



Función Pública

Concepto Sala de Consulta C.E. 1172 de 1999 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

RACS11721999

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejero Ponente

Dr. César Hoyos Salazar

Marzo tres (3) de mil novecientos noventa y nueve (1999)

Radicación 1172-99

1. CONSIDERACIONES

El consultante no expone un caso concreto, particular, ni remitió con la consulta documento alguno del cual pueda inferirse el caso específico que la motivó. Por tanto, la Sala estima que la consulta es de carácter general, abstracto y, en consecuencia, las apreciaciones y el concepto que se emiten tienen ese mismo carácter. Las hipótesis que en algunos apartes de este concepto se plantean, tienen alcance apenas ilustrativo. 1.1 Propuesta de contrato estatal a favor de una sociedad que los proponentes prometen constituir, sujeta a la condición de que el contrato se les adjudique.

El artículo 6o. de la ley 80 de 1993 estatuye: "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 las uniones temporales". Los incisos 4o. y 5o. del párrafo 2o. del artículo 32 de la misma ley disponen que los proponentes podrán presentar diversas posibilidades de asociación con otra u otras personas naturales o jurídicas, caso en el cual precizarán si pretenden organizarse como consorcio, unión temporal, sociedad o bajo cualquier otra modalidad de asociación que consideren conveniente. Y, en caso de que se proponga constituir sociedades, el documento de intención consistirá en una promesa de contrato de sociedad cuyo perfeccionamiento se sujetará a la condición de que el contrato se les adjudique. La posibilidad de que los proponentes hagan su propuesta con indicación de la intención de constituir una sociedad, suscita una primera cuestión: ¿la adjudicación de la licitación o concurso se hace a favor de los proponentes, o de la sociedad que éstos prometen constituir? Afirmar que es a favor de la sociedad merece el reparo de la incapacidad de ésta por no estar todavía legalmente constituida. Concluir que la adjudicación es a favor de los proponentes, remueve el obstáculo de la capacidad, antes mencionado, y además se ajusta a lo dispuesto en los artículos 7o., párrafo 3o., y 32 párrafo 2o. de dicha ley, esto es, que "una vez expedida la resolución de adjudicación y constituida en legal forma la sociedad de que se trate, el contrato de concesión se celebrará con su representante legal".

Por tanto, una propuesta así formulada genera, de una parte, obligaciones entre los proponentes y la entidad estatal licitante, y de otra, la promesa de sociedad origina obligaciones recíprocas entre los proponentes del contrato de concesión adjudicado. El cumplimiento de la propuesta se sujeta a la efectiva constitución de la sociedad, en debida forma, para que el representante legal de ésta a su vez suscriba el contrato adjudicado. Una segunda cuestión es: ¿ la propuesta formulada a la entidad estatal, bajo la promesa de constituir una sociedad entre los proponentes, obliga a éstos frente a la entidad estatal en los términos del artículo 119 del Código de Comercio, o los obliga en los términos establecidos por el párrafo 3o. del artículo 7o. de la ley 80 de 1993 ?

El párrafo mencionado dispone : "En los casos en que se conformen sociedades bajo cualquiera de las modalidades previstas en la ley con el único objeto de presentar una propuesta, celebrar y ejecutar un contrato estatal, la responsabilidad y sus efectos se regirán por las disposiciones previstas en esta ley para los consorcios". El consorcio, conforme al numeral 1 del artículo 7o. de la misma ley, se da "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". (Negrilla no es del texto original). En consecuencia, la propuesta presentada en forma conjunta obliga a los proponentes a responder solidariamente de todas y cada una de las obligaciones derivadas de aquella, y las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta afectarán a todos los proponentes. La obligación que adquieren los proponentes puede entonces enmarcarse dentro de las llamadas por la doctrina "obligaciones de actividad conjunta". Esta especie de obligaciones, según el profesor Fernando Hinestrosa Forero, se da "cuando son varios los deudores de un resultado que solamente se logrará con la participación de todos. Cada uno de los deudores debe su aporte, pero ninguno por separado realizará la satisfacción del acreedor. Para el pago se requiere que todos participen, que todos los deudores obren y

actúen de consuno".¹ El mismo autor agrega, en cuanto a los efectos del cumplimiento o incumplimiento de dicha clase de obligaciones: "En ese evento, si todos realizan su actividad, la prestación se cumplió y la deuda se extingue por pago. Si todos están listos a realizar los actos que les conciernen, pero por caso de fuerza mayor o fortuito se imposibilita la ejecución, la imposibilidad sobreviniente se asimila al pago y equivale a él en sus efectos liberatorios (1729). Cuando, dentro de los varios deudores uno o algunos están dispuestos a cumplir, en tanto que otro u otros rehuyen el pago, y por culpa de estos la prestación no se realiza, todos los deudores responden ante el acreedor por la cuota que les corresponda en el precio de la prestación, pero sólo el deudor incumplido o los varios por cuya intervención se dejó de realizar el hecho será o serán los responsables por la indemnización de todos los daños y perjuicios que reciba el acreedor con la impuntualidad o con el incumplimiento definitivo (C.C. 1591). El deudor que estando dispuesto a cumplir no logró hacerlo por la falta de colaboración de sus compañeros tiene acción contra éstos para el reembolso de la cuota del valor de la prestación que haya tenido que solucionar al acreedor (1578, 1590 C.C.) ". Naturalmente, las consecuencias patrimoniales indicadas en el párrafo antes citado están previstas en el artículo 1578 del C.C. para el evento en que la cosa debida perece por culpa o durante la mora de uno de los deudores solidarios; en el artículo 1590 respecto de la divisibilidad de la acción de perjuicios que resulta de haberse cumplido o de haberse retardado la obligación indivisible, y en el artículo 1591 respecto de la responsabilidad de un codeudor que rehúsa o retarda cumplir un hecho que deba ejecutarse en común. En cambio, en materia de contratación estatal los efectos de los hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta, vale decir el incumplimiento de la obligación, afectará a todos los miembros que presentaron la propuesta en forma conjunta (Art. 7o. ley 80), quienes responderán patrimonialmente en forma solidaria.

1.2 El evento del licitante o concursante que no suscribe el contrato estatal adjudicado. La ley 80 de 1993 dispone que en los pliegos de condiciones o en los términos de referencia, expedidos dentro de un proceso de licitación pública o de concurso de méritos, según sea el caso, se deben establecer tanto el plazo para realizar la adjudicación como el de la firma del contrato, de conformidad con lo ordenado por el numeral 9o. del artículo 30. Prescribe el numeral 11 del artículo citado que el acto de adjudicación se efectúa mediante resolución motivada y tiene el carácter de irrevocable, lo cual es excepcional dentro de los actos administrativos. Ese acto obliga a la entidad y al adjudicatario, y si éste "no suscribe el contrato correspondiente dentro del término que se haya señalado", añade el numeral 12 de la misma norma, la entidad estatal tendrá derecho a solicitar, en calidad de sanción, el valor del depósito o la indemnización de la póliza de seguro de cumplimiento que garantiza la seriedad de la propuesta, sin perjuicio de hacer efectivo, mediante el ejercicio de la acción legal pertinente, el valor del perjuicio que sobrepase el monto cubierto por el depósito o la póliza. Además, la ley prevé, en el artículo 31, la divulgación de la sanción, en dos ocasiones, en un periódico local de amplia circulación, luego de que el acto administrativo sancionador se encuentre en firme, así como también la publicación de la misma en el Diario Oficial y su comunicación a la Procuraduría General de la Nación y a la cámara de comercio en la cual se halle registrado el contratista. Ahora bien, como interesa que la gestión pública continúe y que la entidad cumpla con sus fines, la ley le confiere a ésta la facultad de adjudicar, mediante la expedición de un acto motivado, el contrato al proponente calificado en segundo lugar, si su propuesta le es favorable (último inciso num. 12 Art. 30). Adicionalmente, la ley 80 de 1993 estableció un régimen severo de inhabilidades e incompatibilidades, con la finalidad de garantizar rectitud, igualdad y claridad en los contratos estatales y en su tramitación previa. Una de dichas inhabilidades es la del adjudicatario que no suscribe el contrato, la cual se encuentra establecida en el literal e) del numeral 1o. del artículo 8o. de la ley, que preceptúa lo siguiente: "De las inhabilidades e incompatibilidades para contratar.- 1o. Son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales: (...) e) Quienes sin justa causa se abstengan de suscribir el contrato estatal adjudicado". Como se advierte, esta norma se refiere a una inhabilidad, no a una incompatibilidad, lo cual significa que constituye un impedimento hacia el futuro, una imposibilidad legal, para que la persona natural o jurídica se presente a una licitación pública o contrate con una entidad estatal. La inhabilidad se extiende por un término de cinco años, contado desde la fecha de expiración del plazo para la firma del contrato, de conformidad con el último inciso del aludido numeral. Pero es conveniente notar que la inhabilidad surge si la persona no se ha presentado a firmar el contrato o se ha negado a hacerlo "sin justa causa", ya que es evidente que si tiene un motivo válido que justifique su abstención, mal podría darle la ley esa consecuencia a su conducta. La inhabilidad no es una sanción, es una consecuencia del hecho del incumplimiento. Si las inhabilidades fueran sanciones, habría que concluir que la Constitución Política impone dicha sanción a los ciudadanos que se encuentren en alguna de las circunstancias que les impide ser congresistas (Art. 179), y a los servidores públicos al prohibirles celebrar, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno, con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos (art. 127), y también que la ley impone tal sanción a los mismos servidores públicos y a quienes se encuentren en una circunstancia erigida como causal de inhabilidad. Lo que la administración declara, en el caso que nos ocupa, es el hecho del incumplimiento, cuando vencido el plazo señalado en los pliegos de licitación o términos de referencia se produzca por parte de el (o los) adjudicatario (s) la abstención de suscribir el contrato adjudicado, sin justa causa. Tal hecho es el que está erigido en causal de inhabilidad.

1.3 La inhabilidad se aplica a la persona o grupo de personas que, sin justa causa, no suscribe el contrato. La norma que establece la inhabilidad comentada, se refiere a "quienes" se abstengan de suscribir el contrato adjudicado, con lo cual hace sujeto de la inhabilidad a la persona o personas que presentaron la propuesta y finalmente, sin justa causa, no firmaron el contrato objeto de la licitación pública o del concurso de méritos. Por tanto, la abstención de firmar el contrato adjudicado puede atribuirse a una persona natural, a un grupo de personas naturales, a una persona jurídica que estaba debidamente constituida antes de la adjudicación o a un grupo de personas que en forma conjunta presentaron la propuesta acompañada de una promesa de constituir entre ellas una sociedad, para a través de ésta celebrar y ejecutar el contrato en caso de serles adjudicado. En el caso en examen, fue un grupo de personas el que presentó en forma conjunta la oferta con el compromiso de organizar una sociedad que suscribiera el contrato, sociedad que debía estar conformada por los mismos integrantes del grupo de la propuesta, de acuerdo con la exigencias del pliego de condiciones, y en consecuencia, al no constituirse la sociedad, se cuestiona si las personas componentes del grupo quedan incursas en la inhabilidad. Aducir que sería "la sociedad" no constituida la que estaría cubierta por la inhabilidad, en razón de que la norma se refiere a "quienes" no suscriban el contrato adjudicado, y fue la prometida sociedad la que no lo suscribió, significaría la aplicación de una inhabilidad a una persona jurídica inexistente y se burlaría el sentido de la norma. Afirmar que la inhabilidad

adjudicado, se ajusta más a lo dispuesto en la ley 80 de 1993 (artículo 7o., numeral 1 en armonía con el párrafo 3o.). Ahora bien, la norma de la inhabilidad señala expresamente que se aplica a quienes "sin justa causa" se abstengan de firmar el contrato adjudicado, de manera que, a contrario sensu, si uno de los integrantes del grupo proponente demuestra una causa justa para la abstención no se presenta la inhabilidad respecto de él.

1.4 Los efectos de la no celebración del contrato de sociedad prometido. El hecho de no haber celebrado el contrato de sociedad prometido produce varios efectos jurídicos, frente a los prometientes socios y la entidad pública. De una parte, significa que la persona que decidió abstenerse de firmar ese contrato, ha incumplido la promesa de contrato, que es un verdadero contrato, conforme a los artículos 89 de la ley 153 de 1887 y 119 y 861 del Código de Comercio, y por tanto, está en el deber de indemnizar a los demás prometientes socios, los perjuicios consistentes en el daño emergente y el lucro cesante, que les ha ocasionado con su conducta omisiva, de acuerdo con lo establecido por los artículos 1613 y 1614 del Código Civil. De otra parte, en cuanto respecta a la entidad estatal, la no celebración del contrato de sociedad prometido implica la no suscripción del contrato estatal adjudicado, lo cual trae, con base en los artículos 30 (num. 12) y 31 de la ley 80 de 1993, la obligación de indemnizar de los perjuicios acarreados a la entidad, la publicación de la sanción de hacer efectiva la garantía, la inhabilidad de cinco años para el proponente o proponentes que no demuestren justa causa de su omisión y la posibilidad de adjudicar el contrato al oferente calificado en segundo lugar. La no suscripción del contrato estatal hace surgir una responsabilidad de los proponentes frente a la entidad pública, que se traduce en la indemnización de los perjuicios sufridos por ésta, que pueden consistir, por ejemplo, en el valor de los estudios realizados para la licitación o concurso (análisis de la necesidad de los bienes a adquirir o de la factibilidad de la obra o servicio requerido por la entidad, pago de consultores o asesores, etc.), el costo de elaboración de los pliegos de condiciones o términos de referencia, la publicidad y los costos del proceso licitatorio, el mayor valor de los elementos o de la obra por la inflación o la pérdida de oportunidad en las importaciones de bienes y servicios, dado el transcurso de tiempo que necesariamente se presenta por la no firma oportuna del contrato, etc. Este resarcimiento de perjuicios se hace efectivo por la entidad estatal, en primer término, con la solicitud del valor del depósito o la reclamación de la indemnización de la póliza de seguro de cumplimiento que constituía la garantía de la seriedad de la propuesta, la cual no puede ser inferior al 10% del valor de la propuesta o del presupuesto oficial estimado, de acuerdo con el párrafo del artículo 16 del decreto 679 de 1994, y en segundo lugar, si el perjuicio sobrepasa tal garantía, con el ejercicio de la acción judicial pertinente para exigir el mayor valor. La acción puede dirigirse en este caso, contra cualquiera de los integrantes del grupo proponente, ya que el artículo 7o. de la ley 80 de 1993 determina que, en los casos en que se conformen sociedades bajo cualquiera de las modalidades previstas en la ley con el único objeto de presentar una propuesta, celebrar y ejecutar un contrato estatal, la responsabilidad y sus efectos se regirán por las disposiciones previstas en dicha ley para los consorcios. Y dicha ley prevé que en el consorcio todos los miembros que lo conforman responderán solidariamente. Adicionalmente, el artículo 119 del Código de Comercio confiere el carácter de solidarias a las obligaciones surgidas en desarrollo de una promesa de contrato de sociedad, antes de la constitución de ésta, independientemente de la clase de sociedad prometida de que se trate. En efecto, establece el referido artículo 119 lo siguiente: "La promesa de contrato de sociedades deberá hacerse por escrito, con las cláusulas que deban expresarse en el contrato, según lo previsto en el artículo 110, y con indicación del término o condición que fije la fecha en que ha de constituirse la sociedad. La condición se tendrá por fallida si tardare más de dos años en cumplirse. Los prometientes responderán solidaria e ilimitadamente de las operaciones que celebren o ejecuten en desarrollo de los negocios de la sociedad prometida, antes de su constitución, cualquiera que sea la forma legal que se pacte para ella" (negritas no son del texto original). La norma antes transcrita no contradice lo dispuesto por el artículo 7o. de la ley 80 de 1993. 1.5 La declaratoria de la inhabilidad. En relación con la declaratoria de la inhabilidad del grupo adjudicatario por la no suscripción del contrato estatal, la consulta inquiriere acerca de la competencia, el procedimiento y la valoración de la existencia o inexistencia de la justa causa. Sea lo primero reiterar que la inhabilidad es una consecuencia de la declaración del hecho del incumplimiento, pues no se trata de una sanción. Su régimen jurídico es diferente del establecido para la responsabilidad patrimonial. Ahora bien, en cuanto a la competencia, ésta corresponde al jefe o representante legal de la entidad estatal, o a su delegado que tenga entre otras facultades, la de adjudicación, la de celebración del contrato "y los demás actos inherentes a la actividad contractual", conforme a los artículos 14 del decreto 679 de 1994 y 37 del decreto 2150 de 1995.

Respecto del procedimiento, a falta de uno especial, se debe acudir al ordinario establecido para las actuaciones administrativas en el Código Contencioso Administrativo, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 77 de la ley 80 de 1993, el cual dispone: "En cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de esta ley, las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa serán aplicables en las actuaciones contractuales. A falta de éstas, regirán las disposiciones del Código de Procedimiento Civil. Los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual sólo serán susceptibles de recurso de reposición y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo. Párrafo 1o. El acto de adjudicación no tendrá recursos por la vía gubernativa. Este podrá impugnarse mediante el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, según las reglas del Código Contencioso Administrativo. Párrafo 2o. Para el ejercicio de las acciones contra los actos administrativos de la actividad contractual no es necesario demandar el contrato que los origina". Las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función pública, aplicables al caso consultado, son primordialmente las contenidas en los artículos 14, 28, 29, 30, 34, 35 del Código Contencioso Administrativo. Finalmente, en lo referente a los criterios para determinar la existencia o no de la justa causa, éstos se deben fundamentar en la apreciación de las pruebas que presenten las personas interesadas al interponer los recursos de la vía gubernativa y su análisis frente a las causales legales eximentes de responsabilidad.

2. LA SALA RESPONDE

2.1 La inhabilidad establecida por el literal e) del numeral 1o. del artículo 8o. de la ley 80 de 1993, se aplica a las personas que en forma conjunta presentaron la propuesta y resultaron adjudicatarios de la licitación pública y que no probaron justa causa para abstenerse de suscribir el contrato estatal, a través de la sociedad que se obligaron a constituir.

2.2 Por no haber suscrito el contrato de sociedad prometido, se generan efectos jurídicos entre los prometientes socios, en el sentido de que el renuente a suscribir el contrato social debe indemnizar a los otros, los perjuicios que les haya ocasionado y surgen efectos frente a la entidad pública, ya que al no haberse suscrito el contrato estatal adjudicado, las personas integrantes del grupo quedan responsables solidariamente por los perjuicios sufridos por la entidad, la cual debe hacer efectiva la garantía de seriedad de la propuesta y mediante la acción judicial respectiva, exigir la indemnización del perjuicio que exceda del monto de la garantía. La entidad debe hacer pública la sanción de la garantía y declarar si se acreditó justa causa para abstenerse de suscribir el contrato adjudicado, por todos o alguno de los miembros del grupo proponente, en orden a liberarse de la inhabilidad para participar en licitaciones y concursos y para celebrar contratos estatales por el término de cinco años contado desde la fecha de expiración del plazo para la firma del contrato adjudicado. Además, la entidad puede adjudicar el contrato al proponente calificado en segundo lugar, si su oferta le es favorable.

2.3 En cuanto a los efectos jurídicos de no suscripción del contrato de sociedad prometido, respecto de los prometientes socios que estuvieron dispuestos a constituir la sociedad en la oportunidad fijada, como se señaló en el punto anterior, éstos tienen acción contra el prometiente socio incumplido para exigirle la indemnización de los perjuicios que les ha ocasionado.

2.4 El jefe o representante legal de la entidad, o el delegado para la adjudicación, la celebración del contrato "y los demás actos inherentes a la actividad contractual", como lo dispone el artículo 14 del decreto 679 de 1994, en concordancia con el artículo 37 del decreto ley 2150 de 1995, es el competente para declarar si hubo o no justa causa para la no suscripción del contrato estatal, de conformidad con el procedimiento ordinario para las actuaciones administrativas establecido por el Código Contencioso Administrativo (artículos 14, 28, 29, 30, 34, 35) y el análisis de las pruebas aportadas y las normas legales existentes sobre la responsabilidad civil y sus causales de exoneración.

Transcribese al señor Ministro de Transporte. Igualmente, envíese copia a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República. (Pasan las firmas)

Fecha y hora de creación: 2026-03-26 10:15:33