

Bogotá D.C., 13/05/2019 Hora 16:39:28s

N° Radicado: 2201913000003195

Señor
Ciudadano.
Ciudad

Radicación: Respuesta a consulta # 4201912000002090.

Temas: Pliego de Condiciones, Requisitos habilitantes, Experiencia, Proponente plural, Consorcio, Unión temporal.

Tipo de asunto consultado: Posibilidad de exigir en el Pliego de Condiciones porcentajes mínimos de participación a los miembros de un proponente. Limitación para la experiencia general y específica. Justificación por parte de las Entidades Estatales para exigir requisitos adicionales.

Estimado señor,

Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 27 de marzo de 2019 en ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 5 del artículo 3 del Decreto 4170 de 2011.

■ **PRIMER PROBLEMA PLANTEADO**

“¿es legal dentro de los pliegos de condiciones exigir un porcentaje mínimo de participación para un consorcio o unión temporal?”

■ **COLOMBIA COMPRA EFICIENTE RESPONDE:**

Colombia Compra Eficiente atiende consultas relativas a temas contractuales en lo que se refiere a la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública; por tal motivo, Colombia Compra Eficiente no es competente para resolver consultas referidas a actividades contractuales específicas de las Entidades Estatales, ni para determinar la legalidad de las decisiones que estas toman durante sus Procesos de Contratación.

Sin embargo, de forma general le informamos que Ley 80 de 1993 define los consorcios y las uniones temporales como un negocio jurídico de carácter privado con la finalidad de que dos o más personas naturales o jurídicas se asocien para la celebración, adjudicación y ejecución de un contrato estatal, por lo que la presentación de ofertas por parte de un proponente plural supone la unión de esfuerzos de sus integrantes para la adjudicación y ejecución del objeto contractual que no lograrían actuando de manera independiente.

En este orden de ideas, la ley no exige límite al porcentaje de participación para su conformación, y de hacerlo, las Entidades Estatales, estarían incurriendo en la posible violación de los derechos constitucionales de asociación y libre empresa, y de los principios de libre concurrencia, igualdad y selección objetiva.



■ **LA RESPUESTA SE SUSTENTA EN LOS SIGUIENTES ARGUMENTOS:**

1. En materia contractual, la capacidad jurídica es la facultad de una persona para celebrar contratos con una Entidad Estatal, es decir (i) obligarse a cumplir el objeto del contrato; y (ii) no estar incurso en inhabilidades o incompatibilidades que impidan la celebración del contrato.
2. El artículo 2.2.1.1.1.6.2. del Decreto 1082 de 2015 señala que la capacidad jurídica de las personas jurídicas está relacionada con: (i) la posibilidad de adelantar actividades en el marco de su objeto social; (ii) las facultades de su representante legal y la autorización del órgano social competente cuando esto es necesario de acuerdo con sus estatutos sociales (iii) la ausencia de inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones para contratar derivadas de la ley.
3. Los proponentes plurales como consorcios y uniones temporales son instrumentos de cooperación empresarial, sin personería jurídica, en donde sus miembros conservan su independencia jurídica, por tanto, el requisito habilitante de la capacidad jurídica se observa respecto de cada uno de los miembros del proponente plural.
4. La Ley 80 de 1993 permite la presentación de propuestas por parte de consorcios y uniones temporales con el fin de aunar esfuerzos para presentar conjuntamente una misma propuesta y aunque no constituyen una persona jurídica, la ley les otorgó capacidad jurídica para celebrar contratos con las Entidades Estatales.
5. Por su parte, el artículo 7° de la Ley 80 de 1993 advierte que, frente al cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y el contrato, tanto las Uniones Temporales como los Consorcios responderán solidariamente. Sin embargo, dicha normativa establece una excepción para el caso de las Uniones Temporales cuando existan sanciones por incumplimiento, caso en el cual, se impondrán dependiendo de su porcentaje de participación; en los consorcios no es relevante dicho porcentaje de participación.
6. La conformación y constitución de Consorcios y Uniones Temporales tiene como fundamentos jurídicos los artículos 38 y 333 de la Constitución Política de Colombia que regulan los derechos libre asociación, libertad de empresa y, en consecuencia, el principio de la autonomía de la voluntad privada.
7. En virtud de este principio (autonomía de la voluntad privada) tanto los consorcios como las uniones temporales, tendrán la facultad de establecer en su documento de constitución el porcentaje de participación y, las condiciones técnicas, económicas y financieras con las que contará cada uno de sus miembros.

■ **REFERENCIA NORMATIVA**

Ley 80 de 1993, artículos 6 y 7.

Decreto 1082 de 2015, artículos 2.2.1.1.1.6.1. y 2.2.1.1.1.6.2.

Colombia Compra Eficiente, Manual para determinar y verificar los requisitos habilitantes en los Procesos de Contratación.



https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_manual_requisitos_habilitantes.pdf

■ SEGUNDO PROBLEMA PLANTEADO

“(…) ¿es lega (SIC) que la entidad solicite en el numeral de consorcio y uniones temporales un porcentaje mínimo, en numeral de la experiencia general otro porcentaje mínimo y en la experiencia específica otro porcentaje mínimo? (...)”

COLOMBIA COMPRA EFICIENTE RESPONDE:

De conformidad con la competencia otorgada según el numeral 5 del artículo 3 del Decreto ley 4170 de 2011, Colombia Compra Eficiente no es competente para determinar la legalidad de las decisiones que las Entidades Estatales o los participantes del Sistema de Compra Pública tomen durante los Procesos de Contratación.

No obstante, de forma general le informamos que el Pliego de Condiciones es el reglamento del Proceso, en el cual, las Entidades Estatales, en desarrollo del principio de autonomía, podrán estructurar y establecer los requisitos objetivos que deberán cumplirse para efectos de acreditar el cumplimiento de la experiencia con los que deberán contar los proponentes plurales. En este sentido, de conformidad con los artículos 5° y 7° de la Ley 80 de 1993 tales limitaciones deben buscar garantizar la experticia del proponente plural seleccionado en la ejecución del objeto contractual, brindando mayor calidad y eficiencia en razón a su especialidad, sin que dicha condición al porcentaje de participación afecte de manera directa la participación de los proponentes.

En consecuencia, es viable que las Entidades Estatales en sus Pliegos de Condiciones limiten el porcentaje exigido para la acreditación de la experiencia siempre que dicho requisito sea proporcional y objetivo y tenga como justificación el análisis del sector realizado durante la etapa de planeación.

■ LA RESPUESTA SE SUSTENTA EN LOS SIGUIENTES ARGUMENTOS:

1. El Manual para determinar y verificar los requisitos habilitantes en los Procesos de Contratación de Colombia Compra Eficiente señala que la experiencia del oferente plural (unión temporal, consorcio y promesa de sociedad futura) corresponde a la suma de la experiencia que acredite cada uno de los integrantes del proponente plural.
2. La Entidad Estatal es autónoma en la estructuración de sus Procesos y la forma como las Uniones Temporales y los Consorcios deberán acreditar el cumplimiento de los requisitos habilitantes. No obstante, las Entidades Estatales al momento de establecer las condiciones para verificar los requisitos habilitantes de los miembros de los proponentes plurales deben privilegiar esquemas en los cuales se permita aunar esfuerzos entre sus miembros de forma proporcional a su participación.
3. En este sentido, el hecho de que uno de los miembros del proponente plural acredite por lo menos el 50% de la experiencia permite que la Entidad tenga mayor certeza sobre la proporcionalidad de esta en beneficio del interés general. Tenga en cuenta que la limitación al



porcentaje de participación para la acreditación de la experiencia como requisito habilitante busca para el caso de la experiencia general: calidad, conocimiento y proporcionalidad y, para caso de la experiencia específica idoneidad y especialidad en la ejecución del objeto contractual.

4. Frente a la limitación al porcentaje de acreditación de experiencia para los integrantes del proponente plural como requisito habilitante, el Decreto 1082 de 2015 en su artículo 2.2.1.1.1.6.1 señala el deber de las Entidades Estatales de realizar durante la etapa de planeación, el análisis necesario para conocer el sector relativo al objeto del Proceso de Contratación desde la perspectiva legal, comercial, financiera, organizacional, técnica, y de análisis de Riesgo, dejando constancia de este análisis en los Documentos del Proceso.
5. Por su parte el numeral 2º del artículo 5º de la Ley 1150 de 2017 establece: *“La oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta **los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos** contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, resulte ser la más ventajosa para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos.”*
6. El Consejo de Estado mediante sentencia 15188 del 26 de abril de 2006, frente a la aplicación del principio de concurrencia advirtió: *“Interesante resulta el planteamiento doctrinario **de excepción al principio general de concurrencia**, que deriva de la necesidad de asegurar la capacidad y la idoneidad del contratista, las calidades técnicas, económicas, financieras y profesionales del contratista en aras de garantizar el cumplimiento del objeto contractual: es legítimo que atendiendo las características propias del objeto del contrato, la entidad pública circunscriba la participación (...)”* *“(...)esta restricción será válida siempre y cuando, sea razonable y adecuada al objeto del contrato. Lo que es censurable, es que se limite la participación de los proponentes con la exigencia de calidades profesionales que resulten inocuas para el cumplimiento de las prestaciones a cargo del contratista, lo que genera la nulidad del procedimiento licitatorio.”*
7. En consecuencia, limitar el porcentaje para acreditar la experiencia del proponente plural no debe buscar restringir la participación de los proponentes sino pretende exigir un nivel técnico y profesional más alto, ya que, en razón a las condiciones del objeto contractual a ejecutar, la capacidad técnica requiere personas con suficiente experiencia, conocimiento y habilidad.

■ REFERENCIA NORMATIVA Y JURISPRUDENCIA.

Ley 1150 de 2007, artículo 5, numeral 2º.

Ley 80 de 1993, artículo 7.

Decreto 1082 de 2015, artículos 2.2.1.1.1.6.1. y 2.2.1.1.1.6.2.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, No. Radicado 15188 del 26 de abril de 2006, C.P: María Elena Giraldo Gómez.



Colombia Compra Eficiente, Manual para determinar y verificar los requisitos habilitantes en los Procesos de Contratación.

https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_manual_requisitos_habilitantes.pdf

■ TERCER PROBLEMA PLANTEADO

“(…) ¿es legal solicitar cupo de crédito sin ningún fundamento económico? (…)”

■ COLOMBIA COMPRA EFICIENTE RESPONDE:

Colombia Compra Eficiente no es competente para resolver consultas referidas actividades contractuales específicas de las Entidades Estatales, ni para determinar la legalidad de las decisiones que estas toman durante sus Procesos de Contratación.

Sin embargo, de forma general le informamos que las Entidades Estatales podrán establecer o exigir dentro de sus Pliegos de Condiciones un cupo de crédito, buscando garantizar la capacidad financiera necesaria y la liquidez suficiente para contratar, con el fin de no retrasar el curso normal de la ejecución del objeto contractual. En este sentido, se advierte que el cupo de crédito es un indicador de la capacidad de endeudamiento con la que debe contar el proponente al momento de presentar su oferta económica, frente al tamaño total del contrato a ejecutar.

Tenga en cuenta que dicha condición o requerimiento deberá estar justificada objetivamente en los estudios previos del Proceso de Contratación y del análisis del sector realizado durante la etapa de planeación, con los cuales, la Entidad Estatal podrá establecer la necesidad que pretende satisfacer y los riesgos que pretende evitar. En caso contrario, la Entidad Estatal no podrá exigir dicho requerimiento en los documentos del Proceso.

■ LA RESPUESTA SE SUSTENTA EN LOS SIGUIENTES ARGUMENTOS:

1. Frente a la exigencia de presentar condiciones adicionales a las mínimas habilitantes en los Pliegos de Condiciones, el Decreto 1082 de 2015 en su artículo 2.2.1.1.1.6.1 señala el deber de las Entidades Estatales de realizar durante la etapa de planeación el análisis necesario para conocer el sector relativo al objeto del Proceso de Contratación desde la perspectiva legal, comercial, financiera, organizacional, técnica, y de análisis de Riesgo, dejando constancia de este análisis en los Documentos del Proceso.
2. El numeral 1º del artículo 5º de la Ley 1150 de 2017 establece: *“La capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes serán objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje, con excepción de lo previsto en el numeral 4 del presente artículo. **La exigencia de tales condiciones debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato a suscribir y a su valor.** (…)”*
3. En este mismo sentido, el artículo 2.2.1.1.1.6.2. del Decreto 1082 de 2015 advierte: *“La Entidad Estatal debe establecer los requisitos habilitantes en los pliegos de condiciones o en la invitación, teniendo en*



cuenta: (a) el Riesgo del Proceso de Contratación; (b) el valor del contrato objeto del Proceso de Contratación; (c) el análisis del sector económico respectivo; y (d) el conocimiento de fondo de los posibles oferentes desde la perspectiva comercial. La Entidad Estatal no debe limitarse a la aplicación mecánica de fórmulas financieras para verificar los requisitos habilitantes.”

4. En consecuencia, las Entidades Estatales podrán establecer en sus Pliegos de Condiciones además de los requisitos habilitantes, condiciones adicionales, que para el caso del cupo de crédito, buscará en todo caso dar mayor respaldo financiero al proponente al contar con capacidad financiera para asumir un endeudamiento con una entidad legalmente aceptada en Colombia por la Superintendencia Financiera en el momento en que lo requiera, con el fin de no retrasar el curso normal de la ejecución de las obras; que en todo caso, debe estar soportada y justificada, en los análisis y estudios del sector realizados durante la etapa de planeación. De este modo, la Entidad Estatal teniendo clara la necesidad que pretende satisfacer y los riesgos financieros que pretende evitar, podrá solicitar como requisito adicional “un cupo de crédito”.

■ REFERENCIA NORMATIVA

Decreto 1082 de 2015, artículos 2.2.1.1.1.6.1. y 2.2.1.1.1.6.2.

Colombia Compra Eficiente, Manual para determinar y verificar los requisitos habilitantes en los Procesos de Contratación.

https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_manual_requisitos_habilitantes.pdf

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

Atentamente,


LUIZA FERNANDA VANEGAS VIDAL
SUBDIRECTOR DE GESTIÓN CONTRACTUAL

Proyectó: Laura Castellanos Castañeda.

Revisó: Natalia Reyes Vargas.

