7º de la L.80/93), no son otra cosa que la presentación conjunta de una misma propuesta por dos o más personas para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato (estatal, se entiende), y vistas desde el punto de vista del derecho privado no son cosa distinta que un contrato de colaboración empresarial, hay acuerdo total en que los consorcios y uniones no son personas. La discusión ha sido sobre si esas "no personas" podían o no ser revestidas de capacidad legal como lo hizo el artículo 6º de la Ley 80, es decir, si la esta norma era inconstitucional o no.

La jurisprudencia, como veremos, ha definido ya que es constitucional (exequible) porque la atribución de capacidad es materia que la Constitución no se reservó para sí sino que la asignó a la ley.

Ahora el debate es cuál es la extensión de la capacidad de los consorcios y uniones, lo cual también empieza a definirse jurisprudencialmente, como veremos aquí. Tal definición es muy importante puesto que la práctica, en

especial la de las empresas de ingeniería, ha tomado por mal rumbo, a causa de ausencia de asesoría jurídica o de la mala prestación de a misma por parte de los abogados. La sensación que se palpa, cuando se habla de este tema entre los medios de la contratación estatal, es que "aunque está mal, todo anda bien porque no pasa nada". No demora, sin embargo, que algún contratista empiece a pagar los platos rotos y cada uno espera que no sea él el primero.

LA CAPACIDAD EN LOS ESTATUTOS CONTRACTUALES PÚBLICOS

El Decreto-Ley 150 de 1976.

En la misma línea de pensamiento anotada arriba, según la cual sólo las personas tienen capacidad, estaban los dos estatutos de contratación pública anteriores a la Ley 80/93, como fueron el Decreto-Ley 150 de 1976 y el Decreto-Ley 222 de 1983. Veamos:

D.L. 150/76, "Artículo 2º. De quienes son capaces de contratar. Son capaces para contratar con las entidades a que se refiere el artículo anterior, las personas consideradas como tales en las disposiciones legales vigentes.

Y en "el artículo anterior", o sea en el 1º, solamente se mencionaban entidades estatales que tenían personería jurídica, a saber, la Nación (cuyo representante legal es el Presidente y por ello firmaba los contratos de los ministerios y los departamentos administrativos, salvo aquellos que el Presidente les delegara), los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta. No estaban las entidades departamentales ni municipales ni distritales por cuanto el decreto sólo regulaba la contratación de "la Nación y sus entidades descentralizadas". En cuanto a los consorcios (no se llamaban así y no existían las uniones temporales), se tenía:

D.L. 250/76, "Artículo 3º. De los casos en que varias personas pueden proponer conjuntamente. Cuando se considerare que de la ejecución conjunta de una obra se derivan beneficios para la entidad contratante, ésta dispondrá que dos o más personas pueden formular una misma propuesta.

Nótese que lo que luego se llamaron consorcios, aquí, uniendo el título del artículo con su contenido, se llamarían simplemente "*propuestas conjuntas para la ejecución de un contrato de obra*", y que ello sólo era posible si la entidad autorizaba tal modalidad para el proceso concreto y sólo podía ser para contratos de obra. De acuerdo con el artículo 2º, no tenían capacidad para contratar con el Estado pues sólo lo estaban las personas y de acuerdo con el art. 3º no eran personas sino que sólo eran una modalidad de formular la propuesta.

El Decreto-Ley 222 de 1983.

Viño luego el Decreto-Ley 222 de 1983. Igual que su antecesor, sólo regulaba la contratación de la Nación y sus entidades descentralizadas. Así mismo, en su artículo 1º sólo se incluían las entidades del orden nacional que tenían la categoría de personas jurídicas, si bien incluyendo a las Superintendencias pero anotando que se aplicaba a los contratos que ellas celebraran por conducto de los Ministerios a los cuales estuviesen adscritas. El artículo 2º reiteraba lo del 2º de su antecesor:

D.L. 222/83, ARTICULO 2o. DE QUIENES SON CAPACES DE CONTRATAR -
Son capaces para contratar con las entidades a las cuales se aplica este estatuto, las personas consideradas como tales en las disposiciones legales vigentes.

En cuanto a las propuestas conjuntas, se mantuvo el mismo criterio que en su decreto antecesor, pero se le asignó a esta figura el nombre de "consorcio", y ya era posible no sólo para los contratos de obra sino para cualquier contrato y se mantuvo que su procedencia debería ser previamente autorizada por el representante legal de la entidad y consignarse en el pliego de condiciones respectivo. Finalmente, se estableció que la responsabilidad por la celebración y ejecución del contrato, en el caso del consorcio, sería solidaria entre sus integrantes. Veamos:

ARTICULO 3o. DE LOS CASOS EN QUE VARIAS PERSONAS PUEDAN PROPONER CONJUNTAMENTE - Cuando se considere que de la ejecución conjunta de un contrato se derivan beneficios para la entidad contratante, ésta podrá autorizar que dos o más personas puedan presentar conjuntamente la misma propuesta, generándose así el consorcio.

ARTICULO 4o. DE LA PRESENTACIÓN CONJUNTA DE PROPUESTAS - La autorización para presentar propuestas en los términos del artículo anterior deberá ser otorgada por el representante legal de la entidad con anterioridad a la apertura de la licitación o concurso de méritos o la celebración del contrato, según el caso.

En el pliego de condiciones o en la invitación deberá figurar expresamente la posibilidad de proponer conjuntamente y no podrá ser motivo de adendo.

ARTICULO 5o. DE LA RESPONSABILIDAD DEL CONSORCIO - Las personas a quienes en el evento previsto en los artículos anteriores se les adjudicara un contrato, responderán solidariamente por su celebración y ejecución.

Vemos que el consorcio sigue siendo simplemente la presentación conjunta de una misma propuesta por dos o más personas y no se le confiere capacidad de contratación (capacidad de ejercicio) y tampoco capacidad de goce (titularidad de derechos y obligaciones, pues todas continúan en cabeza de sus integrantes como deudores solidarios). Al no tener capacidad de goce ni de ejercicio, tampoco tienen capacidad para comparecer en juicio, es decir, no pueden demandar ni ser demandados, sino que quienes deben demandar (o pueden ser demandados) son los integrantes del consorcio, no el consorcio. Tampoco se les pide la designación de un representante y entonces, de hecho, se firmaba por todos los representantes legales de los integrantes que eran

personas jurídicas y por los integrantes personas naturales o bien por un apoderado designado por todas ellas, que era lo más usual.

La Ley 80 de 1993.

En el año 1993 se expidió la Ley 80 de dicho año y en ella aparecen cambios fundamentales en la materia que nos ocupa.

Por una parte, ya no es el estatuto contractual de las entidades del orden nacional, sino que pretende ser el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, según se expresa en su enunciado, en todos los órdenes. Pretende, decimos, porque siguieron existiendo regímenes especiales de contratación.

De otra parte, en el artículo 1º se hace una extensa enumeración de las entidades a las cuales se les aplica el Estatuto, y en ella, para sorpresa de los abogados, aparecen incluidas dependencias de entidades estatales, dependencias que obviamente no tienen personería jurídica puesto que ella radica en la entidad de la cual tales dependencias forman parte.

Dice esta ley en su artículo 1º que ella rige los contratos de "las entidades estatales" y en el 2º, que define qué se entiende por tales, en su numeral 1º literal a), incluye como "entidades estatales" a dependencias de entidades y a otros entes que no tienen personería jurídica, es decir que no son personas, tales como por ejemplo, las "regiones", las "provincias", las "áreas metropolitanas", los "territorios indígenas" y en el literal b) ibídem incluye el Senado, la Cámara, los Ministerios, la Contraloría General, las departamentales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, las unidades administrativas especiales (antes ninguna tenía personería), etc. y al final de este literal expresó "y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la Ley otorgue capacidad para celebrar contratos."

Y la primera ley que corre a otorgarle capacidad de contratación a los precitadas "no personas" y a los innominados "organismos y dependencias del Estado", es la propia Ley 80 puesto que en su artículo 6º señala quiénes pueden celebrar contratos "con las entidades estatales" que equivale a decir o es otra forma de decir que las "entidades estatales" pueden contratar con tales y cuáles, formas ambas que implican, lógica y necesariamente, darle a todos los citados en la definición de "entidades estatales" capacidad de contratación. Si decimos quiénes pueden celebrar contratos con Pedro, estamos a la vez afirmando que Pedro puede contratar con tales quienes.

En el artículo 11, numeral 3º, se otorga competencia para celebrar contratos a nombre de la respectiva entidad, a los correspondientes jefes, incluyendo a los de las dependencias sin personería jurídica, como por ejemplo el Presidente del

Senado, el de la Cámara, el Presidente Administrativo del Consejo Superior de la Judicatura y de sus Consejos Seccionales, etc.

Fueron demandados ante la Corte Constitucional, entre otras, las disposiciones de los arts. 2º, literal b) y 11 numerales 1 y 3 literales a) y b) de la Ley 80, por violación de un cúmulo de disposiciones constitucionales, teniendo en cuenta que incluían a dependencias sin personería jurídica y a jefes que no tenían la calidad de representantes legales, con fundamento en que tales dependencias no son personas jurídicas, que Colombia es un estado de derecho, fundado en el respeto del orden jurídico, uno de cuyos principios generales, quizá el más importante, es el que prescribe que "sólo la persona es sujeto de derecho y obligaciones" y sólo a quien es persona se le puede exigir el cumplimiento de obligaciones por ser la persona la que tiene capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones; que uno de los requisitos para que exista un contrato es el acuerdo de voluntades y sólo tienen voluntad las personas y esas personas deben tener la capacidad de obligarse y ser sujetos de derechos, por lo cual los artículos precitados eran, según la demanda, inconstitucionales.

Concluyó el demandante:

"Por tanto, las ramas del poder público, así como los organismos de control, no pueden actuar por sí solos, deben hacerlo a través de la Nación, que para todos los efectos es persona jurídica. Por esta razón, la ley acusada no puede concederles a los organismos mencionados en el literal b), una personalidad jurídica distinta a la de la Nación."

"Si no se goza de personería jurídica, no se tiene capacidad para contraer derechos y obligaciones. La capacidad es un atributo de la personalidad, por tanto, si falta ésta no puede gozarse de aquélla. Es por estas razones, que la ley 80 al otorgar capacidad para contratar a organismos que carecen de personalidad jurídica, vulnera el artículo 14 de la Constitución, al desconocer la personalidad jurídica de la Nación, y el artículo 150, numeral 9, al conceder a unos organismos que no constituyen el "Gobierno" la facultad de contratar."

Admitía si el actor que una ley puede conferir personería jurídica a cualquiera de tales dependencias y organismos, pero siempre que lo haga de manera expresa y clara y no de una forma en que haya que deducirlo de interpretaciones.

Esta demanda se tramitó en el expediente D-513 y se falló mediante Sentencia C-374 de 1994 (25 de agosto), con ponencia de Jorge Arango Mejía. En ella se dijo:

"C. Análisis de las normas demandadas

No son necesarias abstractas lucubraciones para concluir que no le asiste razón al demandante, pues las normas acusadas se ajustan a la Constitución.

Sea lo primero decir que los artículos 2o. y 11 de la ley 80 de 1993, en los aspectos demandados son un cabal desarrollo de la Constitución. En efecto, veamos:

1o.- Las entidades estatales están expresamente mencionadas en el artículo 352 de la Constitución, norma según la cual "Además de lo señalado en esta Constitución, la ley orgánica del Presupuesto regulará lo correspondiente a la programación, aprobación, modificación, ejecución de los presupuestos de la Nación, de las entidades territoriales y de los entes descentralizados de cualquier nivel administrativo, y su coordinación con el Plan Nacional de Desarrollo, así como también la capacidad de los organismos y entidades estatales para contratar." (Negrillas fuera de texto)

Hay que recordar que la ley 80 dice en su artículo 2 que "para los solos efectos de esta ley" se denominan entidades estatales, con lo cual, evidentemente, se está refiriendo a la capacidad para contratar de que trata el artículo 352.

2o.- Según el último inciso del artículo 150 de la Constitución, "Compete al Congreso expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional." Que fue, precisamente, lo que hizo el Congreso al dictar la ley 80, "Por la cual se expide el estatuto general de contratación de la administración pública."

Y es de elemental lógica, desde el punto de vista estrictamente jurídico, que en el mencionado estatuto se determine qué entidades estatales tienen capacidad para contratar y cuáles son los funcionarios que obran en sus respectivos nombres.

Hay que aclarar que, a primera vista, podría pensarse en una contradicción entre los artículos 352 y 150, inciso final. ¿Por qué? Porque la última parte de la primera norma establece que es la ley Orgánica del Presupuesto regulará "la capacidad de los organismos y entidades estatales para contratar", y, según el último inciso de la segunda, "Compete al Congreso expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional". Tal contradicción, sin embargo, es apenas aparente, como se explicará.

En la ley orgánica pueden hacerse definiciones sobre la capacidad de contratar, para efectos de la ejecución presupuestal. En el Estatuto General de Contratación, por el contrario, se hace la determinación concreta de los funcionarios que contratarán, como se ha hecho por medio de la ley 80 de 1993. No existe, pues, contradicción alguna.

3o.- La asignación de competencias en el campo de la contratación, se hace, además, de conformidad con dos normas de la Constitución, así:

Primero.- El artículo 121, según el cual "Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuye la Constitución y la ley." En este caso, la ley 80 atribuye unas funciones a determinados funcionarios, en materia de contratación.

Segundo.- El artículo 122, de conformidad con el cual, "No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en la ley o reglamento..."

Por estos aspectos, en consecuencia, la demanda no está llamada a prosperar.

Citó también la Corte, otros argumentos de la misma corporación en otros fallos, entre los cuales destacamos pronunciamientos tales como el de que "... las funciones de ejecución administrativa y de representación en juicio no están supeditadas a la circunstancia que los entes respectivos sean personas jurídicas." y "Que la personalidad jurídica, así como la personería jurídica o de

representación y para comparecer en juicio, son de mera stirpe legal pero no de rango constitucional y pueden por tanto ser modificadas por la ley sin violar la Constitución" (Las subrayas no son de la sentencia)

Recordó también la Corte que el legislador de la Ley 80/93 dio capacidad a dependencias estatales que no son personas y competencia a sus jefes para contratar, no de manera accidental, sino plenamente consciente por cuanto en la Exposición de Motivos de la Ley 80 se dice:

"El proyecto respecto de la competencia para contratar alude a entidades estatales, sin que sean identificadas con la noción de personalidad jurídica. Lo anterior significa que al referirse a la competencia y por tanto, a los sujetos del contrato, no se "hable solamente de personas como ocurría en el pasado, sino por lo que hace al sector oficial de la contratación, a la parte pública del contrato, al extremo público del contrato hablamos de entidades públicas y al hablar de entidades públicas no es necesario que ellas tengan personería jurídica." (Gaceta del Congreso No. 75 de septiembre 23 de 1992, pág. 16)

Por lo anotado, la sentencia declaró exequibles las disposiciones acusadas.

Otra novedad que trajo la Ley 80/93, fue lo dispuesto en el artículo 6º, que es justamente la que da base al tema del presente estudio, norma que en su primer inciso determina:

Artículo 6o. De la capacidad para contratar. Pueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes. También podrán celebrar contratos con las entidades estatales, los consorcios y uniones temporales. (Nuestro el destacado)

La novedad aquí es que la ley les reconoce, de entrada, capacidad de contratación, vale decir capacidad de ejercicio o negocial, a los consorcios y a las uniones temporales, figuras ambas que define en el artículo 7º como la presentación conjunta de una misma propuesta por dos o más personas para la celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente por las obligaciones del mismo, siendo la diferencia entre consorcios y uniones temporales únicamente el régimen sancionatorio aplicable, puesto que en las uniones las sanciones por incumplimiento se aplican exclusivamente al integrante incumplido y en proporción a su participación.

Es este un nuevo punto que hizo a muchos rasgarse las vestiduras, habida cuenta que a ambos tipos de asociación se les confiere capacidad sin tener personería jurídica.

Quienes entendieron que la capacidad es una potestad cuya asignación corresponde a la ley y que por tanto esta puede otorgarla, modificarla o quitarla, aceptaron inmediatamente esta situación, así algunos tuviesen reticencia frente al hecho de que la capacidad se le otorgara a unos entes que no tienen personería jurídica, y también, según vimos atrás, a dependencias de entidades estatales que, como tales, no tienen personería, la cual pertenece a las

entidades de las que esas dependencias forman parte, y a organismos que tampoco la tienen sino que antes debían contratar por intermedio de la entidad a la cual están adscritas y, finalmente, que se les diese capacidad de contratación a los jefes de tales dependencias.

Para el caso de los consorcios y uniones temporales, pronto vino la jurisprudencia a pronunciarse sobre el tema, siendo la tesis del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional que el artículo 6° de la Ley 80 les dio a ellos capacidad para presentar propuestas y para celebrar contratos, exclusivamente, con las entidades estatales mas no para comparecer en juicio como demandantes o demandados, tesis en virtud de la cual los consorcios y las uniones temporales que demandaban en esa condición, se encontraron con la inadmisión de la demanda por falta de personería en el demandante (falta de capacidad para ser parte, falta de capacidad para comparecer en juicio o personería adjetiva o falta de legitimación en la causa), y así mismo quienes demandaban a los consorcios y uniones sufrían la inadmisión por falta de lo acabado de enunciar pero en el demandado, teniendo en tales casos que instaurarse las demandas por todos y cada uno de los integrantes del consorcio o unión o instaurarse la demanda contra dichos integrantes.

Todo ello, bajo el convencimiento de que por no ser personas, los consorcios y las uniones no podían ser titulares de derechos y obligaciones (capacidad de goce o personería sustantiva) ni de la capacidad de crearlos, modificarlos o extinguirlos (capacidad de ejercicio) y por ende de hacerlos valer (capacidad para ser parte o capacidad para comparecer en juicio o personería adjetiva o legitimación en la causa por activa o por pasiva)

Y así como se demandaron por inconstitucionalidad los artículos 2° y 11 de la Ley 80/93 que denominaban como "entidades" y le otorgaban capacidad a dependencias y organismos estatales que no tenían personería jurídica y se les daba su representación a los jefes de dichas dependencias u organismos, lo que fue declarado exequible mediante la Sentencia C-374 de 1994 atrás citada, también fue demandada la frase del Artículo 6° de la Ley 80, que arriba destacamos y que dice que *"También podrán celebrar contratos con las entidades estatales, los consorcios y uniones temporales"*, demanda que culminó con la Sentencia C-949-01 del 5 de Septiembre de 2001, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, que declaró exequible la frase demandada, sentencia a la cual pertenecen los siguientes apartes:

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

"No es la primera vez que esta Corporación tiene la oportunidad de pronunciarse respecto de una argumentación como la presentada en esta ocasión por el impugnante. En efecto, habiéndose censurado el artículo 2o. de la Ley 80 de 1993, por considerar que le otorgaba capacidad contractual a ciertas entidades que carecen de personería jurídica, la Corte fue enfática al expresar que siendo éste un atributo de naturaleza legal nada impedía que el legislador no lo tuviera en cuenta para efectos de regular lo concerniente a la capacidad para contratar."

(.....)

"No hay que olvidar que el legislador facultado por el Constituyente para expedir el estatuto general de contratación artículo 150, inciso final Superior, le otorgó capacidad para señalar a los consorcios y uniones temporales como sujetos capaces para celebrar contratos, reconociendo que son un instrumento de cooperación entre empresas, que les permita desarrollar ciertas actividades, a través de la unión de esfuerzos técnicos, económicos y financieros con el fin de asegurar la más adecuada y eficiente realización de las mismas."

"Así las cosas y como corolario de lo expresado, resulta claro para la Corte que las normas acusadas no desconocen ningún principio ni regla constitucional, y por lo tanto serán declaradas exequibles."

Desde la expedición de la Ley 80/93 y con el correr de los años, en el Consejo de Estado se produjeron decisiones contradictorias sobre el tema de la falta de capacidad para comparecer en juicio y por ello la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, se reunió en sala plena con el fin de hacer unificación de la jurisprudencia, la que se produjo mediante la Sentencia de Unificación de fecha 25 de septiembre de 2013, expediente No. 19933, demandante Consorcio Glonmarex, demandado el Consejo Superior de la Judicatura (Dirección Ejecutiva de Administración Judicial), ponente Mauricio Fajardo Gómez. Por ser de tan alta importancia y altura jurídica, reproducimos de ella los siguientes de los apartes más importantes, si bien hay muchos otros raciocinios que refuerzan el tema. Se dijo en el fallo:

"3. Rectificación y unificación de la jurisprudencia en relación con la capacidad con la cual cuentan los consorcios y las uniones temporales para comparecer como parte en los procesos judiciales.

"A juicio de la Sala, en esta ocasión debe retomarse el asunto para efectos de modificar la tesis jurisprudencial que se ha venido siguiendo y, por tanto, debe puntualizarse que si bien las uniones temporales y los consorcios no constituyen personas jurídicas distintas de quienes integran la respectiva figura plural de oferentes o de contratistas, lo cierto es que además de contar con la aptitud para ser parte en el correspondiente procedimiento administrativo de selección de contratistas – comoquiera que por ley cuentan con capacidad suficiente para ser titulares de los derechos y obligaciones derivadas tanto de los procedimientos administrativos de selección contractual como de los propios contratos estatales –, también se encuentran facultados para concurrir a los procesos judiciales que pudieren tener origen en controversias surgidas del mencionado procedimiento administrativo de selección de contratistas o de la celebración y ejecución del contrato estatal respectivo –legitimatío ad processum–, por intermedio de su representante.

El planteamiento que acaba de esbozarse en modo alguno desconoce que el artículo 44 del Código de Procedimiento Civil –CPC–, atribuye "(...) capacidad para comparecer por sí al proceso (...)", a las personas, naturales o jurídicas, que pueden disponer de sus derechos, sin embargo se precisa que esa condición no se encuentra instituida en la norma como una exigencia absoluta, puesto que resulta claro que

incluso la propia ley procesal civil consagra algunas excepciones, tal como ocurre con la herencia yacente(43) o con los patrimonios autónomos, los cuales, a pesar de no contar con personalidad jurídica propia, sí pueden ser sujetos procesales(44), de lo cual se desprende que el hecho de que los consorcios y las uniones temporales carezcan de personalidad jurídica independiente, no constituye fundamento suficiente para concluir que carecen de capacidad para ser sujetos, activos o pasivos, en un proceso judicial.

La jurisprudencia reiterada de la Corte Suprema de Justicia puso de presente, desde hace varios lustros, que la capacidad para comparecer en juicio no se encuentra, en modo alguno, supeditada al requisito de la personalidad jurídica, tal como lo evidencian los pronunciamientos consignados en el fallo emitido por su Sala Plena, en agosto 23 de 1984, oportunidad en el cual sostuvo:

"2. Que las funciones de ejecución administrativa y de representación en juicio no están supeditadas a la circunstancia de que los entes respectivos sean personas jurídicas (se deja resaltado).

3. Que la personalidad jurídica, así como la personería jurídica o de representación y para comparecer en juicio, son de mera estirpe legal pero no de rango constitucional y pueden por tanto ser modificadas por ley sin violar la Constitución.

(...).

4. Y siendo la ley y no de Constitución la determinación de la personalidad jurídica, así como de ley es la facultad de modificar la ley y lo que por esta se puede hacer, según lo previsto en el artículo 76-1 de la Carta, en la resulta se tiene que la mera circunstancia de que por norma con fuerza legal se invista a la procuraduría de capacidad o aptitud para disponer del Presupuesto Nacional asignado al Ministerio Público, sin ser aquella persona jurídica, no depende sino del legislador; nadie se lo prohíbe, ni siquiera la Constitución ...

Ante lo cual, atendidas las amplias facultades otorgadas al legislador extraordinario, según lo examinado atrás, era de su resorte, al reorganizar la procuraduría, otorgar las funciones señaladas de ordenación del gasto, de contratación y de colaboración en la tarea de ejecución presupuestal, de que tratan los tres preceptos demandados, sin parar mientes en que la procuraduría o el Ministerio Público sean o no personas jurídicas de derecho público, cosa que solo atañe a la ley, acaso también a la técnica y a la estética, pero que no interfiere con la Constitución" (45) Corte Suprema de Justicia. Sala Plena. Sentencia de agosto 23 de 1984. Expediente 1157, M.P. Manuel Gaona Cruz.

Las anteriores consideraciones y directrices fueron reafirmadas por esa misma corporación, a través de las sentencias proferidas en febrero 28 de 1985 (46 Corte Suprema de Justicia. Sala Plena. Sentencia de febrero 28 de 1985. Expediente 1251, M.P. Manuel Gaona Cruz) y en mayo 29 de 1990 (47 Corte Suprema de Justicia. Sala Plena. Sentencia de mayo 29 de 1990. Expediente 1985, M.P. Hernando Gómez Otálora.)

(.....)

[Aquí la sentencia de unificación se extiende demostrando con argumentos adicionales que la capacidad jurídica es un asunto que corresponde a la Ley y no a la Constitución. Entre ellos destaca el art. 149 del C.C.A. (hoy 150 del CPACA, que le da capacidad para comparecer en juicio a entidades públicas que no son personas jurídicas y a particulares que cumplen funciones públicas; recuerda que el párrafo 1º de dicho art. 149 C.C.A. determinó que en materia contractual el representante de las "dependencias" a que se refiere el artículo 2º, numeral 1º, literal b) de la Ley 80 de 1993, será "el servidor público de mayor jerarquía en estas"; cita numerosas normas legales que le otorgan a la Procuraduría la capacidad para ser parte, y luego continúa como aparece enseguida]

"Nótese que la característica común de las disposiciones antes aludidas estriba en el hecho de que las mismas prevén, autorizan o consagran funciones o facultades para que órganos, entidades o dependencias sin personalidad jurídica independiente, puedan ejercer acciones ante los jueces competentes o intervenir en los respectivos procesos.

"Tiénese de lo anterior que la personalidad jurídica no es exigida, en el ordenamiento jurídico colombiano, como un requisito absoluto, sine qua non, para el ejercicio de las acciones judiciales o, lo que a la postre es lo mismo, para actuar válidamente en los procesos, ora en calidad de demandante ora de demandado o, incluso, como tercero interviniente, según cada caso.

(.....)

(Continúa la sentencia de unificación haciendo cita extensa de la Sentencia C-414 de 1994, M.P. Antonio Barrera Carbonell, en la que la Corte Constitucional se pronunció sobre la capacidad para contratar que el art. 6º de la L.80/93 les confirió a consorcios y uniones y luego hace propios y mayores e importantes análisis en que se incluyen temas como la extensión y alcance de la representación de los consorcios y uniones, lo cual no se transcribe aquí por razones de espacio pero que es importante leer en la Sentencia 19933 de unificación que aquí nos ocupa. No obstante incluimos los siguientes apartados.

"Para abundar en razones que conducen a concluir que los consorcios y las uniones temporales se encuentran debidamente facultados para comparecer a los procesos judiciales que se promuevan u originen en relación con los procedimientos de selección o con los contratos estatales en los cuales aquellos pueden intervenir o asumir la condición de parte, según el caso, importa destacar que el inciso segundo del párrafo primero del artículo séptimo de la citada Ley 80, determina que "[l]os miembros del consorcio y de la unión temporal deberán designar la persona que, para todos los efectos, representará al consorcio o unión temporal (...)", cuestión que obliga a destacar que el legislador no limitó y no condicionó, en modo alguno, el amplio alcance de las facultades que, por mandato normativo, acompaña a quien se designe como representante de una de esas organizaciones, lo cual se opone por completo a las indicaciones anteriormente formuladas por la Sala en cuanto se venía sosteniendo que el representante de un consorcio o unión temporal tendría facultades para los solos efectos relativos a la celebración y ejecución del contrato."

"Así, en la medida en que la ley no hizo distinción alguna acerca de la totalidad de los efectos para los cuales se hará la designación del representante del consorcio o unión temporal, es claro que no podrá hacerlo el intérprete. De manera que al determinar que las facultades correspondientes comprenderán todos los efectos, en ellos deben entenderse incluidas las actuaciones de índole precontractual y contractual que puedan y deban desplegarse en sede administrativa, como por ejemplo aquellas encaminadas a delinir los términos de la oferta y la presentación de la misma; notificarse de la decisión de declaratoria de desierta, si a ella hubiere lugar e interponer el correspondiente recurso de reposición; notificarse de la resolución de adjudicación; celebrar el correspondiente contrato; constituir y presentar, para aprobación, las garantías que aseguren su cumplimiento; formular cuentas de cobro o facturas; recibir los pagos; efectuar las entregas o cumplir las prestaciones a que hubiere lugar; convenir modificaciones, ajustes, adiciones o prórrogas; concurrir a la liquidación del contrato y acordar los términos de la misma; lograr acuerdos o conciliaciones; notificarse de los actos administrativos de índole contractual que expida la entidad contratante e impugnarlos en vía gubernativa, etc."

"Como resulta apenas natural, ha de entenderse también que la representación del consorcio o de la unión temporal, en los términos de la ley, para todos los efectos, comprenderá por igual las actuaciones procesales que deban emprenderse o desplegarse con el propósito de reclamar o defender en juicio los derechos derivados de la propuesta o del contrato. Es más, resultaría contradictorio e inadmisibles suponer que el representante de una de esas agrupaciones empresariales pudiese celebrar el

contrato, convenir su liquidación y hacer salvedades acerca de su contenido o notificarse válidamente de los actos administrativos contractuales e incluso recurrirlos en sede administrativa, pero que una vez agotada la vía gubernativa no pudiero demandar esos actos o el contrato mismo ante el juez competente o formular demandas en relación con las salvedades consignadas en el acta de liquidación final."

"Surge aquí un efecto adicional que importa destacar, consistente en que la notificación que de los actos contractuales expedidos por la entidad estatal en relación o con ocasión de un contrato celebrado con un consorcio o una unión temporal, se realice con el representante de la respectiva agrupación, será una notificación que se tendrá por bien hecha, sin que resulte necesario entonces, para que el acto administrativo correspondiente produzca la plenitud de sus efectos, que la entidad contratante deba buscar y hasta "perseguir" por el país o por el mundo entero, a los múltiples y variados integrantes del consorcio o de la unión temporal contratista."
(Subrayas nuestras)

"Lo anterior porque 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 pudiere 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."

"Por el contrario, la norma legal en cita lo que pretendió es que en el caso de la celebración de contratos estatales con consorcios o con uniones temporales, por ella misma autorizados de manera expresa (L. 80, art. 6°), la administración pública pueda contar con un solo y único interlocutor válido que, a la vez, disponga de facultades amplias y suficientes, esto es para todos los efectos, que le permitan, de manera ágil y eficiente, ventilar, discutir, convenir, decidir o notificarse de aquellos asuntos de índole contractual que por su naturaleza están encaminados a satisfacer el interés general, como es propio de los contratos de derecho público." (La subraya es nuestra)

"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."

(...)

"En este orden de ideas se modifica la tesis que hasta ahora ha sostenido la Sala, con el propósito de que se reafirme que si bien los consorcios y las uniones temporales no constituyen personas jurídicas independientes, sí cuentan con capacidad, como sujetos de derechos y obligaciones (C.P.C., art. 44 y C.C.A, art. 87⁽⁵⁹⁾), para actuar en los procesos judiciales, por conducto de su representante, sin perjuicio, claro está, de observar el respectivo *jus postulandi*."

"También debe precisarse que la tesis expuesta sólo está llamada a operar en cuanto corresponda a los litigios derivados de los contratos estatales o sus correspondientes procedimientos de selección, puesto que la capacidad jurídica que la Ley 80 otorgó a los consorcios y a las uniones temporales se limitó a la celebración de esa clase de contratos y la consiguiente participación en la respectiva selección de los contratistas particulares, sin que, por tanto, la aludida capacidad contractual y sus efectos puedan extenderse a otros campos diferentes, como los relativos a las relaciones jurídicas que, de manera colectiva o individual, pretendan establecer los integrantes de esas agrupaciones con

terceros, ajenos al respectivo contrato estatal, independientemente de que tales vínculos pudieren tener como propósito el desarrollo de actividades encaminadas al cumplimiento, total o parcial, del correspondiente contrato estatal." (Negrillas y subrayas no son de la sentencia)

(58) Como de igual modo, según se ha indicado ya dentro de este pronunciamiento, lo establecen los artículos 141 de la Ley 1437 de 2011 y 53 y 54 de la Ley 1564 de 2012.

El párrafo final que acaba de transcribirse, cuyas negrillas y subrayas no son del original sino nuestras, reviste suma importancia puesto que precisa que la capacidad contractual que la Ley 80/93 confiere a los consorcios y a las uniones temporales no se extiende a contratos que no sean estatales, habida cuenta que el artículo 6º expresamente se la confiere únicamente para celebrar contratos estatales, por lo cual no puede extenderse, por ejemplo, a la celebración de contratos laborales a nombre del consorcio o unión ni a contratos de compraventa de insumos para el contrato estatal ni a la compra de equipos para dicho contrato, etc. pues, con toda razón, la sentencia excluye incluso los que tengan como propósito el desarrollo de actividades encaminadas al cumplimiento total o parcial del contrato estatal. Tales contratos deben celebrarse a nombre de los integrantes y si no lo hacen podría hablarse de nulidad por falta de capacidad o bien de contratantes solidarios, según las circunstancias. Esto corregiría esta práctica por parte de los consorcios y uniones pero es posible que ni aún así los contratistas actúen de conformidad y es factible que los hechos sigan desbordando el Derecho y algún día este tenga que adecuarse a la realidad fáctica). Mientras tanto, esos contratos adolecen de nulidad por falta de capacidad de los consorcios y uniones temporales

El criterio unificado de la Sentencia 19933 de 2013 se ha ratificado por la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, mediante Sentencia 30250 del 29 de enero de 2014, ponente Mauricio Fajardo Gómez, es decir el mismo magistrado ponente y también en la Sentencia 32427 del 9 de abril de 2015, ponente Olga Mérida Valle de De La Hoz, en las cuales se citan apartes de la mencionada sentencia de unificación y se incluyen otros importantes razonamientos, por lo cual incluimos enseguida los siguientes apartes de la Sentencia 30250-2014, relativos especialmente a la representación de los consorcios y uniones temporales. Dice:

"El Consejo de Estado en Sala Plena de la Sección Tercera, mediante sentencia de 25 de septiembre de 2013⁽²¹⁾, resolvió "UNIFICAR la Jurisprudencia en relación con la capacidad con la cual cuentan los consorcios para comparecer como partes en los procesos judiciales en los cuales se debaten asuntos relacionados con los derechos o intereses de los que son titulares o que discuten o que de alguna otra manera les conciernen."

"En lo que importa para el presente caso se destacan las siguientes consideraciones de la jurisprudencia unificada:

"A juicio de la Sala, en esta ocasión debe retomarse el asunto para efectos de modificar la tesis jurisprudencial que se ha venido siguiendo y, por tanto, debe puntualizarse que si bien las uniones temporales y los consorcios no constituyen personas jurídicas distintas de quienes integran la respectiva figura plural de oferentes o de contratistas, lo cierto es que además de contar con la aptitud para ser parte en el correspondiente procedimiento administrativo de selección de contratistas – comoquiera que por ley cuentan con capacidad suficiente para ser titulares de los

derechos y obligaciones derivadas tanto de los procedimientos administrativos de selección contractual como de los propios contratos estatales—, también se encuentran facultados para concurrir a los procesos judiciales que pudieren tener origen en controversias surgidas del mencionado procedimiento administrativo de selección de contratistas o de la celebración y ejecución del contrato estatal respectivo —*legilimatio ad processum*—, por intermedio de su representante."

(...)

"Para abundar en razones que conducen a concluir que los consorcios y las uniones temporales se encuentran debidamente facultados para comparecer a los procesos judiciales que se promuevan u originen en relación con los procedimientos de selección o con los contratos estatales en los cuales aquellos pueden intervenir o asumir la condición de parte, según el caso, importa destacar que el inciso segundo del párrafo primero del artículo séptimo de la citada Ley 80, determina que "[l]os miembros del consorcio y de la unión temporal deberán designar la persona que, para todos los efectos, representará al consorcio o unión temporal (...)", cuestión que obliga a destacar que el legislador no limitó y no condicionó, en modo alguno, el amplio alcance de las facultades que, por mandato normativo, acompaña a quien se designe como representante de una de esas organizaciones, lo cual se opone por completo a las indicaciones anteriormente formuladas por la Sala en cuanto se venía sosteniendo que el representante de un consorcio o unión temporal tendría facultades para los solos efectos relativos a la celebración y ejecución del contrato."

Así, en la medida en que la ley no hizo distinción alguna acerca de la totalidad de los efectos para los cuales se hará la designación del representante del consorcio o unión temporal, es claro que no podrá hacerlo el intérprete. De manera que al determinar que las facultades correspondientes comprenderán todos los efectos, en ellos deben entenderse incluidas las actuaciones de índole precontractual y contractual que puedan y deban desplegarse en sede administrativa, como por ejemplo aquellas encaminadas a definir los términos de la oferta y la presentación de la misma; notificarse de la decisión de declaratoria de desierta, si a ella hubiere lugar e interponer el correspondiente recurso de reposición; notificarse de la resolución de adjudicación; celebrar el correspondiente contrato; constituir y presentar, para aprobación, las garantías que aseguren su cumplimiento; formular cuentas de cobro o facturas; recibir los pagos; efectuar las entregas o cumplir las prestaciones a que hubiere lugar; convenir modificaciones, ajustes, adiciones o prórrogas; concurrir a la liquidación del contrato y acordar los términos de la misma; lograr acuerdos o conciliaciones; notificarse de los actos administrativos de índole contractual que expida la entidad contratante e impugnarlos en vía gubernativa, etc."

"En relación con la citada providencia de unificación resulta útil para el caso sub lite, mencionar el efecto que se desprende de la misma regulación del artículo 7 de la Ley 80 de 1993, en cuanto a la suficiencia y pertinencia de la notificación al representante del consorcio adjudicatario, sin que sea necesario ni procedente notificar a todos los miembros o integrantes del mismo, puesto que la condición de parte tanto en el respectivo procedimiento administrativo de selección contractual, como en el proceso judicial de lo contencioso administrativo, en tratándose del contrato estatal, la tiene el consorcio y, por lo tanto, es ese consorcio el que puede y debe ser notificado, a través de su representante legal, por lo cual esa notificación resulta idónea para producir los efectos propios de la misma."

"En el aspecto de la notificación, la sentencia de unificación puntualizó la siguiente consideración:

"Surge aquí un efecto adicional que importa destacar, consistente en que la notificación que de los actos contractuales expedidos por la entidad estatal en relación o con ocasión de un contrato celebrado con un consorcio o una unión temporal, se realice con el representante de la respectiva agrupación, será una notificación que se

tendrá por bien hecha, sin que resulte necesario entonces, para que el acto administrativo correspondiente produzca la plenitud de sus efectos, que la entidad contratante deba buscar y hasta 'perseguir', por el país o por el mundo entero, a los múltiples y variados integrantes del consorcio o de la unión temporal contratista."

(21) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena: Radicación No.:25000 23 26 000 1997 13930 01, expediente No. 19.933, aclar: Consorcio Glonmarax, demandado: Consejo Superior de la Judicatura -Dirección Ejecutiva de Administración Judicial

A lo dicho por la jurisprudencia agregaríamos que, vistas las cosas desde un punto de vista panorámico, se aprecia que, en nuestro criterio, realmente hay una regla general consistente en que la capacidad se predica de las personas (naturales o jurídicas) y que la atribución de capacidad a "cosas" que no son personas sólo se produce por excepción a la regla general, lo cual sucede por disposición de la ley pues la atribución de capacidad jurídica es potestad de la ley y esta ha dado capacidad a "cosas" que no son personas, como es el caso de la herencia yacente, los patrimonios autónomos (p. ej. los que manejan las fiduciarias, entre ellos los anticipos de los contratos estatales, por hablar de algo reciente y relativo a la contratación estatal), y así mismo a los consorcios y las uniones temporales, y a algunas dependencias u organismos estatales que tampoco tienen personalidad, según vimos en este escrito.

Y siendo la atribución de capacidad a algo que no es persona una excepción a la regla general de que la capacidad legal la tienen solamente las personas (naturales y jurídicas) cabe aplicar, como a todas las excepciones, el principio jurídico según el cual la interpretación de las normas exceptivas es de carácter restrictivo y no puede extenderse más allá del caso o casos para los cuales se ha creado la excepción, pues de no ser así, la excepción se convierte en regla general. En el caso que nos ocupa, la capacidad para contratar otorgada por el Art. 6º de la Ley 80/93 a los consorcios y uniones es única y exclusivamente para celebrar contratos estatales y no cabe su interpretación extensiva a otra naturaleza de contratos.

CONSECUENCIAS DE LA FALTA DE CAPACIDAD

Aunque el texto del Artículo 6º de la Ley 80 de 1993 es absolutamente nítido en cuanto a que la capacidad jurídica que él le otorga a los consorcios y uniones temporales es exclusivamente para celebrar contratos estatales, los gremios de contratistas del Estado han dado en hacer lo contrario y celebran contratos con los proveedores de bienes y servicios para la ejecución del contrato estatal y así mismo contratos laborales con personal para dicho fin, a nombre del consorcio o unión temporal como parte contratante.

La advertencia que el Consejo de Estado hace en su Sentencia 19933 de 2013 de unificación de jurisprudencia, acerca de que la capacidad del artículo 6º es exclusivamente para contratos estatales y que por tanto no puede extenderse a la celebración, por parte de consorcios y uniones, a la celebración de otros contratos, ni siquiera para aquellos que tengan "*como propósito el desarrollo de*

actividades encaminadas al cumplimiento, total o parcial, del correspondiente contrato estatal" debería poner coto a una práctica tan alejada de la juridicidad. Las entidades estatales, por su parte, deberían precaverse de cohonestarla, admitiéndola al darle validez, por ejemplo reconociendo al consorcio o unión costos con base en contratos celebrados por el consorcio o unión en calidad de compradores, consumidores o patronos, puesto que tales contratos son nulos.

Y son nulos por las siguientes razones que exponemos esquemática y sucintamente:

Para que alguien se obligue válidamente con otra mediante un acto o declaración de voluntad es necesario, de acuerdo con el Art. 1502 del Código Civil, ya transcrito en su integridad en la primera página de este estudio, que se reúnan todos y cada uno de los siguientes requisitos: 1) Que sea legalmente capaz; 2) Que su consentimiento esté libre de vicios; 3) Que la obligación tenga objeto lícito 4) Que la obligación tenga una causa lícita.

La falta de cualquiera de ellos, genera que la obligación no sea válida.

En relación con el primer requisito, se tiene que puesto que a los consorcios y las uniones temporales sólo se les dio capacidad para celebrar contratos estatales, un contrato que no sea estatal, celebrado por ellos a nombre del consorcio o unión (como parte, se entiende), no cumple con el primero de dichos requisitos, es decir, es un contrato celebrado por alguien (algo, deberíamos decir) que NO TIENE CAPACIDAD LEGAL para contratar, según quedó definido por la jurisprudencia que se ha citado, en especial sobre la salvedad que hizo la sentencia de unificación de jurisprudencia 19933 de 2013, acerca de la no extensión de la capacidad de los consorcios y uniones temporales a la suscripción de contratos distintos a los estatales por parte, que queda circunscrita por el Art. 6º de la Ley 80, exclusivamente a la de los estatales.

Al faltarle el requisito falta de capacidad en una de las partes, las obligaciones pactadas no son válidas según los requisitos enlistados en el citado Art. 1502 del C.C. y además el contrato es nulo a las voces del Art. 1740 de mismo Código, según el cual:

ARTICULO 1740. CONCEPTO Y CLASES DE NULIDAD. Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes.

La nulidad puede ser absoluta o relativa.

Respecto del segundo requisito, o sea al consentimiento libre de vicios, no queremos aquí pronunciarnos dada cierta complejidad jurídica que haría extender estas líneas contra la idea y propósito de este escrito pero podríamos enunciar que en la generalidad de los casos podría el consentimiento estar libre

de los vicios de fuerza y dolo, siendo eventualmente posible el decir que la celebración de los contratos no estatales por los consorcios y uniones actuando como parte, podría afectar el consentimiento con el vicio de error en las cualidades de la parte llamada consorcio o unión temporal. Por la brevedad que anunciamos, dejamos este punto abierto.

En lo que atañe al tercer requisito, es decir, que el objeto lícito, cabe señalar que los Artículos 1519 y 1523 del Código Civil prescriben:

ARTICULO 1519. OBJETO ILÍCITO. Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación. Así, la promesa de someterse en la república a una jurisdicción no reconocida por las leyes de ella, es nula por el vicio del objeto.

ARTICULO 1523. OBJETO ILÍCITO POR CONTRATO PROHIBIDO. Hay así mismo objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes.

Si se tiene en cuenta que la Ley 80/93 es el Estatuto General de Contratación Pública y que por tanto es una norma de Derecho Público, que las normas sobre la capacidad legal, incluso las que están en el derecho privado, son de Orden Público, y que las normas de la actuación administrativa sobre competencia de las entidades estatales y de sus funcionarios son normas de Derecho Público y de Orden Público, de rango constitucional y legal, la celebración de contratos privados por parte de los consorcios y uniones temporales contraviniendo al Art. 6º de la Ley 80/93 que sólo les otorga capacidad para contratos estatales, constituye violación de normas de derecho público y por tanto esos contratos tienen objeto ilícito, a las voces del Art. 1519 del C.C. y al faltarles el requisito de objeto lícito, son nulos según el Art. 1740 del mismo Código.

De otra parte, el darles a los consorcios y uniones capacidad para celebrar contratos estatales, comporta la prohibición tácita de celebrar contratos no estatales y violar esta prohibición implica objeto ilícito del contrato según el Art. 1523 del C.C. que no distingue entre si la prohibición es expresa o tácita.

Frente al cuarto requisito, o sea al de la causa lícita, es preciso recordar que el Artículo 1524 del Código Civil prescribe:

ARTICULO 1524. CAUSA DE LAS OBLIGACIONES. No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente.

Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público. (Subrayamos)

Así, la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa; y la promesa de dar algo en recompensa de un crimen o de un hecho inmoral, tiene una causa ilícita. (Nuestras las subrayas)

La causa de los contratos privados celebrados por los consorcios y uniones como partes contratantes, entendida la causa como el motivo que induce a contratar puede ser lícita, como por ejemplo, la compra de materiales para ejecutar el contrato estatal de obra suscrito por el consorcio o unión, o el contrato laboral para el personal de la obra, pero tales contratos no tienen causa lícita en cuanto que tales contratos son contrarios al orden público, en vista de la pretermisión de normas de orden público como son las relativas a la capacidad legal para contratar. Esto puede agravarse si la intención que mueve a celebrar así los contratos es la de eludir la responsabilidad frente a los proveedores y los trabajadores del consorcio o unión.

En conclusión si un consorcio o unión temporal celebra como tal, es decir como parte, cualquier contrato no estatal, incurre, en celebración de un contrato sin reunir al menos tres de los cuatro requisitos esenciales que el Art. 1502 exige para poder obligarse, como son el de la capacidad legal, el objeto lícito y la causa lícita y, consecuentemente tal contrato es nulo de acuerdo con lo prescrito por el Art. 1740 del C.C. (atrás transcrito).

En cuanto a la clase de nulidad en que se incurre en esos contratos, la misma sería de carácter absoluto, si se tienen en cuenta las siguientes disposiciones:

ARTICULO 1741. NULIDAD ABSOLUTA Y RELATIVA. La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos; y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas.

Hay así mismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces.

Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato.

ARTICULO 1742. OBLIGACIÓN DE DECLARAR LA NULIDAD ABSOLUTA. (Luego de ser subrogado por el artículo 2o. de la Ley 50 de 1936). La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede así mismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley. Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria.

ARTICULO 1756. CAPACIDAD PARA RATIFICAR. No vale la ratificación expresa o tácita del que no es capaz de contratar.

Como los contratos no estatales suscritos como partes por los consorcios y las uniones temporales tienen objeto y causa ilícitos de conformidad con las normas citadas, la nulidad que ello genera es nulidad absoluta según el primer inciso del Art. 1741 del C.C. y por tanto no es saneable según la misma disposición.

En cuanto a la falta de capacidad de los consorcios y uniones para celebrar contratos de naturaleza privada, la misma genera también nulidad absoluta por la carencia del requisito naturaleza "estatal" exigido por el Art. 6° de la Ley 80/93 para que el consorcio o unión temporal pueda gozar de la capacidad para contratar que dicha ley le otorga en virtud de tal naturaleza, según se aprecia del primer inciso del Art. 1741 del C.C., en concordancia con el Art. 1756 del mismo Código que le quita al incapaz de contratar incluso la posibilidad de saneamiento por ratificación posterior.

Finalmente, cabe poner de presente que el Artículo 44 de la Ley 80 establece las causales de nulidad de los contratos estatales y en su primer inciso prescribe:

Ley 80/93, Art. 44. De las causales de nulidad absoluta. Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando (.....)

De manera que todas las disposiciones sobre nulidad que se han citado del Código Civil ("derecho común") son causales de nulidad de los contratos estatales.

NOTA: Resulta interesante y paradójico anotar que a los consorcios y uniones temporales, la única norma que les ha dado capacidad de contratación, como dijimos por vía de excepción, es una norma de Derecho Público y sólo para contratos estatales (Art. 6° L.80/93), mientras que en el Derecho Privado no existe ninguna norma que les de la más mínima capacidad de contratación a tales figuras asociativas.

Así las cosas, los contratos de colaboración empresarial que se firman entre empresas son perfectamente válidos pues son expresión del derecho constitucional fundamental de libertad de asociación, entre otros, y aplicación del principio de autonomía de la voluntad. Pero como no pasan de ser un contrato (no son persona jurídica), un contrato no puede contratar con terceros y menos en ausencia de ley que les haya otorgado capacidad para hacerlo, como en cambio si lo ha hecho la Ley 80 para tales figuras asociativas frente a los contratos estatales.

CONCLUSIONES

Sintetizando todo lo que ha quedado expuesto, podemos concluir:

1. De acuerdo con el inciso final del Artículo 150 de la Constitución Política, corresponde al Congreso expedir el estatuto general de contratación de la administración pública, es decir, tal facultad le quedó asignada por la Constitución a la ley.

2. En materia de contratación estatal, el Congreso lo hizo mediante la Ley 80 de 1993 en sus arts. 2º, 6º y 11, pues lo menos que se espera de un estatuto contractual es que allí se diga cuáles entidades estatales tienen capacidad de contratación y quienes pueden contratar con el Estado, y dicha Ley determinó otorgarle capacidad de contratación no sólo a las personas jurídicas estatales, sino además a distintas dependencias y organismos estatales que no tienen personería jurídica [Artículo 2º, literal b) del numeral 1], englobando a unos y otros bajo la designación de "entidades estatales" y le dio la calidad de representante legal a los jefes de dichas dependencias y organismos (Artículo 11) y además determinó (Artículo 6º) que tienen capacidad para contratar con el Estado, todas las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes y también dos figuras denominadas consorcios y uniones temporales que no son personas sino formas de asociación para presentar conjuntamente una propuesta y celebrar un contrato estatal.
3. La capacidad para contratar, y así mismo la de comparecer en juicio, no es exclusiva de las personas ni dependiente de la condición de persona y por ello las leyes pueden otorgarle dicha capacidad a organismos, dependencias o cosas que no son personas. El caso de la Ley 80/93 precitado, no es el primero puesto que las leyes civiles le han dado capacidad jurídica, por ejemplo, a la herencia yacente y a los patrimonios autónomos. Dichas capacidades, al ser de rango legal, pueden ser establecidas, modificadas o suprimidas por las leyes sin que por ello violen la Constitución y por tanto lo dispuesto por la Ley 80/93 en sus artículos 2º [literal b) del numeral 1], 11 y 6º es constitucional y fueron declarados exequibles por la Corte Constitucional en las Sentencias C-374 de agosto 25 de 1994, M.P. Jorge Arango Mejía, en el caso de los dos primeros, y C-949 de septiembre 5 de 2001, M.P. Clara Inés Vargas, para el caso del Artículo 6º.
4. El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, mediante Sentencia de Unificación de jurisprudencia, de fecha 25 de septiembre de 2013, expediente No. 19933, M.P. Mauricio Fajardo Gómez, unificó la jurisprudencia sobre la materia y se dio fin al debate sobre la capacidad plena de los consorcios para contratar con el Estado, estableciendo los criterios siguientes:
 - La capacidad que el Artículo 6º de la Ley 80 de 1993 le dio a los consorcios y a las uniones temporales, comporta la de ser titulares de derechos y obligaciones y la de ejercerlos y hacerlos valer en juicio (C.P.C. art. 44 y C.C.A. art. 87). Esto último comporta que pueden demandar y ser demandados como tales.
 - Puesto que el inciso segundo del párrafo primero del artículo.7º de la Ley 80, establece que "Los miembros del consorcio y de la unión temporal deberán designar la persona que, para todos los efectos, representará al

consorcio o unión temporal", se tiene que no hay limitación o condicionamiento legal alguno a la extensión de dicha representación, por lo cual el intérprete no puede hacer distinciones sobre dicha totalidad de los efectos para los cuales los consorcios y uniones temporales deben designar representante, y por ello en la expresión "todos los efectos", *"deben entenderse incluidas las actuaciones de índole precontractual y contractual que puedan y deban desplegarse en sede administrativa"* de los cuales la sentencia de unificación hace extensa relación de ejemplos, haciéndose énfasis en que también se incluye la representación del consorcio o unión *"en las actuaciones procesales que deban emprenderse o desplegarse con el propósito de reclamar o defender en juicio los derechos derivados de la propuesta o del contrato."* y subraya la sentencia que como efecto adicional debe destacarse *"que la notificación que de los actos contractuales expedidos por la entidad estatal en relación o con ocasión de un contrato celebrado con un consorcio o una unión temporal, se realice con el representante de la respectiva agrupación, será una notificación que se tendrá por bien hecha, sin que resulte necesario entonces, para que el acto administrativo correspondiente produzca la plenitud de sus efectos, que la entidad contratante deba buscar y hasta "perseguir" por el país o por el mundo entero, a los múltiples y variados integrantes del consorcio o de la unión temporal contratista."*

- Enfatiza la sentencia que el representante del consorcio o unión temporal, que por ley debe designarse para todos los efectos, es representante de la agrupación empresarial en su conjunto y no de cada uno de sus integrantes individualmente considerados.
5. Finalmente, la misma sentencia de unificación de jurisprudencia pone de relieve que puesto que la capacidad jurídica otorgada por el Artículo 6º de la Ley 80 le fue conferida a los consorcios y uniones sólo para la contratación estatal, dicha capacidad no puede extenderse a la celebración de contratos no estatales, como son los relativos a las *"relaciones jurídicas que, de manera colectiva o individual, pretendan establecer los integrantes de esas agrupaciones con terceros, ajenos al respectivo contrato estatal, independientemente de que tales vínculos pudieren tener como propósito el desarrollo de actividades encaminadas al cumplimiento, total o parcial, del correspondiente contrato estatal."*

De nuestra parte agregamos que la consecuencia jurídica obligada de la celebración de contratos no estatales a nombre de un consorcio o unión temporal (compra de equipos, de materiales, contratos de trabajo o de prestación de servicios, etc.), es la misma que acarrea la celebración de contratos por cualquier incapaz (un menor de edad, un demente o disipador interdicto, etc.) como es la nulidad del contrato por cuanto le faltan tres de los cuatro requisitos esenciales que el Art. 1502 del Código Civil exige para

que alguien se pueda obligar válidamente, como son la capacidad legal, el objeto lícito y la causa lícita, requisitos todos tres cuya ausencia genera nulidad absoluta, es decir, no saneable según disponen los Arts. 1741, 1742 y 1756 del C.C. y demás normas concordantes citadas.

6. Después de la Sentencia de Unificación, el Consejo ha aplicado los criterios en ella expuestos, por ejemplo en la Sentencia 30250 del 29 de enero de 2014, ponente Mauricio Fajardo Gómez, y en la Sentencia 32427 del 9 de abril de 2015, ponente Olga Mélida Valle de De La Hoz.

En la primera se hace énfasis en lo relacionado con las notificaciones y la capacidad para comparecer en juicio y en la segunda resulta interesante además la reiteración de sentencias relacionadas con la tesis según la cual los consorcios y uniones temporales que no fueron favorecidos con la adjudicación, se extinguen por ese hecho, pues estas ficciones jurídicas están sujetas a la condición resolutoria tácita de que les sea adjudicado el contrato, razón por la cual la no adjudicación resuelve el vínculo entre los asociados y entonces en caso de acciones judiciales, ha de tenerse en cuenta que los actos previos a la adjudicación implican que cualquier demanda basada en ellos debe tener en cuenta que allí no hay Litis consorcio necesario sino facultativo y que, por el contrario, en el caso del consorcio o unión temporal adjudicatario, hay Litis consorcio necesario y entonces debe demandarse por todos o a todos.

Como nota especial para los no abogados, queremos resaltar que lo dicho en el presente estudio sobre la capacidad de los consorcios y uniones exclusivamente para celebrar contratos estatales y su incapacidad para celebrar contratos privados, con base en la advertencia final de la Sentencia 19933 de 2013 de unificación de jurisprudencia en el sentido de subrayar que la capacidad de los consorcios y uniones no se extiende a la de celebrar contratos privados, ni siquiera los que tengan por fin la ejecución del contrato estatal, debe siempre concretarse en que en tales contratos no puede ser parte el consorcio o unión temporal, sino el integrante al que le corresponda hacer la respectiva compra de materiales o el arrendamiento o compra de equipos o inmuebles o el contrato laboral o el de prestación de servicios profesionales, pues de figurar como contratante el consorcio o la unión temporal, el contrato es nulo absolutamente (insaneable), tiene objeto y causa ilícitos y el consorcio o unión no tienen capacidad legal para contratos privados sino sólo para contratos estatales.

Las entidades estatales deben abstenerse totalmente de avalar contratos privados que se hayan suscrito a nombre de consorcios o uniones temporales, dada la nulidad por objeto y causa ilícitas y la falta evidente, de bulto, manifiesta, de falta de capacidad de tales contratos de asociación para celebrar contratos que no sean estatales, según se ve de manera patente en el artículo 6º de la Ley 80/93 y así debe proceder la entidad tanto en la fase precontractual como en la contractual.

1. ANÁLISIS NORMATIVO SOBRE LA CAPACIDAD DE CONTRATACIÓN

El CÓDIGO CIVIL, en su ARTICULO 1503, establece:

"PRESUNCIÓN DE CAPACIDAD. Toda persona es legalmente capaz, excepto aquéllas que la ley declara incapaces."

Tenemos entonces que esta norma está consagrando una regla general según la cual se presume que TODA PERSONA, es legalmente capaz y que la excepción a dicha presunción nace cuando existe una ley que declare a una PERSONA como incapaz.

Visto desde otro punto de vista, ello quiere decir que para poder afirmar que UNA PERSONA es incapaz, se necesita que una ley lo diga y que de no existir una ley que así lo disponga, opera la presunción de capacidad establecida en el citado artículo 1503 del C.C.

El propio Código Civil, ha señalado PERSONAS incapaces:

Así están por ejemplo el art. 1504 que califica como absolutamente Incapaces a los dementes, los impúberes, a los dementes y a los sordomudos que no pueden darse a entender, y como a incapaces relativos a los disipadores bajo interdicción judicial.

Pero como es evidente que la presunción de capacidad se predica por el art. 1503 respecto de las PERSONAS, tal presunción no puede extenderse a lo que no tenga el carácter de PERSONA so pena de incurrir en flagrante infracción al dicho artículo 1503 del C.C. De allí que para que algo que no tenga la condición de PERSONA se requiere que exista una ley que expresamente le otorgue capacidad a ese algo no-persona y mientras ello no suceda, esa no-persona es incapaz, al no estar ni incluido en la presunción de capacidad del 1503 ni tener una ley que le atribuya capacidad.

La presunción de capacidad del 1503 del C.C. se predica por el propio artículo exclusivamente de las personas y como de conformidad con las normas civiles y comerciales las personas pueden ser NATURALES O JURÍDICAS (art. 73 del C.C.), NATURALES (art. 74 del C.C.) o JURÍDICAS (Art. 633 del C.C. y Segundo inciso del Art. 98 del C. de Co., p. ej.), entonces tenemos, recapitulando lo dicho y concretando sujetos, que la presunción de capacidad opera sólo respecto de las PERSONAS NATURALES y de las PERSONAS JURÍDICAS y que para que algo que no sea persona tenga capacidad, se requiere que exista una ley que se la atribuya y que mientras esto no suceda, ese algo no-persona es incapaz pues no se le puede extender a ese ente o cosa la presunción legal de capacidad del art. 1503 del C.C.

Ejemplos patentes de casos en los cuales un algo no-persona ha requerido de ley para poder tener capacidad, son los casos de la herencia yacente y de los patrimonios autónomos, pues sólo tienen capacidad porque las normas del derecho civil de sucesiones y las leyes financieras expresamente les confirieron la capacidad legal. La herencia yacente y los patrimonios autónomos son BIENES o COSAS, no son personas pero tienen por una ley conferida capacidad legal de adquirir derechos y contraer obligaciones, tan sólo porque la una ley se la otorga pues de lo contrario no la tendrían.

También está, en el caso de la contratación estatal, lo establecido en el art. 1º de la Ley 80 que define como "entidades estatales" a muchos entes que no son personas jurídicas sino dependencias u oficinas de personas jurídicas o conjuntos que ni eso son, y a los que luego el artículo 2º de la misma ley les otorga capacidad legal de contratación; tal el caso del numeral 1º literal a) de dicho artículo 2º, que incluye como "entidades estatales" a entes que no tienen personería jurídica, es decir que no son personas, tales como por ejemplo, las "regiones", las "provincias", las "áreas metropolitanas", los "territorios indígenas" y en el literal b) ibídem incluye el Senado, la Cámara, los Ministerios, la Contraloría General, las contralorías

departamentales y las municipales, la Procuraduría General de la Nación, las unidades administrativas especiales (antes ninguna tenía personería), etc. y al final de este literal expresó "y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la Ley otorgue capacidad para celebrar contratos."

Esto mismo es lo que ha sucedido con el caso de los consorcios y las uniones temporales en el caso del artículo 6º de la Ley 80/93, titulado "De la capacidad para contratar", pues no siendo los consorcios ni las uniones PERSONAS, el dicho artículo 6º, luego de señalar que pueden "celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes", agrega a dos no-personas diciendo:

"También podrán celebrar contratos con las entidades estatales, los consorcios y las uniones temporales"

Y en el artículo siguiente, es decir el 7º, define en sus numerales 1 y 2 que son los consorcios y las uniones, figuras estas que allí se definen, dígase bien, como un acto, pues tanto el uno y el otro se definen como "cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato", anotando la ley como única diferencia entre uno y otra, que en el caso de las uniones las sanciones contractuales son individuales (se aplican sólo al integrante responsable del respectivo incumplimiento) y en proporción a su participación en la unión temporal.

Si no existiese el texto del art. 6º de la Ley 80 que les atribuye capacidad legal para contratar con las entidades estatales, los consorcios y las uniones temporales no tendrían capacidad para nada, absolutamente nada. Pero como el texto existe y como además dice exactamente para que se les confiere esa capacidad de contratación, tenemos que si la tienen y la tienen sólo para aquello para lo cual les fue conferida, como es, literalmente, para "celebrar contratos con las entidades estatales" de manera que no es viable que de allí el intérprete se la extienda, como un don caído del cielo, a la celebración de contratos con alguien que no sea entidad estatal, como por ejemplo para celebrar contratos con particulares, como por ejemplo contratos de trabajo, contratos de prestación de servicios profesionales con particulares, contratos de compraventa o de suministro de bienes o servicios, etc., menos si se tiene en cuenta que el otorgamiento de capacidad está reservado a la ley y que la que tienen constituye una excepción a la regla general de la presunción de capacidad otorgada exclusivamente a las PERSONAS y que por tanto no puede ser objeto de interpretación extensiva sino, por el contrario de interpretación restrictiva, amén de que por ser el tema de la capacidad una materia de orden público, también es de interpretación restrictiva.

2. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA SOBRE LA INCAPACIDAD DE CONTRATACION DE LOS CONSORCIOS Y UNIONES TEMPORALES PARA CELEBRAR CONTRATOS PRIVADOS

Veamos ahora la parte jurisprudencial sobre la materia.

Es así que con ocasión de la expedición de la Ley 80 y el otorgamiento que su artículo 6º les otorgó para contratar con el Estado se les confirió, se suscitó el hecho de que la jurisdicción contenciosa administrativa les negó la capacidad para comparecer en juicio, arguyéndose que la norma sólo se la dio para celebrar el contrato (art. 6º), comprendiendo, según el art. 7º, la de presentar la propuesta, celebrar el contrato y ejecutarlo, más no para comparecer en juicio, razón por la cual tenían que demandar y ser demandados los integrantes, no el consorcio o la unión temporal, so pena de rechazo de la demanda por falta de capacidad para ser parte, llamada también falta de capacidad para comparecer en juicio, falta de personería adjetiva o falta de legitimación en la causa en el demandante o en el demandado según la posición del consorcio o unión como demandante o como demandado.

Luego comenzaron algunos magistrados del Consejo de Estado a producir decisiones contradictorias sobre la materia, hasta que ello se decantó a favor de la tesis de que esas instituciones sí tienen la capacidad para comparecer en juicio, punto sobre el cual no nos extendemos más pues no es el aspecto que aquí estamos debatiendo, sino en cuanto que a dicho debate sobre la capacidad para comparecer en juicio de los consorcios y las uniones, se le puso punto final por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, cuando en reunión de Sala Plena con el fin de hacer la unificación de la jurisprudencia para evitar la contradicción entre las salas de decisión, se produjo la unidad de criterio de toda la Sección Tercera mediante la Sentencia de Unificación de fecha 25 de septiembre de 2013, expediente No. 19933, demandante Consorcio Glonmarex, demandado el Consejo Superior de la Judicatura (Dirección Ejecutiva de Administración Judicial), ponente Mauricio Fajardo Gómez, sentencia en la cual para poder definir lo de la capacidad para comparecer en juicio tuvo el Consejo que referirse y definir también la extensión de la capacidad de contratación de los consorcios y las uniones, tema que es el que aquí nos ocupa, y sobre el cual reproducimos de ese fallo los siguientes de sus apartes más importantes, si bien hay muchos otros raciocinios que refuerzan el tema pero que son demasiado extensos para incluir aquí. Se dijo en ese el fallo de unificación de jurisprudencia:

"3. Rectificación y unificación de la jurisprudencia en relación con la capacidad con la cual cuentan los consorcios y las uniones temporales para comparecer como parte en los procesos judiciales.

"A juicio de la Sala, en esta ocasión debe retomarse el asunto para efectos de modificar la tesis jurisprudencial que se ha venido siguiendo y, por tanto, debe puntualizarse que si bien las uniones temporales y los consorcios no constituyen personas jurídicas distintas de quienes integran la respectiva figura plural de oferentes o de contratistas, lo cierto es que además de contar con la aptitud para ser parte en el correspondiente procedimiento administrativo de selección de contratistas – comoquiera que por ley cuentan con capacidad suficiente para ser titulares de los derechos y obligaciones derivadas tanto de los procedimientos administrativos de selección contractual como de los propios contratos estatales—, también se encuentran facultados para concurrir a los procesos judiciales que pudieren tener origen en controversias surgidas del mencionado procedimiento administrativo de selección de contratistas o de la celebración y ejecución del contrato estatal respectivo –legitimatío ad processum–, por intermedio de su representante.

(.....)

"En este orden de ideas se modifica la tesis que hasta ahora ha sostenido la Sala, con el propósito de que se reafirme que si bien los consorcios y las uniones temporales no constituyen personas jurídicas independientes, sí cuentan con capacidad, como sujetos de derechos y obligaciones (C.P.C., art. 44 y C.C.A, art. 87⁽⁵⁸⁾), para actuar en los procesos judiciales, por conducto de su representante, sin perjuicio, claro está, de observar el respectivo jus postulandi."

"También debe precisarse que la tesis expuesta sólo está llamada a operar en cuanto corresponda a los litigios derivados de los contratos estatales o sus correspondientes procedimientos de selección, puesto que la capacidad jurídica que la Ley 80 otorgó a los consorcios y a las uniones temporales se limitó a la celebración de esa clase de contratos y la consiguiente participación en la respectiva selección de los contratistas particulares, sin que, por tanto, la aludida capacidad contractual y sus efectos puedan extenderse a otros campos diferentes, como los relativos a las relaciones jurídicas que, de manera colectiva o individual, pretendan establecer los integrantes de esas agrupaciones con terceros, ajenos al respectivo contrato estatal, independientemente de que tales vínculos pudieren tener como propósito el desarrollo de actividades encaminadas al cumplimiento, total o parcial, del correspondiente contrato estatal." (Negrillas y subrayas no son de la sentencia)

(58) Como de igual modo, según se ha indicado ya dentro de este pronunciamiento, lo establecen los artículos 141 de la Ley 1437 de 2011 y 53 y 54 de la Ley 1564 de 2012.

El párrafo final que acaba de transcribirse, cuyas negrillas y subrayas no son del original sino nuestras, reviste suma importancia puesto que precisa que la capacidad contractual que la Ley 80/93 confiere a los consorcios y a las uniones temporales no se extiende a contratos que no sean estatales, habida cuenta que el artículo 6º expresamente se la confiere únicamente para celebrar contratos estatales, por lo cual no puede extenderse, por ejemplo, a la celebración de contratos laborales a nombre del consorcio o unión ni a contratos de compraventa de insumos para el contrato estatal ni a la compra de equipos para dicho contrato, etc. pues, con toda razón, la sentencia excluye incluso los que tengan como propósito el desarrollo de actividades encaminadas al cumplimiento total o parcial del contrato estatal. Tales contratos deben celebrarse a nombre de los integrantes y si no lo hacen podría hablarse de nulidad por falta de capacidad o bien de contratantes solidarios, según las circunstancias.

Puesto que las sentencias de unificación de jurisprudencia tienen por finalidad el acabar con puntos en que las salas de decisión dictan fallos con criterios contradictorios, tales sentencias obligan a todas las salas de decisión y a los jueces, so pena de incurrir en sanciones disciplinarias, y para cambiar una jurisprudencia unificada se requiere que el fallo a adoptar sea decisión de la sala plena de magistrados cuando se solicite estudiar una sentencia de cambio de jurisprudencia, obviamente con posterioridad a la sentencia de unificación que se acaba de comentar le han sucedido las sentencias en que el Consejo ha aplicado los criterios expuestos en la de unificación, por ejemplo en la Sentencia 30250 del 29 de enero de 2014, ponente Mauricio Fajardo Gómez, y en la Sentencia 32427 del 9 de abril de 2015, ponente Olga Mélida Valle de La Hoz.

Ciertamente que esas sentencias no obligan sino a las partes del proceso en que se pronuncian y a los jueces y magistrados y que por tanto los funcionarios y los particulares pueden apartarse del criterio y las disposiciones de la sentencia, pero es innegable que como la sentencia de unificación de jurisprudencia sí obliga a jueces y magistrados, cualquier controversia jurídica será sentenciada con el criterio de la sentencia de unificación y por tanto el particular, la entidad estatal y los servidores públicos que actúen en sentido diverso al de dichas sentencias, incurrir en negligencia grave si se tiene en cuenta que al actuar así, perderá necesariamente el pleito y en consecuencia, de manera culposa y grave pues su actuación en tales circunstancias es colocar a la entidad estatal en una posición "suicida", teniendo luego la entidad que acudir a repetir contra el funcionario responsable en acción de repetición o mediante llamamiento en garantía para que le responda a la entidad por los perjuicios que con su actuación irresponsable le generó.



AC

MEMORANDO

05 MAYO 2012

Bogotá,

00064247

PARA: LUIS EDUARDO RIVEROS LÓPEZ
Coordinador Grupo Atención al Ciudadano y Trámites .
TERRITORIAL CUNDINAMARCA

DE: Jefe Oficina Asesora Jurídica (e)

ASUNTO: Comunicación 54666 del 18 de abril de 2012

Respetado doctor:

En atención a la comunicación del asunto, donde plantea cinco preguntas respecto al tema de Consorcios, en el mismo orden en que fueron expuestas, esta Oficina se permite manifestar:

En su escrito, hace referencia al memorando interno No. 10240-348897 del 22 de noviembre de 2010, expedido por la Oficina Asesora Jurídica del entonces Ministerio de la Protección Social, hecho que hace suponer, que conoce el contenido de dicho concepto.

No obstante lo anterior, para facilitar su proveer, se transcribe el mismo:

"En atención a la comunicación del asunto, donde comenta que le fue solicitada autorización para que un consorcio pudiera proceder a efectuar un despido colectivo de trabajadores, esta Oficina se permite manifestar:

La Ley 80 de 1993, en su artículo 7° se refiere a los consorcios y a las uniones temporales en los siguientes términos:

- "1. Consorcio. Cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato. En consecuencia, las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato, afectarán a todos los miembros que lo conforman*
- 2. Unión temporal: Cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente por el cumplimiento total de la propuesta y del objeto contratado, pero las sanciones por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato se impondrán de acuerdo con la participación en la ejecución de cada uno de los miembros de la unión temporal"*

12 MAY 2012
CMTA



De esta disposición se colige que la Ley no ha determinado el nacimiento de una persona jurídica por la celebración de un contrato de consorcio o unión temporal. Cada uno de estos contratos se concibe como una convención que no constituye por sí misma un ente capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones y que no se diferencia de quienes así están coasociados".

En sentencia C 414 de 1994, manifestó la H. Corte Constitucional:

"El consorcio es una figura propia del derecho privado, utilizado ordinariamente como un instrumento de cooperación entre empresas, cuando requieren asumir una tarea económica particularmente importante, que les permita distribuirse de algún modo los riesgos que pueda implicar la actividad que se acomete, aunar recursos financieros y tecnológicos, y mejorar la disponibilidad de equipos, según el caso, pero conservando los consorciados su independencia jurídica".

Así las cosas, resulta claro que el consorcio no es una sociedad, sino una forma contractual, utilizada ordinariamente como un instrumento de cooperación entre empresas, cuando requieren asumir una tarea económica particularmente importante, que les permita distribuirse de algún modo los riesgos que pueda implicar la actividad que se acomete, aunar recursos financieros y tecnológicos, y mejorar la disponibilidad de equipos, según el caso, pero conservando los consorciados y las Uniones Temporales, su independencia jurídica, lo que implica que, como tal, el Consorcio ni la Unión Temporal goza de una capacidad jurídica propia e independiente, situación jurídica que le impide ser sujeto de derechos y obligaciones, sino que los mismos estarán solidariamente, en cabeza de las sociedades que lo conforman.

Por lo anterior, no es el consorcio quien contrata personal ni es empleador, sino que cada una de las empresas consorciadas, tienen su planta propia de personal y dispondrán del necesario, para adelantar el objeto por el cual fue constituido.

Así las cosas, las obligaciones laborales no reposan en cabeza del consorcio pues como tal, al no ser una persona jurídica, no es sujeto de derechos ni de obligaciones, de tal forma que las obligaciones laborales, estarán en cabeza de cada una de las sociedades que conforman el Consorcio o la Unión Temporal, según corresponda.

Como se pudo apreciar, cada trabajador que pudo requerir contratar el consorcio para el desarrollo del contrato suscrito, debió haberse efectuado a través de alguna de las empresas consorciadas, de tal forma que habrá de ser cada una, la que solicite dicha autorización.

Cordialmente,..."

Respecto de sus preguntas:



1. *¿Se puede autorizar a un consorcio o (sic) unión temporal para que labore horas extras?*

No. Como se dijo, el consorcio no es una persona jurídica, sino un contrato. En términos más gráficos, sería como autorizar a un contrato de arrendamiento o a un contrato de compra venta, que pueda contraer alguna obligación. Las obligaciones emanadas de un contrato, son de las partes, no para el contrato.

2. *¿Se puede autorizar a cada una de las empresas consorciadas?*

Si. Teniendo en cuenta que el contrato de consorcio o el de unión temporal, corresponde a un instrumento de cooperación entre empresas, diferenciándose el uno del otro, por la responsabilidad, uno es responsable solidario con la totalidad del objeto contractual, mientras que la otra lo es, pero únicamente de la parte a su cargo, cada empresa consorciada o unida temporalmente, deberá responder por las obligaciones laborales para con sus trabajadores y si aquellos requieren laborar en jornadas suplementarias, cada una por separado deberá acudir ante el señor Inspector de Trabajo, para solicitar le sea autorizado laborar horas extras.

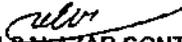
3. *¿Para un proyecto u obra determinada, se puede autorizar al consorcio, o a una de las empresas consorciadas, y hacer claridad en la autorización que es para ese proyecto determinado?*

Como se ha venido diciendo, no existe posibilidad alguna que se puede autorizar a un consorcio, pues no es una persona jurídica, sujeta de derecho y obligaciones, sino que el Consorcio o la Unión Temporal, son un contrato. Podrá eso si, autorizar a las empresas consorciadas o unidas, pues son ellas las que contrataron el personal.

4. *¿Quién debe efectuar la solicitud de autorización de horas extras en el caso de uniones temporales y consorcios?*
5. *¿Se puede autorizar para laborar horas extras, a cada empresa unida o consorciada por separado?*

Tal y como se dijo en el concepto inicial y en la respuesta al numera 2º, la autorización debe ser solicitada por la empresa consorciada o unida, que requiera que sus trabajadores laboren horas extras, en aras de dar cumplimiento al objeto contractual, el Consorcio o la Unión Temporal.

Cordialmente,


MYRIAM SALAZAR CONTRERAS

Esbozo: L. G. C. Niños Vendeda 02/06/2012 02:22 p.m.

C:\Usuarios\Occurrent\Consultas Trabajo 2012\Memorias, Director Inspección y Vigilancia, Sanciones, 2012-7022.PATRICIA MARULANDA CALERO, CINDY PAOLA SALAZAR GALINDO.doc



Concepto 54903

Bogotá, D.C., 2 ABR 2014

ASUNTO: ID 6426 Consorcios

Hemos recibido la comunicación radicada con el número del asunto, mediante la cual consulta si en la ejecución de un contrato los trabajadores deben estar a cargo del Consorcio o de otra persona jurídica que no integre el conjunto responsable del contrato, para cuyos fines, esta Oficina se permite, de manera atenta, atender su interrogante, mediante las siguientes consideraciones generales:

Inicialmente, se observa oportuno señalar que de acuerdo con la naturaleza y funciones asignadas en el Decreto 4108 de 2011 a la Oficina Asesora Jurídica de este Ministerio, sus pronunciamientos se emiten en forma general y abstracta ya que sus funcionarios no están facultados para declarar derechos individuales ni definir controversias.

Sobre la situación planteada en la consulta consideramos oportuno remitirnos a lo dispuesto por la Ley 80 de 1993 en su Artículo 7°, norma que en su numeral 1° se refiere a los consorcios en los siguientes términos:

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

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

De esta disposición se desprende que la Ley no ha determinado el nacimiento de una persona jurídica por la celebración de un contrato de consorcio o unión temporal. Cada uno de estos contratos se concibe como una convención que no constituye por sí misma un ente capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones y que no se diferencia de quienes así están coasociados.

Lo dispuesto en la norma es concluyente sobre la naturaleza del consorcio al definirlo como una propuesta para contratar que se materializa en los términos de un contrato del cual nacen responsabilidades y obligaciones entre los consorciados, situación que no genera el nacimiento de una persona jurídica independiente de quienes la integran pues es incapaz de adquirir derechos y contraer obligaciones.



Lo anterior fue reconocido por la Jurisprudencia en Sentencia 0-414 de 1994, pronunciamiento en el que la honorable Corte Constitucional manifestó:

"El consorcio es una figura propia del derecho privado, utilizado ordinariamente como un instrumento de cooperación entre empresas, cuando requieren asumir una tarea económica particularmente importante, que les permita distribuirse de algún modo los riesgos que pueda implicar la actividad que se acomete, aunar recursos financieros y tecnológicos, y mejorar la disponibilidad de equipos, según el caso, pero conservando los consorciados su independencia jurídica".

En consecuencia, resulta claro que el consorcio no es una sociedad, sino una forma contractual, utilizada ordinariamente como un instrumento de cooperación entre empresas, cuando requieren asumir una tarea económica particularmente importante, pero conservando los consorciados, su independencia jurídica, lo que implica que como tal, el Consorcio no goza de una capacidad jurídica propia e independiente, situación jurídica que le impide ser sujeto de derechos y obligaciones, sino que los mismos estarán solidariamente en cabeza de las sociedades que lo conforman.

Así las cosas, es de advertir, que no es el consorcio quien contrata personal ni es empleador, sino que cada una de las empresas consorciadas tiene su propia planta de personal y dispondrán de lo necesario para adelantar el objeto constituido.

En consecuencia, resulta claro que el consorcio no es una sociedad, sino una forma contractual, utilizada ordinariamente como un instrumento de cooperación entre empresas, cuando requieren asumir una tarea económica particularmente importante, pero conservando los consorciados, su independencia jurídica, lo que implica que como tal, el Consorcio no goza de una capacidad jurídica propia e independiente, situación jurídica que le impide ser sujeto de derechos y obligaciones, sino que los mismos estarán solidariamente en cabeza de las sociedades que lo conforman.

Así las cosas, es de advertir, que no es el consorcio quien contrata personal ni es empleador, sino que cada una de las empresas consorciadas tiene su propia planta de personal y dispondrán de lo necesario para adelantar el objeto constituido.

De tal forma, las obligaciones laborales no reposan en cabeza del consorcio como tal, al no ser una persona jurídica no es sujeto de derechos ni de obligaciones, de tal forma que las obligaciones laborales, están en cabeza de cada una de las sociedades que conforman el Consorcio. Pues estos y las uniones temporales, como se mencionó anteriormente, son el resultado del acuerdo de dos o más personas que de 4rranera conjunta presenten una misma propuesta para licitar, celebrar y ejecutar contratos.



La presente consulta, se absuelve en los términos del Artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en virtud del cual las respuestas dadas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución, constituyéndose simplemente en un criterio orientador.

Cordialmente,

ANDREA PATRICIA CAMACHO FONSECA
Coordinadora Grupo Interno de Trabajo de atención a consultas
en materia de Seguridad Social Integral
Oficina Asesora Jurídica

Transcriptor:

*11aboró: D. Jiménez 18-

02-14 14visó y aprobó:

Andrea C.

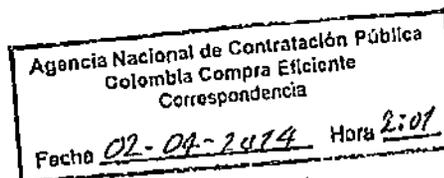
Ruta Electrónica: H:\MINISTERIO DE TRABAJO\CONCEPTOS DIE\JIAN 2014\1Consultas\Rad ID 6426-JUL 15 de 2013 Anonimo (Consortio).doc

FP-034-2014

Bogotá D.C., 31 de marzo de 2014.

Señores
COLOMBIA COMPRA EFICIENTE
Atn Dra. Lina Jiménez Ríos
Gestor Subdirección de gestión Contractual
Carrera 7 No. 26-20 Piso 17. Edificio Tequendama
Bogotá D.C.

ASUNTO: DERECHO DE PETICIÓN



Cordial saludo:

Yo, HUGO ALFREDO POSSO MONCADA, identificado con cédula de ciudadanía número 88.197.628 expedida en el municipio de Cúcuta, Representante Legal de FUNDACIÓN POSSO, con Nit 900.684.579-1, ubicada en la Transversal 60 No. 115 - 58 Oficina 613 Torre B Centro Ilarco, en ejercicio del derecho de petición que consagra el artículo 23 de la Constitución Nacional y las disposiciones pertinentes del Código Contencioso Administrativo, respetuosamente solicito se emita concepto acerca de las interrogantes planteados en el presente escrito:

1. En los contratos de prestación de servicios celebrados directamente entre profesionales y la Entidad Estatal debe establecerse el porcentaje de dedicación entre las partes? ; de no ser así por favor justificar; es decir, establecer mediante concepto debidamente motivado en el sentido de cómo se controla que un profesional que presta sus servicios profesionales o de apoyo a la gestión de una entidad estatal y como se debe controlar el exceso en sus porcentajes de dedicación (puesto que no puede tenerse dedicaciones mayores al 100 % en nuestro concepto) sin que se genere un posible detrimento del erario.
2. Para el caso hipotético en que un profesional que tiene un contrato de prestación de servicios y/o contrato laboral con dedicación del 100 % para un proyecto específico en que una empresa privada a su vez le presta sus servicios a una entidad estatal con este profesional; se entiende que dicho profesional tiene la exclusividad para ese contrato y la entidad estatal debe garantizar que este profesional no labore en otros proyectos estatales?. Y por lo tanto no puede celebrar otros contratos de prestación de servicios y/o contratos laborales con dedicaciones adicionales al 100 %.

Se reitera la necesidad de que el concepto emitido por la agencia sea debidamente motivado para lograr establecer si se presentaría un posible detrimento al erario por

permitirse a profesionales laborar en varios contratos con empresas privadas que los contratan para adelantar contratos de obra pública y/o contratos de consultoría y/o contratos de prestación de servicios con entidades estatales, conllevando así un posible detrimento del erario por tener a través de empresas privadas personas que prestan sus servicios profesionales con dedicaciones mayores al 100 % de manera simultánea para entidades estatales.

3. Un Profesional que ostenta los cargos de especialista y/o director y/o coordinador de proyectos y/o asesor puede participar en varios contratos con el Estado simultáneamente excediendo el 100% de dedicación sin que esto genere un posible detrimento del erario? Por ejemplo se establece la siguiente hipótesis para que la agencia se pronuncie mediante concepto debidamente motivado para aclarar si en este caso se presentaría o no un posible detrimento del erario, a saber:

Una misma persona en el mismo lapso de tiempo se presenta desarrollando de manera simultánea los siguientes cargos mediante contratos de prestación de servicios y/o laborales en los proyectos adelantados por entidades estatales y/o mixtas:

- Especialista dentro de un contrato de obra de una firma privada con el Estado comprometiéndose mediante carta de intención y con base en la propuesta económica y el pliego de condiciones que la dedicación de este profesional sería del 50%.
- Adicionalmente realiza actividades como Especialista dentro de un contrato de estudios y diseños de una empresa privada con una entidad estatal y comprometido con una carta de intención y un pliego de condiciones a tener una dedicación del 30%
- Conjuntamente es el Director en un contrato de interventoría con el Estado donde se comprometió mediante la suscripción de una carta compromiso y según lo pactado entre las partes a tener una dedicación mínima del 40%
- Igualmente como Especialista contratado directamente por la modalidad de prestación de servicios con una entidad pública donde se estableció que tenía que apoyar a la gestión de la entidad en medio tiempo; es decir el 50% de dedicación
- Finalmente en el mismo lapso de tiempo desarrolla el cargo de Coordinador de proyectos con determinada empresa privada con un 50% de dedicación

Para concluir finalmente en este ejemplo que un profesional en un período de tiempo determinado, hipotéticamente hablando del 6 de enero de 2013 a 6 de diciembre de 2013; es decir durante 11 meses, adelantó actividades en contratos con la empresa privada y directamente con entidades estatales un porcentaje de dedicación del 220 %, lo cual en nuestro concepto generaría un posible detrimento del erario al tener dedicaciones superiores al 100 %, acaparando una mayor cantidad de cargos dentro de los diferentes proyectos y propiciando de esta forma la posibilidad de que otros profesionales no tengan la oportunidad de prestar sus servicios al estado.

4. Si la respuesta de la entidad es que no se pueden superar las dedicaciones del 100% en prestación de servicios para las entidades estatales pactadas contractualmente, esto

configuraría un detrimento a Erario?; se requiere que el concepto emitido por la agencia sea debidamente motivado.

5. Anexar copia simple de los decretos y/o leyes y/o conceptos y/o circulares y/o resoluciones y/o actos administrativos y/o directivas presidenciales, u otros documentos donde se establece que un profesional no puede exceder el 100% de dedicación en contratos de prestación de servicios para ejecutar sus actividades para entidades estatales a través de la empresa privada para las actividades de consultoría, construcción de obra pública, concesiones y Asociaciones Publico Privadas - APPs. En caso de no existir ninguna normatividad y/o documento alguno de los solicitados en este numeral, se requiere de manera respetuosa establecer mediante concepto debidamente motivado la justificación de si se presentaría un posible detrimento del erario por parte de los profesionales que se comprometen con las empresas privadas y con entidades estatales a desarrollar sus servicios con dedicaciones superiores del 100 %. Y establecer de manera taxativa mediante concepto debidamente motivado enunciando y definiendo cuales son los casos excepcionales en que se permite que un profesional prestar sus servicios con dedicaciones superiores al 100 %.

Lo anterior dado que la fundación posso tiene dentro de sus objetivos velar por la transparencia y la igualdad en los procesos de selección y en la etapa contractual. Y con los conceptos y documento solicitados se podría desarrollar una información a las entidades estatales que no controlan las dedicaciones del personal que labora directa e indirectamente en contratos y/o proyectos estatales.

NOTIFICACIONES

Recibiré respuesta a la petición expuesta en el presente documento en la siguiente dirección: Transversal 60 No. 115 –58, Centro ILARCO, Torre B, Oficina 613.

Agradezco comedidamente su atención y en espera de una respuesta a la menor brevedad posible, quedo de ustedes.

Cordialmente,


HUGO ALFREDO POSSO MONCADA
C.C. No. 88.197.628 de Cúcuta

c.c. Consecutivo



Bogotá, 1 de agosto de 2014

Señor:
Hugo Alfredo Posso Moncada
Fundación Posso
Transversal 60 No. 115-58
Torre B, Oficina 613
Centro Harco
Ciudad

Visencia: 2014 - Consecutivo: R-1462
Sede: GRUPO POSSO
Fecha de Radicación: 06/08/2014-10:34 AM
Resumen: FUNDACION POSSO-COLOMBIA COMPRA EFICIENTE
Remite: COLOMBIA COMPRA EFICIENTE
Persona que Firma: LINA JIMENEZ RIOS
Radicador: DIANA ALEXANDRA BELTRAN

ESTE RECIBIDO NO SIGNIFICA ACEPTACION

Asunto: Respuesta Derecho de Petición FP-034-2014

Estimado señor Posso:

Colombia Compra Eficiente, en cumplimiento del numeral 5° del artículo 3° del Decreto 4170 de 2011 da respuesta a su consulta sobre la dedicación exclusiva.

Pactar o no un porcentaje de dedicación en un contrato de prestación de servicios es decisión de la Entidad Estatal y del profesional, teniendo en cuenta la autonomía de la voluntad de las partes¹. Sin embargo, es importante señalar que la Corte Constitucional ha establecido que los contratos de prestación de servicios profesionales celebrados por las Entidades Estatales no pueden tener una dedicación exclusiva o de tiempo completo (100%)², a menos que exista una excepción legal que lo permita.

Esta misma prohibición no puede extenderse a los contratos de prestación de servicios profesionales entre personas privadas, teniendo en cuenta que no existe una norma que prohíba o limite dicha circunstancia.

Si el contrato celebrado es un contrato laboral, el artículo 26 del Código Sustantivo del Trabajo admite la posibilidad de celebrar varios contratos de trabajo, siempre y cuando no se pacte una cláusula de exclusividad.

Ahora bien, en relación a la posibilidad que un mismo profesional comprometa su tiempo para la ejecución de varios proyectos frente a Entidades Estatales, es importante señalar que la relación contractual es entre el Contratista y el profesional, y por lo tanto, es una relación de derecho privado, y aplicarían las hipótesis antes descritas sobre los contratos de prestación de servicios o contratos laborales.

Adicionalmente, el Consejo de Estado ha establecido que rechazar una oferta porque un Proponente ofrece el mismo equipo de trabajo para varios Procesos de Contratación es un limitación que no tiene sustento legal, y por lo tanto, atentan contra lo establecido en el artículo 5

¹ Ley 80 de 1993, Artículo 13. Ver también: Código Civil, Artículo

² Corte Constitucional. Sentencia C-094 de 2003. M.P.: Jaime Córdoba Triviño. Fundamento No. 5.c. Ver también: Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo. Sección segunda. Subsección "b". Consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve. Bogotá, D.d., dieciséis (16) de noviembre de dos mil once (2011). (0973-11).





de la ley 1150 de 2007, al ser una casual de rechazo que no sirve para comparar las ofertas de los proponentes³.

Finalmente, le indicamos que la estrategia de Colombia Compra Eficiente está encaminada a obtener mayor valor por el dinero público en el sistema de compra y contratación pública de Colombia, en el entendido que la compra y la contratación es un asunto estratégico para el Estado Colombiano

Colombia Compra Eficiente aliende esta consulta en cumplimiento del numeral 5° del artículo 3° del Decreto 4170 de 2011, en los términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, por lo cual la presente comunicación no compromete la responsabilidad de ésta entidad ni es de obligatorio cumplimiento. Estaremos atentos a atender cualquier solicitud adicional sobre la materia.

Cordialmente,


Lina Jiménez Ríos
Subdirección de Gestión Contractual
Proyecto: Iván Uribe Dorado

³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. C.P.: Hernán Andrade Rincón. Bogotá D.C. veinticinco (25) de junio de 2014 (33319). Fundamento No. 3.3

