

DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN

Concepto No. 22471

Bogotá D.C., viernes, 10 de junio de 2011

Asunto: Rup y Consorcios y Uniones Temporales

Señor(a)
Edward Anthony Howard Valiente
administrativo@sanandres.gov.co
San Andrés - San Andrés y Providencia

Por medio de la presente damos respuesta a su inquietud relacionada con la posibilidad de exigir a todos los integrantes del consorcio o unión temporal la inscripción en el RUP.

Para tal efecto, procedemos a dar respuesta en los siguientes términos:

Teniendo en cuenta que respecto de las consultas y peticiones las entidades públicas solamente pueden absolver inquietudes de carácter general y abstracto de su competencia, y que este Departamento no es competente para atender consultas específicas y concretas relacionadas con un caso particular, el DNP no se pronunciará al respecto.

No obstante lo anterior, haremos una breve exposición de la normatividad que rige la materia desde una perspectiva en abstracto para que adopte las decisiones que considere más conducentes conforme la situación particular y concreta que corresponda.

I. Exigibilidad de requisitos por parte de las Entidades Públicas

El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en su artículo 3 de la Ley

80 de 1993 establece como finalidades de la contratación:

"el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines"

"[Asimismo, frente a los particulares, establece que] tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones".

En este sentido, y en atención al cumplimiento de los fines del Estado y las finalidades de la contratación, las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en los estudios previos a que se refiere el artículo 3 del Decreto 2474 de 2008 deberán establecer entre otros: la descripción de la necesidad que la entidad estatal pretende satisfacer con la contratación; la descripción del objeto a contratar; los fundamentos jurídicos que soportan la modalidad de selección; y, la justificación de los factores de selección que permitan identificar la oferta más favorable.

Por su parte, respecto del contenido mínimo del pliego de condiciones, el artículo 6 del Decreto 2474 de 2008 establece que deberá contener, entre otros: "los fundamentos del proceso de selección, su modalidad, términos, procedimientos, y las demás reglas objetivas que gobiernan la presentación de las ofertas así como la evaluación y ponderación de las mismas, y la adjudicación del contrato".

Así, en los casos en que una entidad sometida al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública requiera celebrar un contrato para cumplir con las funciones a su cargo, podrá establecer objetivamente criterios para la presentación y aceptación de ofertas, así como los factores de selección en razón a las características y naturaleza del bien o servicio a contratar.

Las entidades estatales para proteger el interés público y los fines del Estado, tienen como deber el exigir unos requisitos mínimos que aseguren la escogencia objetiva del mejor contratista. Al respecto, el artículo 24 de la Ley 80 de 1993 consagró:

"5o. En los pliegos de condiciones:

"a) Se indicarán los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección.

"b) Se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten las declaratorias de desierto de la licitación.

"d) No se incluirán condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, ni exenciones de la responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que se suministren;

"e) Se definirán reglas que no induzcan a error a los proponentes y contratistas y que impidan la formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad." (Negritas fuera de texto)

La Corte Constitucional, al hacer el análisis del literal b) del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, (Sentencia C932/07, MP. Marco Gerardo Monroy Cabra) fue clara en advertir: "Como se vio en precedencia, los criterios de selección objetiva del contratista y de favorabilidad de las ofertas buscan garantizar la transparencia e imparcialidad de la función pública y la eficacia y eficiencia de los recursos públicos para el cumplimiento de los fines del Estado (Artículo 209 de la Constitución), por lo que es válido que el legislador hubiere exigido a la administración la evaluación de la propuesta más ventajosa para el Estado".

Por tal motivo, cualquier exigencia que se haga en desconocimiento de un trato igualitario y proporcional así como que desconozca la finalidad y objetivos perseguidos con el proceso contractual, constituirá una desviación de poder como lo señala el num. 8° del artículo 24 de la ley 80 de 1993

De acuerdo con lo anterior, el servidor público tiene el derecho y el deber de establecer en los pliegos de condiciones, las reglas claras, objetivas y justas, que aseguren una escogencia objetiva del contratista, se cumpla con los principios de la función pública y a su vez con los fines del Estado. Es por esto, que el artículo 5° de la Ley 1150 de 2007 al desarrollar el principio de selección objetiva de los contratistas, define los requisitos de verificación de su cumplimiento con los cuales el proponente se entiende habilitado y los diferenció de las condiciones de comparación para la selección de la oferta más favorable.

En efecto, la norma citada dispone lo siguiente:

"ARTÍCULO 5o. DE LA SELECCIÓN OBJETIVA. Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. En consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta los siguientes criterios:

"1. 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 v proporcional a la naturaleza del contrato a suscribir v a su valor. La verificación documental de las condiciones antes señaladas será efectuada por las Cámaras de Comercio de conformidad con lo establecido en el artículo 6° de la presente ley, de acuerdo con lo cual se expedirá la respectiva certificación.

"2. 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. En los contratos de obra pública, el menor plazo ofrecido no será objeto de evaluación. La entidad efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los ofrecimientos recibidos y la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello." (Negritas y subrayados fuera de texto)

Sobre el particular, debe tenerse en cuenta que "en el proceso de selección de contratistas es necesario distinguir dos aspectos principales, a saber: a) la evaluación del proponente (condiciones personales);

y b) la evaluación de la propuesta (condiciones objetivas). Cada aspecto tiene sentido, criterios y finalidades distintas y resulta inconveniente la adopción de sistemas evaluativos que interrelacionen o

incorporen ambos aspectos dentro de un mismo resultado final. [...Así,] la evaluación del proponente tiende a establecer la existencia de condiciones personales que permitan confiar razonablemente en su capacidad de cumplir con el futuro contrato. Se trata de concluir si el proponente alcanza un mínimo de

1 Num. 8. Art. 24 ley 80 de 1993: Las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley. Igualmente, les será prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el presente estatuto.

condiciones, a partir de las cuales pueda entenderse que está en condiciones de cumplir el contrato en igual forma como lo podría cumplir otro proponente de mejores condiciones". 2

Por ende, las entidades públicas en ejercicio de la facultad discrecional, pero reglada, consagrada en las normas descritas anteriormente, puede y debe establecer en los pliegos de condiciones las exigencias mínimas necesarias en materia de capacidad jurídica, financiera, de organización, y las condiciones de experiencia, las cuales serán objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso, siempre y cuando sea adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato a suscribir y a su valor, que garanticen una escogencia objetiva y una ejecución óptima del contrato, sin perjuicio de las excepciones previstas para tal efecto³relacionadas con el RUP.

En efecto, ésta verificación en encuentra a cargo de las Cámaras de Comercio mediante el Registro Único y Proponentes de acuerdo a lo establecido en el artículo 6° de la Ley 1150 de 2007. No obstante lo anterior, solamente en aquellos casos en que por las características del objeto a contratar se requiera la verificación de requisitos del proponente adicionales a los

contenidos en el RUP, la entidad podrá hacer la verificación de forma directa y de acuerdo a los principios mencionados.

De esta forma, y en atención a los fines del Estado y las finalidades propias de la Contratación, las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán establecer en los pliegos de condiciones, reglas objetivas y proporcionales al objeto contractual para la presentación de las ofertas, en cuyo caso, la respectiva verificación de requisitos será a través del RUP y de los requisitos adicionales a los establecidos en el Decreto 1464 de 2010 serán a cargo de la entidad.

II. Consorcios y uniones Temporales

Conforme lo ha sostenido la doctrina, "Se trata de contratos de colaboración económica o contratos de colaboración empresarial, esto es, contratos que tienen por finalidad constituir agrupaciones empresariales que se celebran para la efectiva realización de proyectos o megaproyectos altamente especializados -principalmente en infraestructura- y que obligan a recaudar, concentrar, administrar e invertir grandes esfuerzos de capital (técnico, financiero e intelectual). En suma, los consorcios y las uniones temporales son contratos de colaboración económica, por virtud de los cuales dos o más personas naturales

² Fonseca Prada, Eduardo. "El registro de proponentes, su importancia, su utilidad, su justificación y sus alcances. La existencia de registros especiales. La unificación de los registros públicos". En Misión de Contratación: Hacia una política para la eficiencia y la transparencia en la contratación pública. Bogotá: Departamento Nacional de Planeación, 2002. 281 — 308.

³ Artículo 6° de la Ley 1150, inciso 2°: "No se requerirá de este registro, ni de calificación ni de clasificación, en los casos de contratación directa; contratos para la prestación de servicios de salud; contratos cuyo valor no supere el diez por ciento (10%) de la menor cuantía de la respectiva entidad; enajenación de bienes del Estado; contratos que tengan por objeto la adquisición de productos de origen o destinación agropecuaria que se ofrezcan en bolsas de productos legalmente constituidas; los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de

economía mixta y los contratos de concesión de cualquier índole. En los casos anteriormente señalados, corresponderá a las entidades contratantes cumplir con la labor de verificación de las condiciones de los proponentes".

y/o jurídicas, unen sus esfuerzos encaminados a un objetivo común, sin que se llegue a constituir una persona jurídica diferente a sus integrantes."4

La Sala de Consulta y Servicio Civil, en concepto del 23 de abril de 1987, ya había señalado que:

"El Consorcio no genera una nueva sociedad mercantil, porque al no estar constituida con todos los requisitos legales, no forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados (Art. 98 del C. de Co.). Por similares razones tampoco es una sociedad irregular (Art. 500 del C. de Co.). Tampoco es una sociedad de hecho en definición legal, y por esta misma carece de personería jurídica (C. de Co., arts. 498 y 499). Ni la ley lo considera Cuenta en Participación, que además, carece de personería jurídica (Art. 509 del C. de Co.) De otra parte, el Registro del Consorcio como Establecimiento de Comercio en una Cámara de Comercio constituye un mero instrumento de publicidad que no genera por ley personería jurídica.

Con el consorcio se trata de aunar los esfuerzos, conocimientos, capacidad técnica y científica, por parte de dos o más personas con el objeto de contratar con el Estado, sin que ello ocasione el nacimiento de una nueva persona jurídica por cuanto cada uno de los integrantes conserva su independencia, su autonomía y facultad de decisión. El término de duración del consorcio, así como la forma e intensidad de colaboración de quienes lo integran dependerá del contrato o de la obra pública a ejecutar.

Los integrantes del consorcio responden solidariamente por la ejecución del contrato celebrado, lo que viene a salvaguardar la posición de la entidad contratante frente a aquél dado que uno de los extremos de la relación jurídica contractual, carece de personalidad jurídica; de igual manera la prohibición de cederse el contrato entre quienes integran el consorcio es una forma de mantener la finalidad del mismo, las causas que le dieron origen, hasta la culminación normal del propósito para el que fue constituido"

Ahora bien, sobre la regulación de la participación de los consorcios y uniones temporales en los procesos contractuales, son los Pliegos de Condiciones quienes determinarán los requisitos objetivos para su concurrencia al proceso contractual, según lo indica el artículo 3° del Decreto 679 de 1994 así:

"De los consorcios y la unión temporal. De conformidad con el numeral 5o., literal a), del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, en los pliegos de condiciones o términos de referencia podrán establecerse los requisitos objetivos que deban cumplirse para efectos de la participación de consorcios o de uniones temporales." (Negritas y subrayas fuera de texto)

III. Registro Único de Proponentes, firmeza de la inscripción y/o actualización y exigibilidad a todos los interesados en contratar con el Estado

El Registro Único de Proponentes contiene la información de quienes aspiran a celebrar contratos con las entidades estatales, de conformidad con el artículo 6° de la Ley 1150 de 2007, mediante la calificación y clasificación que cada interesado realiza al momento de su inscripción, renovación o actualización, aportando la documentación que se exige y que es objeto de verificación documental por parte de la Cámara de Comercio respectiva.

De acuerdo con la norma mencionada, en el Registro Único de Proponentes del Registro Único Empresarial de las Cámaras de Comercio, se inscribirán todas las personas naturales o jurídicas,

⁴ Cámara de Comercio de Bogotá y otras, Modelo de Cláusulas para Contratos de Unión Temporal o Consorcio, Por Jorge Enrique Ibáñez, Bogotá, 2009, Pág. 9. en <https://www.contratos.ciov.co/buc/infolnteres.html>

nacionales o extranjeras domiciliadas o con sucursal en Colombia que aspiren a celebrar contratos con las entidades Estatales. Éstas, tendrán la obligación de

calificarse y clasificarse en el RUP según los documentos que se aporten para el efecto, pues son aquellos y no otros, quienes tienen el interés directo en ser clasificados y calificados conforme su área de interés y trabajo. A su vez, las Cámaras de Comercio tienen la obligación ya no solo de certificar sino también de verificar documentalmente la información presentada por los interesados al momento de inscribirse en el registro, cuya certificación constituye plena prueba de las circunstancias que en ella se hagan constar.

En efecto, el artículo 6° de la Ley 1150 de 2007 establece como obligación para celebrar contratos con las entidades estatales de que trata el artículo 2° de la Ley 80 de 1993, estar inscritos en el RUP a todas las personas sin excepciones distintas a las establecidas en dicha normas:

"ARTÍCULO 6o. DE LA VERIFICACIÓN DE LAS CONDICIONES DE LOS PROPONENTES. Todas las personas naturales o jurídicas nacionales o extranjeras domiciliadas o con sucursal en Colombia, que aspiren a celebrar contratos con las entidades estatales, se inscribirán en el Registro único de Proponentes del Registro Único Empresarial de la Cámara de Comercio con jurisdicción en su domicilio principal. (...)"

En lo que tiene que ver con la firmeza de la inscripción y la vigencia de la misma, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 6° del Decreto 1464 de 2010, la inscripción del registro tiene una vigencia de un año contado a partir de la fecha del acto de inscripción como proponente.

La fecha del acto de inscripción como proponente, es la fecha en la cual, la Cámara de Comercio expide el acto de inscripción. Sin embargo, en virtud del numeral 6.3 del artículo 6 de la Ley 1150 de 2007 la inscripción se encontrará en firme cumplido el término de los treinta (30) días siguientes a la publicación del acto de inscripción, por lo que el certificado que se presente en los diferentes procesos contractuales para que tenga validez, deberá estar en firme para que la información que reporta dicho registro, sea plena prueba.

En desarrollo del derecho de igualdad y con el fin de garantizar la homogeneidad en el trato de los proponentes de acuerdo al sector que pertenecen (consultoría, construcción y proveedores), se tuvieron en cuenta en

la elaboración del Decreto 1464 de 2010, condiciones especiales que permitieran la verificación y acreditación del Registro Único de Proponentes de cada uno de los requisitos habilitantes contenidos en el artículo 5° de la Ley 1150 de 2007 (capacidad jurídica y condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización), de acuerdo a la realidad económica y comercial de cada sector.

Por su parte, el artículo 6° de la misma disposición reglamentaria señala los requisitos para la renovación de la inscripción así:

⁵ Art. 6° Inc. 2° Ley 1150 de 2007: "(...) No se requerirá de este registro, ni de calificación ni de clasificación, en los casos de contratación directa; contratos para la prestación de servicios de salud; contratos cuyo valor no supere el diez por ciento (10%) de la menor cuantía de la respectiva entidad; enajenación de bienes del Estado; contratos que tengan por objeto la adquisición de productos de origen o destinación agropecuaria que se ofrezcan en bolsas de productos legalmente constituidas; los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta y los contratos de concesión de cualquier índole. En los casos anteriormente señalados, corresponderá a las entidades contratantes cumplir con la labor de verificación de las condiciones de los proponentes. (...) "

"Artículo 6. Actualización de la información y renovación del registro

Cuando se presente una modificación en los datos que obren en el registro único de proponentes, respecto de aspectos diferentes de aquellos que por ley deban haberse informado al registro público mercantil o al registro de entidades sin ánimo de lucro, el interesado podrá comunicarla a la cámara de comercio respectiva mediante el diligenciamiento de los campos a modificar del formulario correspondiente, acompañado de los documentos pertinentes que acrediten las modificaciones. Las cámaras de comercio deberán verificar documentalmente tal información con el fin de que conste en los certificados que expidan.

Para efectos de renovación, actualización o modificación, se deberán aportar aquellos documentos que sean el soporte de los datos que se vayan a cambiar. En relación con los datos que no hayan perdido vigencia, la información y documentación que se haya diligenciado o aportado con anterioridad seguirá sirviendo de soporte.

La inscripción en el registro estará vigente por el término de un año, contado a partir de la fecha del acto de su inscripción como proponente, y se renovará anualmente dentro del mes anterior al vencimiento de -cada año de vigencia de la misma. Para el efecto se utilizará el formulario correspondiente, al cual deberán anexarse los mismos documentos exigidos para la inscripción, salvo aquellos que se hubiesen aportado anteriormente y que no pierdan su vigencia.

Si el interesado no solicita la renovación del registro único de proponentes dentro del término establecido, cesarán sus efectos hasta tanto vuelva a inscribirse. La cesación de efectos no tiene carácter sancionatorio y en consecuencia la existencia de periodos continuos de permanencia en el registro no podrá ser exigida como requisito para celebrar contratos. La cesación implica la no expedición de certificados, sin perjuicio de que la cámara de comercio mantenga la información histórica del proponente.

Parágrafo 1. Cuando las entidades del Estado reporten la información de contratos, multas o sanciones impuestas a los proponentes, las cámaras de comercio actualizarán la información correspondiente, sin necesidad de actuación alguna por parte del proponente.

Parágrafo 2. Cuando el proponente actualice la información del registro mercantil o del registro de entidades sin ánimo de lucro, las cámaras de comercio actualizarán la información correspondiente, sin necesidad de actuación alguna por parte del proponente. Sin embargo, para la actualización de la información financiera en el Registro Único de Proponentes podrá presentar un balance intermedio. En todo caso la información financiera reportada por el proponente deberá ser coherente con la información que reposa en el registro mercantil." (Subrayas y negritas fuera de texto)

Lo anterior, además de permitir establecer un parámetro único de comparación entre los proponentes, permite que la verificación de los requisitos habilitantes en los procesos de selección, se haga con información actualizada.

IV. Conclusión

Las entidades estatales deben establecer reglas objetivas que permitan la participación de todos los interesados que cumplan las condiciones mínimas para la ejecución del contrato y las exigidas en la Ley para el desarrollo del mismo.

La regulación de la participación de los consorcios y uniones temporales en desarrollo de los procesos contractuales debe hacerse por parte de la entidad estatal en el pliego de condiciones con el respeto al principio de selección objetiva anteriormente referido.

La exigencia de estar inscrito en el RUP es para todas las personas, naturales o jurídicas nacionales o extranjeras domiciliadas o con sucursal en Colombia, que aspiren a celebrar contratos con las entidades estatales, por lo tanto, todos los integrantes del consorcio o unión temporal DEBEN estar inscritos en el RUP salvo las excepciones legales taxativamente previstas para el efecto.

Conforme a lo establecido en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo, las respuestas dadas por esta entidad a las consultas que se elevan, no comprometen su responsabilidad ni son de obligatorio cumplimiento o ejecución; por lo tanto, es deber del interesado evaluar las opiniones jurídicas consignadas en los conceptos, sopesarlas a la luz de la normatividad y jurisprudencia, aplicables en la materia, y asumir su propia posición, conforme al grado de análisis y convencimiento adquirido.

Cualquier aclaración con gusto la atenderemos.

Atentamente,

Proyecto de Contratación Pública

Programa de Renovación de la Administración Pública

Departamento Nacional de Planeación