

MEMORANDO
20161100050973

SG

Bogotá, D.C. 25 de abril de 2016.

PARA: OSCAR GUALDRÓN GONZALEZ
Director de Fomento a la Investigación.

DE: SECRETARIA GENERAL

ASUNTO: concepto sobre invitación directa

De conformidad con la solicitud No. 201643000046223, recibida del área técnica, para que la Secretaria General emita concepto, se considera responder en los siguientes términos:

I.- ANTECEDENTES:

En los términos de la invitación se determinó que la misma estaba dirigida a alianzas, consorcios, o uniones temporales conformadas por Grupos de investigación, desarrollo tecnológico o de innovación reconocidos por Colciencias en el marco de la convocatoria 693 de 2014, adscritos a entidades legalmente constituidas y empresas del sector productivo.

Del proceso de evaluación de la invitación se determinó como elegible el plan estratégico "Optimización y Desarrollo Tecnológico en Eficiencia Energética Térmica en Procesos Industriales Optimización y Desarrollo Tecnológico en Eficiencia Energética Térmica en Procesos Industriales," presentado por la Unión Temporal Incombustión.



2- TESIS Y MARCO JURÍDICO APLICABLE:

Sobre la situación detectada:

El documento de términos de referencia de la invitación directa a presentar propuestas establecía la potestad de la forma de presentación a la invitación, así: Alianzas, consocios, o uniones temporales conformadas por Grupos de investigación, desarrollo tecnológico o de innovación reconocidos por Colciencias en el marco de la convocatoria 693 de 2014, adscritos a entidades legalmente constituidas y empresas del sector productivo.

Según lo anterior, las entidades que participaron en el proceso determinaron la forma de presentación al proceso, y según la información del proceso la entidad seleccionada fue la unión temporal constituida por La Universidad de Antioquia, Universidad Nacional de Medellín, Universidad del Valle y el Instituto Tecnológico Metropolitano ITM, bajo la figura de Unión Temporal, quienes fueron evaluados bajo los siguientes criterios:

Criterio	Puntaje Máximo
Calidad del Programa	65
Equipo de investigación	10
Calidad y fortaleza de la alianza	15
Presupuesto	10
TOTAL	100

(Negrilla fuera de texto)

Revisados los criterios, se puede observar el denominado como calidad y fortaleza de la alianza, ostenta un valor de 15 puntos, lo anterior evidencia

la importancia de la forma de presentación al proceso revestía de especial interés en su evaluación de la invitación directa adelantada por el área técnica.

Sin embargo dentro de los documentos que se aluden en el memorando, se procedió a revisar el contrato de unión temporal denominado U.T investigación e innovación en combustión avanzada de uso industrial celebrado entre la Universidad de Antioquia, Universidad Nacional, Universidad del Valle, y el Instituto Tecnológico Metropolitano, del cual se puede extraer lo siguiente:

*"El objeto de la unión temporal es claro al determinar que la unión temporal se desarrolla para la ejecución y celebración del contrato de recuperación contingente en el **marco de la convocatoria 543 de 2011.**"Negrilla fuera de texto*

Con este documento se permitió la participación de la unión temporal Incumbustion en la convocatoria 543 de 2011 y posteriormente al quedar en el banco de financiables, permitió la suscripción del contrato 852 de 2012, entre el fiduciaria Bogotá, como vocera del patrimonio autónomo Fondo Francisco José de caldas y la mencioanda unión temporal.

Marco legal y jurisprudencial:

1.- Del concepto de Unión Temporal:

Dispone el artículo 7° de la Ley 80 de 1993 *"por la cual se expide el Estatuto de Contratación de la Administración Pública"*, que se entiende por Unión Temporal, la figura asociativa – o mejor, de esfuerzos – que resulta de la unión de dos o más personas para efectos de presentar en forma conjunta 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, sin perjuicio de la responsabilidad individual que le cabe a cada uno de sus miembros frente al incumplimiento de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato, en cuyo caso las sanciones se impondrán de acuerdo con la participación en la ejecución de cada uno de tales miembros.

Lo anterior en contraposición a la figura de los Consorcios, en la que la responsabilidad solidaria sí opera a plenitud respecto de todos y cada uno de sus miembros.

Se trata, como puede verse, de figuras asociativas, o mejor, de colaboración, que afectan de manera directa uno de los elementos esenciales de los contratos en general y de los contratos estatales en particular, cual es el relativo a la **capacidad jurídica de las personas (naturales y jurídicas)** con miras a la celebración de un determinado negocio jurídico.

Sobre este tema específico de los consorcios y de las uniones temporales, ha dicho la jurisprudencia constitucional lo siguiente:

“...2. La Ley 80 y la contratación con los consorcios y las uniones temporales:

(...)

Se ha discutido en la doctrina sobre la identidad jurídica de las uniones temporales y los consorcios, y a éstos últimos se los suele asimilar a la figura del “joint venture” del derecho americano o al “peternish” de los ingleses, y no pocos al de una sociedad de hecho por las informalidades que rodean su organización jurídica.

En nuestro régimen legal, la capacidad es la aptitud que se tiene para ser sujeto de relaciones jurídicas, es decir, para realizar sin el ministerio de otra persona, actos con efectos válidos en la esfera del derecho, y si bien esa habilitación se vincula con la noción de persona, hasta el punto que toda persona, en principio, es capaz, salvo lo que en contrario disponga la ley, no es requisito ser persona para disponer de capacidad jurídica.

(...)

De los contenidos de la Ley 80 resultan confirmadas las aseveraciones precedentes. El artículo 6° autoriza para contratar con las entidades estatales a “...las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes.” De igual modo señala que, “también podrán celebrar contratos con las entidades estatales, los consorcios y uniones temporales.”

En estos eventos, el Estatuto no se refiere a una persona y sin embargo permite que los consorcios y las uniones temporales puedan contratar con el Estado, lo cual, en resumen significa que la ley les reconoce su capacidad jurídica a pesar de que no les exige como condición de su ejercicio, la de ser personas morales.

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 la exposición de motivos correspondiente al proyecto de ley sobre contratación administrativa que presentó el Gobierno a las Cámaras Legislativas, convertido luego en la Ley 80 de 1993, se expresó sobre el particular:

“Sin duda, el fenómeno de la especialidad cada día va adquiriendo mayor preponderancia en el mundo de los negocios y del comercio. La mayor

eficiencia y la menor ineficacia, como condiciones de la implantación dentro del comercio de la llamada "ventaja comparativa" ha provocado la aludida especialidad. En razón a ello, cada vez se hace más necesaria la unión de dos o más personas con el fin de hacer factible la prestación de un servicio, la ejecución de una obra, etc., brindando cada uno mayor calidad y eficiencia en razón de su especialidad, y evitando así los mayores costos y efectos negativos que puedan derivarse de la realización aislada y particular de actividades respecto de las cuales no se es el más apto."

El artículo 7° de la mencionada ley se refiere al consorcio, pero en lugar de definir su contenido esencial, ofrece una relación descriptiva de la figura, señalando los elementos instrumentales y vinculantes que lo conforman; es así como la norma determina que el consorcio surge "...cuando dos o más personas 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".

Se tiene de lo anterior que según la ley, 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

Lo que se ha expresado para el consorcio puede aplicarse del mismo modo para la "unión temporal", si se tiene en cuenta que el texto del numeral segundo del mismo artículo 7°. Sin embargo, la norma en cita introdujo a la figura una variante que justifica la diferencia con el consorcio y explica su razón de ser.

La exposición de motivos al proyecto de ley, explica dicha diferencia de la siguiente manera:

*"En cuanto a la unión temporal, definida igualmente en el artículo 7°, puede decirse que se trata de una figura que reúne todas las características genéricas del consorcio, siendo su diferencia específica la posibilidad de que quienes la integran determinen cuál ha de ser el alcance y contenido de la participación de cada uno en la ejecución del objeto contratado, de tal manera que, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria por el cumplimiento de la propuesta y del contrato, los efectos de los actos sancionatorios recaigan exclusivamente sobre la persona que incurrió en la falta o en el incumplimiento de que se trate. De esta forma, se busca facilitar la participación conjunta de oferentes nacionales y extranjeros o de personas con capacidades económicas diferentes"...*¹ (subrayas no originales)

La ley 80 de 1993 en su artículo 7, establece:

"Artículo 7°.- De los Consorcios y Uniones Temporales. Para los efectos de esta Ley se entiende por:

- 1. Consorcio: cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de*

¹ COLOMBIA, Corte Constitucional, Sentencia No. C-414 de 1994, M.P. Dr. ANTONIO BARRERA CARBONELL.

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.

Es pertinente mencionar que el artículo 6 de la ley 80 de 1993, estableció que se podrán celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes, igualmente podrán celebrar contratos con las entidades estatales, los consorcios y uniones temporales.

Los consorcios y uniones temporales corresponden a una ficción jurídica que habilita la participación en un proceso de contratación estatal determinado pero que no constituye persona jurídica propia e independiente, lo anterior de acuerdo a la jurisprudencia del Consejo de Estado, que en Sentencia del 13 de Mayo de 2004, Consejero Ponente, Dr. Ricardo Hoyos Duque, pronunció:

*“Las uniones temporales, figuras admitidas en el artículo séptimo de la ley 80 de 1993 para efectos de contratación estatal, **no crean una persona jurídica nueva e independiente de los miembros que conforman dichas asociaciones.** Al no poseer tal naturaleza jurídica, no tiene capacidad para comparecer en proceso ante autoridades judiciales, conforme a lo prescrito en el artículo 44 del Código de Procedimiento Civil.” Negrilla fuera de texto.*

Así las cosas se deberán entender que las uniones temporales se constituyen y habilitan para la participación de procesos determinados y al no contar con personería jurídica, no se puede presumir capacidad

jurídica para la suscripción de contratos en distintos procesos, su capacidad jurídica es en virtud del proceso para el cual fueron creadas.

3.- CONCLUSIONES

- a- La invitación directa abrió la posibilidad para que las entidades se presentaran en la forma que a bien quisieran presentarse, ya sea alianza, unión temporal o consorcio.
- b- La entidad que se presentó al proceso de invitación directa lo realizó mediante la modalidad de unión temporal denominada "Incombustión", integrada por la Universidad de Antioquia, Universidad Nacional de Medellín, Universidad del Valle y el Instituto Tecnológico Metropolitano ITM
- c- El contrato aportado para revisión de conformación unión temporal denominado U.T investigación e innovación en combustión avanzado de uso industrial – UT Incombustión, tiene por objeto la presentación a la convocatoria 543-2011.
- d- Que el proceso de invitación directa denominado "FORMULACIÓN Y EJECUCIÓN DE PROGRAMAS DE I+D+i EN EFICIENCIA TÉRMICA EN EL SECTOR PRODUCTIVO COLOMBIANO – 2015", es un proceso distinto al efectuado en la convocatoria 543-2011.
- e- Que el documento de unión temporal no cumple con los requisitos legales para la suscripción del contrato, independientemente de la tipología de contrato a emplearse, toda vez que el objeto de la unión temporal desborda su capacidad para la suscripción de la mencionada contratación.

4.- CONCEPTO:

Atendiendo a toda la argumentación legal reseñada en precedencia, la respuesta al área técnica es que con la documentación puesta a consideración no se puede suscribir contrato con la unión temporal

denominada investigación e innovación en combustión avanzado de uso industrial – UT Incombustión porque el objeto de la unión es la presentación a la convocatoria 543-2011, siendo éste un proceso de invitación directa que no tiene relación con la mencionada convocatoria.

En estos términos se espera haber resuelto de conformidad con el artículo 28 del Código de procedimiento administrativo y de lo contenciosos, razón por lo cual su alcance no es de obligatoria cumplimiento.

Cordialmente,


LILIANA MARIA ZAPATA BUSTAMANTE
Secretaria General

Revisó: Paula Chiquillo
Proyectó: Edwin Trujillo Bonilla *et*