

La capacidad jurídica de consorcios y uniones temporales en el marco de la contratación estatal*

*Andrea Álvarez Acevedo**
alvarez_acevedo@yahoo.com.

RESUMEN

La jurisprudencia colombiana ha señalado la imposibilidad para los consorcios y uniones temporales que celebran un contrato estatal de comparecer a un proceso judicial en nombre de la agrupación, por la carencia de personalidad jurídica, por lo cual se impone a cada uno de sus miembros participar de forma individual en los procesos judiciales. También ha señalado que no existe facultad legal para que el representante del contrato los represente directamente en un proceso judicial. Esto ha generado la nulidad de algunos procesos contenciosos administrativos en los cuales no han comparecido cada uno de los miembros de los consorcios y uniones temporales.

Es por lo anterior, que se pretende establecer las principales características otorgadas a los consorcios y uniones temporales, en aras de determinar cuál es su papel en la contratación estatal. Para el efecto, se ha hecho un estudio acucioso de Derecho Comparado sobre el tema en particular en aras de lograr contextualizar la noción de lo que es un consorcio y una unión temporal.

Este documento es producto de una investigación cualitativa descriptiva en razón a su intención de especificar las principales propiedades que orientan el funcionamiento de los consorcios y uniones temporales en el marco de la contratación estatal.

Palabras clave: Contrato estatal, consorcios y uniones temporales, capacidad procesal y para comparecer al proceso, Litisconsorcio.

ABSTRACT

Colombian jurisprudence has indicated the inability of consortia and joint ventures to enter into a state contract to appear at court proceedings on behalf of the group, by the lack of legal personality, so it is imposed on each of its members participate in individually in legal proceedings. He also noted that there is no legal authority for the contract representative directly represent them in legal proceedings.

Fecha de Recepción: 5 de mayo de 2012

Fecha de Aprobación: 30 de mayo de 2012

* El presente artículo de investigación científica es resultado final de la investigación desarrollada al interior del grupo de investigación en la Maestría en Derecho Contractual Público y Privado de la Universidad Santo Tomás, Bogotá D.C.

** Abogada, de la Universidad Santo Tomás de Bucaramanga. Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Santo Tomás de Bogotá. Correo: alvarez_acevedo@yahoo.com.

This has led to the annulment of certain administrative proceedings in which there have appeared each of the members of consortia and joint ventures.

It is for this, which is to establish the main features granted to consortia and joint ventures, in order to determine their role in government procurement. To this end, has made a diligent study of comparative law on the subject in order to achieve particular context the notion of what a consortium and a consortium.

This document is the result of a descriptive qualitative research due to its intention to specify the main properties that guide the operation of consortia and joint ventures under government contracts.

Keywords: Contracts public, consortia and temporary unions, Capacity to be part and to appear to the process, Litisconsorcio.

INTRODUCCIÓN

La situación que se analiza tiene origen en la jurisprudencia colombiana, tanto del Consejo de Estado como de la Corte Suprema de Justicia, que ha sostenido la imposibilidad para los consorcios y uniones temporales de comparecer a un proceso judicial en nombre de la agrupación, debido a la carencia de personalidad jurídica propia e independiente de esas organizaciones respecto de cada uno de sus miembros; supuesto que les impone a cada uno de ellos comparecer en forma individual y autónoma a los procesos judiciales, para integrar así el litisconsorcio necesario de que trata el artículo 51 del Código de Procedimiento Civil. A su vez, la jurisprudencia ha enfatizado que los representantes contractuales carecen de facultad para ejercer la representación en juicio de los consorcios o uniones temporales.

Si bien los consorcios y las uniones temporales no tienen una personalidad jurídica distinta, a sus miembros, tal y como lo señala la jurisprudencia, se considera que dichas organizaciones sí tienen capacidad como una organización independiente de los miembros que la integran para ser sujetos de derechos y obligaciones, por ende, sí pueden comparecer en juicio como una organización, dado que el régimen de procedimiento civil no limita la capacidad para ser parte en un proceso al hecho de contar con personalidad jurídica.

ORÍGENES Y REGULACIÓN DE LAS AGRUPACIONES DE EMPRESAS EN DISTINTOS PAÍSES

Este primer artículo estará orientado a establecer la naturaleza y características de los consorcios y uniones temporales, tomando como referencia distintas legislaciones del mundo y de Colombia¹, para determinar el marco normativo que rige esta

¹ Cuando se estudia una materia o tema se puede acudir al estudio en distintas legislaciones o consultar los antecedentes, a fin de tener una idea más completa del tema investigado. El estudio del derecho comparado de instituciones en sistemas jurídicos de diversos lugares y o épocas tiene por objeto determinar las notas comunes y las diferencias que entre ellos existen y derivar de tal examen conclusiones sobre la evolución de tales instituciones o sistemas y criterios para su perfeccionamiento y reforma, y si bien en este trabajo no se pretende hacer un estudio de derecho comparado, sí se hace necesario conocer cómo están regulados los consorcios y uniones temporales en otros países a fin de establecer que el marco de colaboración empresarial estas organizaciones son tenidas en cuenta como una agrupación capaz de ejercer derechos y obligaciones, como una agrupación, independientemente de los miembros que la integran. Para este efecto, se acudirá al método de las comparaciones parciales, tomando como referencia algunas legislaciones y varias fuentes del derecho, de acuerdo con la disponibilidad de información recolectada, abarcando distintas disciplinas jurídicas, pues se hará referencia al derecho comercial, derecho de sociedades, administrativo, procesal, etc.

clase de instituciones jurídicas y comprender las características que, tal y como se expone, se orientan a concluir que el marco de colaboración empresarial que las rige permite establecer que a pesar de no contar, en algunas legislaciones, como en la nuestra, con personalidad jurídica, sí pueden ser sujetas de derechos y obligaciones en su condición de agrupación, lo cual debe trascender del derecho administrativo al derecho procesal.

Generalidades de los consorcios y uniones temporales

Así, las conquistas en la libertad para elegir formas mercantiles han contribuido a la multiplicación de las relaciones económicas. (Rocco, 1966). Los consorcios y uniones temporales, agrupaciones de empresas organizadas con un fin negocial específico, tienen fundamento fáctico en la competencia económica, en la necesidad de abastecer el mercado y de generar ingresos que de manera independiente no podrían producirse. Las empresas, sin duda, buscan producir bienes y servicios de calidad que satisfagan la demanda y que generen ingresos, pero, en ocasiones, no pueden lograr esos objetivos de manera individual, entonces, se ven forzadas a limitar un poco su autonomía e independencia, para agruparse o colaborar con otras empresas y unir esfuerzos técnicos, financieros, logísticos, administrativos, de infraestructura y demás, lo cual les permite acceder a un mercado al cual no podrían llegar en forma independiente como se quisiera. Sus fines están principalmente orientados a recibir una utilidad (Echeverry, 2005).

El desarrollo de la economía y su constante transformación, impulsada en los últimos tiempos por la tendencia generalizada a la internacionalización, la apertura de fronteras y la expansión de mercados, lo mismo que distintas razones de índole particular, como la especialización en la producción, la necesidad de optimizar la gestión económica, de generar condiciones más favorables para su desempeño, de elevar los niveles de competitividad tanto a nivel local, como transnacional, entre otras, las han llevado

a entrar en procesos de vinculación o interacción con otras empresas, instrumentados a través de diferentes mecanismos jurídicos como la fusión o creación de nuevas sociedades, según concepto de la Academia Colombiana de Jurisprudencia (Barrero, 2009). Algunos de estos acuerdos de colaboración son verdaderos contratos, otros son negocios jurídicos que requieren únicamente la expresión de voluntad de las partes interesadas, (Domínguez, 1977).

Se trata entonces de un instrumento que el ordenamiento jurídico ofrece a una pluralidad de sujetos para un fin común (Stancanelli, 1972). Los contratos de colaboración empresarial, en los términos del profesor Arrubla Paucar (2004), se celebran para hacer frente a una economía cada vez más exigente y para buscar mayor eficiencia son cada vez más comunes. Las duras exigencias del acontecer económico no otorgan a las empresas la posibilidad de elegir entre vivir agrupadas o mantener su existencia aislada, de manera que, en muchos casos, si no quieren desaparecer deben cambiar sus esquemas de operación en la producción o en el mercado².

Diversos conceptos se han expuesto frente a las varias modalidades de unión, agrupación o colaboración empresarial. En un sentido general, esta figura puede abarcar cualquier acuerdo entre empresas que buscan beneficios recíprocos, formando una compleja red de interrelaciones entre diferentes empresas, instrumentada jurídicamente, a través de los contratos que ésta celebren (Cabanellas & Kelly, 1987).

Champaud (1962) define esta clase de agrupaciones como aquellas que surgen por el acuerdo de los miembros que demuestren su voluntad de unirse para un objetivo común. En 1972, Stancanelli sostuvo que las agrupaciones, en la modalidad de consorcios, son un instrumento para el desarrollo común de cierta actividad, mediante la

² A su vez, sobre este particular los autores Zaldivar, Manovil & Ragazzi, (1986), comparten el mismo concepto.

asociación de sujetos, naturaleza similar otorgada por el profesor Caballero Sierra (1985), quien refiere a actividades colectivas.

Sobre sus efectos, Martín Mateo (1985:14-55) afirma que “la reunión de empresa optimiza los resultados, al evitar la reiteración de dispositivos, instalaciones y servicios comunes utilizables por el grupo o su infrautilización o la necesidad de recurrir a estructuras de escala reducidas que interesan a todos los agrupados”. Esta misma connotación netamente económica es también referida por el profesor Agüerrondo (1980).

Siguiendo las orientaciones de Oviedo Albán (2007), el profesor Ibáñez Najar (2009), señala entre las generalidades de estas figuras: a) el consenso entre pluralidad de personas, b) independencia de los vínculos, c) obligaciones diversas, d) identidad de fines y objeto, e) por regla general, ejecución sucesiva.

Se resalta que esta clase de agrupaciones, por regla general, no constituyen una persona jurídica, lo cual tiene mucha lógica, dada la naturaleza y el fin que persiguen estas uniones. Estas figuras no son extrañas, o necesariamente atípicas, pues están reguladas en diversos ordenamientos jurídicos, y en la mayoría no tienen personalidad jurídica y están dotadas de amplias facultades para ser sujetos de derechos y obligaciones. Así, el concepto jurídico del consorcio corresponde a los lineamientos que presentaba la figura de la sociedad en el Derecho Romano, que no gozaba de personalidad jurídica, generada como una relación contractual para el logro de un fin común, sin recaer las obligaciones en la organización sino en sus socios como personas individuales (Iglesias, 1994).

Legislación extranjera

En Italia, los consorcios están previstos como unión de empresas, para realizar las actividades que ellas determinen. Su constitución se debe realizar mediante contrato escrito, so pena de nulidad, y a falta de determinación del término del contrato, éste será de 10 años. Lo que es importante resaltar, es que en esta legislación los

agrupados designan un representante que verificará el cumplimiento de los acuerdos entre las partes, asignando los poderes respectivos que las facultan para comparecer en juicio por intermedio de quien hubiere sido designado presidente o director del consorcio, aunque la representación corresponda a otra persona (Código Civil, 1942). De manera que aquí, la normativa regula de manera expresa las facultades del representante contractual sin las limitaciones asignadas por la jurisprudencia colombiana, cuestión que resulta lógica, teniendo en cuenta que estas uniones son activas y tienen un fin común de colaboración, que no puede verse limitado a la hora de defender o reclamar sus derechos en juicio.

Los konzern alemanes, consisten en la integración de sociedades jurídicamente independientes bajo una dirección unitaria y con propósitos económicos. La ley alemana distingue entre los denominados “konzern de coordinación” y “konzern de subordinación”. Los primeros se refieren a empresas jurídicamente independientes reunidas bajo una dirección única, sin que la una dependa de la otra. El segundo, hace referencia a que una de las empresas es preponderante y las demás se subordinan a ella (Chavarro, 2004).

La legislación Argentina contempla los contratos de colaboración empresarial bajo dos modalidades: las agrupaciones de colaboración y las uniones transitorias de empresas, que no son una sociedad autónoma ni son sujeto de derecho, y su constitución también requiere de la celebración de un contrato escrito por instrumento público o privado, que también es objeto de registro, aunque sin personalidad jurídica (Ley 19.550 de Sociedades Comerciales). Su agrupación se constituye bajo una formalidad, es decir, mediante la celebración de un contrato que se otorga por instrumento público o privado y que es objeto de inscripción, circunstancia formal sustancialmente distinta a como ocurre en Colombia, pues en nuestra legislación las mismas no requieren de un documento público³. En cuanto a la representación, la legisla-

³ Nótese que el derecho actual debe propender por eliminar las formalidades y los trámites innecesarios,

ción argentina señala que, el representante tendrá los poderes suficientes de todos y de cada uno de los miembros para ejercer los derechos y contraer las obligaciones que hicieren en desarrollo o ejecución de la obra, servicio o suministro, sin hacer precisión frente a las facultades de la organización ni de su representante para comparecer en juicio (Ley 19.550 de Sociedades Comerciales).

En España, (Ley 196 de 1963, complementada por la Ordenanza del 25 de enero de 1964 y el Decreto del 25 de noviembre de 1971, 1963) (Ley 18 Régimen Fiscal de Agrupaciones y Uniones Temporales de Empresas y de las Sociedades de Desarrollo Industrial Regional, 1982), reguló las agrupaciones y uniones de empresas como mecanismos de colaboración entre empresarios, durante un tiempo determinado o indeterminado, para el desarrollo o ejecución de una obra, servicio o suministro, y estableció para ellas un requisito de constitución, a través de escritura pública, el cual debe contener, entre otros aspectos, la designación del gerente de la unión y las facultades expresas dadas a éste (Ley 12, 1991). Estas uniones no tienen personalidad jurídica propia y su duración está determinada por el tiempo de la actividad que desarrollan como agrupación.

También se analizaron las legislaciones de **Brasil** (Ley 6.404 Sociedades Anónimas), **Francia** (Ordenanza 67-821, reformada y complementada por los Decretos del 2 de febrero y 9 de julio de 1968, 1967), **Comunidad Europea** (Comunidad Económica Europea No. 2.137 del Consejo de las Comunidades Europeas, 1985) que otorgan una naturaleza y características similares a las referidas (Broseta Pont, 1988). Estas legislaciones, contemplan igualmente las figuras de colaboración empresarial, como una opción para aunar esfuerzos para desarrollar una actividad específica, sin conformar una nueva persona jurídica,

para estar acordes con el mundo actual, el cual se maneja a través de medios de comunicación expeditos, en línea y sin requisitos de forma algunos. Así está previsto en nuestra legislación, actualmente con la expedición del Decreto ley 19 de 2012.

pero sí, con algunos requisitos especiales para su constitución.

En Colombia, los contratos de colaboración empresarial no tienen una regulación expresa en el derecho común. Para el caso de consorcios y uniones temporales existe una regulación expresa cuando éstos se constituyen para participar en procesos de selección de contratistas del Estado, la cual está contenida en el estatuto de contratación estatal, que será objeto de análisis más adelante. Sin embargo, puede decirse que tienen aplicación tanto en el derecho público como en el derecho privado, y que en ambos, están caracterizadas por el acuerdo de voluntades y la temporalidad de la unión. Según concepto del Consejo Técnico de la Contaduría Pública (2011), estos contratos podrían enmarcarse dentro de lo que se denomina “contrato de colaboración empresarial”, por cuanto es un acuerdo de voluntades destinado a producir derechos y obligaciones (contrato) por medio del cual sus partes buscan mutua ayuda para obtener un fin común sin estar dotados de personalidad jurídica, según concepto.

Estas referencias permiten establecer algunas generalidades de esta clase de figuras, en el sentido que se trata de una figura común, que atañe a unas necesidades empresariales y dentro de un mercado determinado, regidas en algunos casos por formalidades, pero en todo caso, reconociendo que éstas no generan una tercera persona, pero que sí son sujetos capaces de ejercer derechos y adquirir obligaciones, de manera que la falta de personalidad jurídica no puede afectar la operatividad de las mismas.

REGULACIÓN DE AGRUPACIONES EMPRESARIALES PARA EFECTOS DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL EN DISTINTOS PAÍSES

En Argentina, según Decreto 1023 de 2001 (modificado con el Decreto 666 de 2003, 2001), se otorga capacidad para contratar con el Estado a las personas físicas o jurídicas con capacidad para obligarse, que no se encuentren comprendidas en

las previsiones del artículo 28 del citado Decreto⁴ y que estén incorporadas en la base de datos diseñada para ese efecto. Si bien no hay una mención expresa a las agrupaciones empresariales, tampoco se prohíbe su integración y consecuente participación en procesos de selección.

En España, el Estatuto de Contratos del Sector Público regula todo lo concerniente a los Contratos del Sector Público y sobre la capacidad para celebrar estos contratos establece: “b). Quienes concurren individual o conjuntamente con otros a la licitación de una concesión de obras públicas podrán hacerlo con el compromiso de constituir una sociedad que será la titular de la concesión” (Ley 30, 1997).

En cuanto a las uniones de empresarios, la Ley 30 de 1997, en su artículo 48, dispone, que podrán contratar con el sector público las uniones de empresarios que se constituyan temporalmente para ese efecto, sin que sea necesaria la formaliza-

ción de las mismas, en escritura pública hasta que se haya efectuado la adjudicación del contrato a su favor Primer artículo España (Coscolluela, 2010). Lo anterior, con el fin de evitar trámites innecesarios para los interesados en un proceso de selección, en el cual finalmente no resultan favorecidos (Orozco, 2001).

La legislación española también señala que los empresarios que concurren agrupados en uniones temporales quedarán obligados solidariamente y deberán nombrar un representante o apoderado único de la unión con poderes suficientes para ejercitar los derechos y cumplir las obligaciones que del contrato se deriven, hasta la extinción del mismo sin perjuicio de la existencia de poderes mancomunados que puedan otorgar para cobros y pagos de cuantía significativa.

Claramente, la legislación española tiene previsto que los poderes del representante de la unión son amplios y suficientes para ejercitar los derechos y cumplir con las obligaciones que del contrato se deriven, hasta la extinción del mismo, lo cual supone que extinguidas las obligaciones, bien por vencimiento del plazo, ejecución total de las mismas, nulidad, rescisión, entre otros eventos, desaparecen las facultades de ese representante, sin embargo aclara su facultad para concurrir en juicio a nombre de la agrupación.

En Chile, el Estatuto de Contratos Administrativos otorga capacidad como proveedores del Estado, sujetos de derechos y obligaciones⁵, a la “Persona natural o jurídica, chilena o extranjera, o agrupación de las mismas, que puedan proporcionar bienes y/o servicios a las Entidades”. (Ley 19.886 de 2003⁶, Decreto 250 de 2004)⁹.

⁴ El artículo 28 del Decreto 1023 de 2001 establece que no podrán contratar con la Administración Nacional:

a) Las personas físicas o jurídicas que se encontraren sancionadas en virtud de las disposiciones previstas en los apartados 2. y 3. del inciso b) del artículo 29 del presente.

b) Los agentes y funcionarios del Sector Público Nacional y las empresas en las cuales aquéllos tuvieren una participación suficiente para formar la voluntad social, de conformidad con lo establecido en la Ley de Ética Pública, N° 25.188.

c) (*Inciso derogado por art. 19 de la Ley N° 25.563 B.O. 15/2/2002. Vigencia: a partir de su promulgación.*)

d) Los condenados por delitos dolosos, por un lapso igual al doble de la condena.

e) Las personas que se encontraren procesadas por delitos contra la propiedad, o contra la Administración Pública Nacional, o contra la fe pública o por delitos comprendidos en la Convención Interamericana contra la Corrupción.

f) Las personas físicas o jurídicas que no hubieran cumplido con sus obligaciones tributarias y previsionales, de acuerdo con lo que establezca la reglamentación.

g) Las personas físicas o jurídicas que no hubieran cumplido en tiempo oportuno con las exigencias establecidas por el último párrafo del artículo 8° de la Ley N° 24.156.

⁵ Algunos artículos de este Decreto fueron sustituidos por el Decreto 1763 de 2009.

⁶ Esta Ley se aplica a los contratos que celebre la Administración del Estado, a título oneroso, para el suministro de bienes muebles, y de los servicios que se requieran para el desarrollo de sus funciones, se ajustarán a las normas y principios del presente cuerpo legal y de su reglamentación.

En Panamá (Ley 56, 1995)⁷, que regula las contrataciones que realice el Estado contempla de manera expresa la capacidad de los consorcios o asociaciones accidentales, que gozan de plena capacidad jurídica, producto de ser adjudicatario de una licitación pública, concurso o solicitud de precios u otro tipo de contratación.

Igual autorización se da en **Perú** (Decreto Supremo 084, 2004), en cuyo ordenamiento, una vez la agrupación haya sido seleccionada, se formaliza mediante documento privado con firmas legalizadas ante Notario Público por cada uno de los asociados, de sus apoderados o de sus representantes legales, según corresponda, designándose en dicho documento al representante o apoderado común para todos los efectos. La figura consorcial regulada en el derecho peruano tiene semejanza con la regulación prevista en Colombia para las uniones temporales, distinguidas de los consorcios, por cuanto, a pesar de la responsabilidad solidaria aplicable a cualquiera de estas instituciones, en éstas se determina claramente la participación de cada uno de los integrantes en el proyecto, en consecuencia, las sanciones son asumidas respecto de la parte de la cual se es responsables.

De manera que estas figuras de colaboración empresarial son ampliamente reguladas en materia de contratación estatal y como se observa, éstas no tienen limitaciones en cuanto a su capacidad o representación a nivel normativo, tal y como ocurre en Colombia, pues nuestra legislación reconoce su capacidad para ser sujetos de derechos y obligaciones, cuestión que la jurisprudencia restringe para efectos de su intervención en juicio.

⁷ Este estatuto se aplica a las contrataciones que realicen el Estado, sus entidades autónomas o semiautónomas, para la ejecución de obras públicas, adquisición o arrendamiento de bienes, prestación de servicios, operación o administración de bienes, gestión de funciones administrativas.

Consortios y uniones temporales para efectos de la contratación estatal en Colombia

Después de la modificación de la Ley 80, se amplió el concepto de contrato estatal, pues englobó los contratos administrativos y los contratos celebrados con o por entidades públicas pero que se rigen por el derecho privado, previendo para ambos casos cambios frente a la intervención de distintas agrupaciones para celebrar esta clase de contratos (Pino Ricci, 1996) (Palacio, 2010)⁸.

En efecto, en Colombia, con la expedición de la Ley 80, los consorcios y uniones temporales están autorizados para celebrar contratos estatales, “cuya característica fundamental es la de que en su celebración interviene [...] una entidad estatal [...] que se compromete y obliga frente a quien satisface sus necesidades, sea este otra entidad estatal o un particular, o un conjunto de estos” (Benavides & Santofimio, 2009). La jurisprudencia ha señalado que esta clase de agrupaciones tienen su origen en el derecho privado y están fundamentadas en el principio de cooperación empresarial, orientado a aunar recursos financieros y tecnológicos, que les permite distribuirse de algún modo los riesgos frente a una actividad determinada, conservando, en todo caso, la independencia de cada uno de sus miembros (Corte Constitucional, Sentencia C-414/94).

La regulación más clara sobre los consorcios y uniones temporales está contemplada, precisamente, en las normas de contratación estatal y, con fundamento en lo establecido en el Estatuto de Contratación Estatal, la jurisprudencia nacio-

⁸ El autor hace referencia a que , “El nuevo estatuto, a pesar de su intento privatizador [...], creó un auténtico contrato administrativo; el contrato estatal, que no admite clases al interior de la administración y que borra la antitécnica especie de los contratos privados de la administración, subproducto de aquella otra tesis que dividía la actividad administrativa en actos de autoridad y acto de gestión y que estuvo en boga en el siglo pasado y hasta mediados del presente.” (Betancur Jaramillo, 1994:522 y 523).

nal ha identificado como características de esta clase de agrupaciones las siguientes: a) generan un negocio jurídico, bilateral o plurilateral; b) tiene su fundamento en la necesidad de competir; c) su existencia es limitada, desde el proceso de selección hasta la liquidación del contrato⁹ (Estatuto de Contratación Estatal, Exp. 15.321/04).

Anteriormente, las normas que regían la contratación estatal (Decreto Ley 150, 1976) establecían que cuando se considerara que de la ejecución conjunta de una obra se derivan beneficios para la entidad contratante, ésta podía disponer la posibilidad de que dos o más personas formularan una misma propuesta. De adjudicársele el contrato a dicha agrupación, sus integrantes debían responder mancomunada y solidariamente por su celebración y ejecución. El Decreto Ley 150 de 1976 y su Decreto Reglamentario 106 de 1977 regularon la forma en que tales consorcios podían intervenir en la construcción, montaje e instalación, mejoras, adición, conservación y restauración de obras públicas. Pero la autorización o capacidad de éstas agrupaciones para participar en procesos de selección de contratistas del Estado no era general, sino que correspondía a la entidad respectiva definir en cada proceso que esa intervención era procedente.

Lo anterior, parecía poco objetivo e incluso podría decirse que llegaría a ser violatorio del principio de igualdad y no discriminación, que propenden por la búsqueda de un tratamiento equitativo de los poderes adjudicadores a los operadores económicos que concurren en una licitación (Bermejo & Vernal, 2009).

En 1982 (Ley 19, 1982) el Congreso de la República dio facultades extraordinarias al Gobierno Nacional para que reformara la Ley 150 de 1976, modificando, entre otros aspectos, el régimen de capacidad, representación, incompatibilidades

⁹ La liquidación se produce con el objeto de que las partes contratantes establezcan, con fundamento en el desarrollo del contrato, las acreencias pendientes a favor o en contra de cada uno; procede a la terminación normal del contrato (Hernández Silva, 2009).

e inhabilidades para contratar con el Estado. En ejercicio de estas facultades extraordinarias, el Ejecutivo expidió un nuevo estatuto (Decreto Ley 222, 1983) que dispuso nuevamente¹⁰ que cuando se considerara que de la ejecución conjunta de un contrato se derivarían beneficios para la entidad contratante, ésta podría autorizar que dos o más personas presentaran conjuntamente la misma propuesta, generándose así el consorcio, en cuyo caso, el pliego de condiciones o en la invitación debía contener expresamente la posibilidad de proponer conjuntamente, sin que fuera posible contemplar esta opción mediante adenda a los pliegos, cuestión que actualmente no está vigente en nuestro ordenamiento.

Régimen General – Responsabilidad – Aspectos Tributarios

Como se ha indicado, con la expedición de la Ley 80 de 1993 se otorgó capacidad general para celebrar contratos con las entidades estatales, a las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes, a los consorcios y uniones temporales y a las personas jurídicas nacionales y extranjeras que acrediten una duración no inferior a la del plazo del contrato y un año más, según lo inscrito en el artículo 6 de la citada ley¹¹. La jurisprudencia del Consejo de Estado ha hecho algunas precisiones sobre el objeto de la autorización para la constitución de esta clase de agrupaciones. Así, la citada Corporación ha sostenido que la Ley 80 autorizó la participación

¹⁰ Artículos 3, 4, 5 y 6.

¹¹ Sin perjuicio de lo expuesto, debe señalarse que en Colombia existen algunas regulaciones especiales para contratos públicos, tal es el caso de los servicios públicos domiciliarios, que sólo pueden ser prestados por empresas de servicios públicos, constituidas como sociedades por acciones, y si bien la Ley 142 de 1994, por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones prevé la colaboración empresarial entre distintas empresas, ésta no puede realizarse bajo la modalidad de consorcios o uniones temporales, sino a través de sociedades legalmente constituidas y dotadas de personalidad jurídica.

de consorcios y uniones temporales procurando mayor calidad y eficiencia por razón de la especialidad de los agrupados, evitando mayores costos y el trabajo aislado respecto de actividades en las cuales el contratista unitario podría no tener la especialidad requerida. También resaltó que estas figuras aseguran a la Administración contratante, mediante la solidaridad el cumplimiento total de la propuesta y del objeto contratado. (Consejo de Estado. Exp. 15.188/06).

Sobre esta regulación, la doctrina (Escobar Gil, 1999) ha señalado que las figuras jurídicas que la Ley 80 denomina consorcios y uniones temporales corresponden a un contrato de colaboración empresarial, conocido genéricamente en el ámbito del derecho comprado como consorcio, unión temporal de empresas, joint venture, joint interprise, sydicate, etc, las cuales tienen características más o menos comunes. Sostiene el autor que éstas organizaciones constituyen una herramienta de fomento del Estado para impulsar la pequeña y mediana empresa, en atención a lo dispuesto en la Constitución Política de Colombia, en los artículos 13 y 38, sobre el deber del Estado de promover el derecho de libre asociación.

Igualmente, la participación de capitales internacionales que favorece estas modalidades de colaboración empresarial adquiere mayor importancia, pues, de conformidad con el artículo 226 de la Constitución Política, es función estatal la promoción de la internacionalización de las relaciones económicas, “sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional” (M’Causland & Ávila, 1998:76).

Sobre estas agrupaciones, la exposición de motivos de la Ley 80 (Proyecto de Ley 63, 1992) sostuvo que 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 claridad 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.

En efecto, la necesidad de crear figuras que atiendan la realidad del comercio actual fue lo que inspiró al legislador de 1993 a implantar en nuestro ordenamiento jurídico a los consorcios y uniones temporales, pues en lugar de obligar a los interesados en un contrato estatal a constituir sociedades con vocación de permanencia o incluso, en mi criterio, a desistir de participar en esta clase de procesos, se les da una oportunidad a través de estas figuras (Dávila, 2003).

La Ley 80 trajo un cambio significativo, pues autorizó de manera general a esta clase de agrupaciones para participar en procesos de selección y celebrar contratos con el Estado, regulación que las dotó de capacidad para ser sujetos de derechos y obligaciones. La autorización general que se dio para que estas agrupaciones participaran en procesos de selección de contratistas no sólo favoreció a los empresarios grandes, también lo hizo para los pequeños o a los oferentes de bienes y servicios muy especializados y más aún benefició de manera directa a las entidades públicas, puesto que con mayor participación de oferentes, se garantizan altos estándares de calidad, especialidad y responsabilidad.

Para los efectos de la citada Ley, se entiende por **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, de forma tal que las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato afectarán a todos los miembros que lo conforman. Por otra parte, 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 imponen de acuerdo con la participación en la ejecución de cada uno de los miembros de la agrupación, se

trata de una **unión temporal**. La regulación legal como una unión temporal facilita la colaboración empresarial y podría remover más fácilmente los obstáculos que se podrían generar por el incumplimiento, teniendo en cuenta que las sanciones no los afectarán a todos, en la mayoría de los casos (González, 1996).

La diferencia radica en la posibilidad que se tiene en la unión de determinar su participación, incluso en porcentaje, actividad, etc., sin perjuicio de la responsabilidad solidaria, pero en cuyo caso la sanción se aplica a la porción o actividad que da lugar a la misma y, en consecuencia, a la parte respectiva (Matallana, 2009). Para determinar las características de una u otra, los proponentes deben indicar si su participación es a título de consorcio o unión temporal y, en este último caso, señalarán los términos y extensión de la participación en la propuesta y en su ejecución, los cuales no podrán ser modificados sin el consentimiento previo de la entidad estatal contratante. Para efectos impositivos, a los consorcios y uniones temporales se les aplicará el régimen previsto en el Estatuto Tributario para las sociedades pero, en ningún caso, estarán sujetos a doble tributación.

En cuanto a la responsabilidad de los consorcios, el precitado Decreto-Ley 122 de 1983, establecía que las personas agrupadas a quienes se les adjudicara el contrato, respondían solidariamente por su celebración y ejecución de manera que no hizo distinciones sobre el régimen de solidaridad y de responsabilidad, que actualmente marcan la diferencia entre los consorcios y uniones temporales¹².

En materia tributaria¹³, se les daba a los consorcios la categoría de contribuyentes que eran asimiladas a sociedades de hecho o a sociedades limitadas.

Inicialmente, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN, 1983) asimiló el consorcio a una sociedad mercantil de hecho, para efectos de los impuestos sobre renta y complementarios. Posteriormente, se consideró que no tenían la condición de contribuyentes propiamente dicha (González, 1994). Con la expedición del Estatuto Tributario (Ley 75 de 1986), se atribuyó a los consorcios el carácter de sujetos pasivos del impuesto de renta. Las anteriores consideraciones asimilaban a los consorcios y uniones, desde el punto de vista práctica, a personas jurídicas. Sobre el particular, la Superintendencia del Sector Societario (Supersociedades, 2000), mediante concepto precisó que los consorcios y uniones temporales no son contribuyentes del impuesto sobre la renta. Los miembros del consorcio o la unión temporal deberán llevar en su contabilidad y declarar de manera independiente, los ingresos, costos y deducciones que les corresponde en los ingresos, costos y deducciones del consorcio o de la unión temporal (Decreto 2649 de 1993) y tienen la obligación de expedir factura (Decreto 624 de 1989) (Exp. 11001/98). En este sentido, la Superintendencia (2003) y el Consejo Técnico de Contaduría Pública (2002) han afirmado que los libros que llevan los consorcios y uniones temporales no se inscriben en el registro mercantil por no ser comerciantes, de manera que su contabilidad se lleva de manera separada¹⁴.

En este punto, es pertinente señalar, que el criterio que se expone en este artículo, bajo ninguna perspectiva admite que los consorcios y uniones temporales puedan ser asimilados a las sociedades de hecho, porque aquellos no se constituyen como un contrato de sociedad propiamente dicho ni se rigen para los elementos de éstos, y porque las sociedades se supeditan al acuerdo de

¹² El tema de la responsabilidad y la solidaridad será analizado en el siguiente artículo, a fin de establecer que la tesis que se aplica frente a la capacidad para comparecer en juicio, en nada vulnera el régimen previsto en la Ley 80.

¹³ Antes de la vigencia de la Ley 80 de 1993.

¹⁴ Para el caso de Registro Único de Proponentes cada uno debe contar con inscripción, pues éste tiene una vocación establece frente a las personas jurídicas que puedan integrar una organización de colaboración empresarial para todos los procesos de selección en los cuales participen durante su vigencia. (Villar Palasí, & Villar Ezcurra, 1972).

voluntades, pero aquellos, aunque no requieren para su constitución mayores formalidades, sí es necesario que presenten una oferta que indique la integración bajo la modalidad de consorcio o unión temporal y celebren el contrato estatal para desarrollar el fin específico de la unión, de manera que no basta con el simple acuerdo de voluntades. No menos importante es el hecho de que la ley sólo otorgó a los consorcios y uniones temporales la capacidad para celebrar contratos con el Estado, facultad que no fue dada a las sociedades de hecho (Cámara de Comercio de Bogotá Bogotá, 1984), (artículos 98, 110 # 5, 122 y ss, 325, 344, 354 y 373 del Código de Comercio). Igual conclusión ha sido sostenida por la jurisprudencia nacional (Sala de Consulta y Servicio Civil, 1988).

Por su parte, la representación de la agrupación, en los términos de la Ley 80 de 1993, es ejercida por quien es designado por los miembros del consorcio y de la unión temporal, para todos los efectos, representará al consorcio o unión temporal y señalarán las reglas básicas que regulen las relaciones entre ellos y su responsabilidad, lo cual supone, en mi criterio y en el de algunos autores como M'Cauley y Ávila (1998), la posibilidad de cobrar en representación de la agrupación los créditos en su favor.

Dentro de este marco normativo, la doctrina enfatiza en las características de los consorcios y uniones temporales autorizados para celebrar contratos con el Estado, precisando lo siguiente: a) se trata de contratos típicos regidos por la Ley 80 de 1993. La tipicidad se deriva de su reglamentación en un texto jurídico concreto (Ospina Fernández & Ospina Acosta, 1980)¹⁵; b) son solemnes, pues la agrupación empresarial debe indicar el nombre del representante y señalar las reglas que regulan sus relaciones recíprocas, para lo cual es imprescindible el uso de la forma escrita

por parte de los otorgantes para que la manifestación de voluntad tenga fuerza vinculante; c) son contratos de colaboración (Calvo, 1996); d) son contratos onerosos y de tracto sucesivo; e) son contratos accesorios al contrato estatal¹⁶; y f) son temporales. (Escobar Gil, 1999); f) se presentan usualmente como técnica de gestión de obras y servicios (Dromi, 1980).

Requisitos de Constitución

En cuanto a lo solemnidad, debe decirse que si bien se trata de contratos consensuales, se considera que sí se predica de ellos dos solemnidades particulares para su integración: la primera, que presenten formalmente una propuesta u oferta para celebrar un contrato estatal (Arrubla, 2004), y la segunda, que en la oferta o en un documento anexo a esta, los proponentes indiquen si su participación es a título de consorcio o unión temporal y, en este último caso, señalar los términos y extensión de la participación en la propuesta y en su ejecución, los cuales no podrán ser modificados sin el consentimiento previo de la entidad estatal contratante.

Todo lo anterior, supone una solemnidad en cuanto estos aspectos se concretan en un escrito, sin que éste deba surtir algún tipo de registro o ratificación legal alguna. Sin embargo, algunas personas deciden constituir el consorcio o unión temporal mediante escritura pública, lo cual no modifica el régimen que se les aplica ni puede constituir un requisito para actuar de manera conjunta en un proceso de selección. En la práctica es común ver que algunos consorcios y uniones temporales no sólo se constituyen a través de escritura pública sino que se integran como una persona jurídica, circunstancia que desnaturaliza totalmente la figura, al punto que en estos eventos

¹⁵ Un contrato es atípico o innominado cuando sus estipulaciones no encajan en ninguno de los actos legalmente reglamentados, criterios igualmente compartidos por (Narváez García, 1990).

¹⁶ Del mismo modo Arrubla Paucar (2004) sostiene que se trata de contratos plurilaterales, de colaboración, onerosos y de tracto sucesivo.

* Ver procesos de selección de entidades públicas en SECOP, www.contratos.gov.co.

se considera que no se le puede aplicar el régimen prevista para esta clase de agrupaciones.

Igualmente, en Colombia algunos pliegos de condiciones exigen el contrato por el cual se comprometen a constituir la unión en caso de ser seleccionados. En efecto, algunos procesos de selección hacen exigencias tales como “Indicar de manera clara y expresa que en el evento de ser adjudicatario del proceso de selección, que la duración del mismo no será inferior a la duración del contrato y tres (3) años más”, como un requisito de constitución no regulado en la ley; tal es el caso del proceso de licitación pública 001 de 2011, del Departamento Administrativo de la Función Pública (2011), Pliego de Condiciones Definitivo de la Licitación Pública 001 de 2011. También se les exige de manera más expresa el requisito de constitución, el cual no está regulado en Colombia. Así, la Procuraduría General de la Nación, exige que si se trata de un consorcio o unión temporal, debe acreditarse aportando el respectivo documento de conformación y Pliego de Condiciones Definitivo de la Licitación Pública 06 de 2010.

Sobre el particular, la jurisprudencia ha sostenido que “el consorcio se origina por la presentación de una propuesta, para la adjudicación, celebración y para la ejecución del Contrato por varias personas en forma conjunta”. (Consejo de Estado. Exp. 17.588, 2002).

Lo anterior evidencia una gran diferencia entre la constitución de las agrupaciones para efectos de celebrar contratos estatales en Colombia y las legislaciones de Italia o Brasil que les exige celebrar un contrato de acuerdo consorcial por escrito, so pena de nulidad, y aún más con la legislación española que exige para su constitución elevar el acuerdo consorcial a escritura pública cuando se les ha adjudicado el respectivo contrato, entre otras diferencias, referidas principalmente a los efectos de la responsabilidad solidaria especial dada en Colombia a las uniones temporales, circunstancia que se analizará más adelante.

En Colombia, algunos doctrinantes parecen aceptar esta tesis al señalar que la figura sólo se constituye cuando se celebra el contrato, de manera que cuando éste termina las mismas no existen. En este sentido se ha sostenido que la existencia de esta clase de agrupaciones está vinculada a la existencia de un contrato con el Estado, de manera que aquellas nacen, viven y mueren a propósito y con ocasión de un contrato estatal. (Dávila, 2003).

Incluso, la jurisprudencia también en alguna oportunidad, tesis que fue revaluada, sostuvo que éstas sólo surtían efectos cuando eran seleccionadas como adjudicatarios en un proceso de selección de contratistas, frente a lo cual ya se ha hecho la crítica respectiva, en apartes anteriores.

Sin perjuicio de lo anterior, se ha estimado recomendable, debido a la complejidad de estos acuerdos negociales de colaboración, que los integrantes elaboren un documento por escrito, por razones probatorias y de seguridad (Virijevic, 2008). Incluso, algunos manuales contemplan modelos de conformación para esta clase de organizaciones (Murillo & Consuegra, 2009).

Capacidad Jurídica de los Consorcios y Uniones Temporales

Bajo el régimen del Decreto Ley 222 de 1983 se podía concluir que no se le había otorgado al consorcio capacidad para celebrar contratos, pues la norma no sólo supeditaba su participación a una decisión unilateral de la Administración, sino que entendía que la adjudicación, celebración y ejecución correspondía a las personas que conformaban el consorcio, pero sin que como agrupación tuvieran una capacidad especial para este efecto.

En cuanto a su capacidad jurídica, se ha dicho que en razón a que los consorcios y uniones temporales carecen de personería jurídica, la capacidad para celebrar contratos y comprometerse con fuerza obligatoria no la tiene la agrupación empresarial sino los propios consorciados (Escobar Gil, 1999). Esta tesis no se comparte, porque la autorización que la Ley 80 le dio a esta clase de uniones para celebrar contratos con el Estado es expresa y no

admite objeción alguna, frente a su autorización legal para suscribir, en su condición de agrupación, contratos estatales, dotándolos de capacidad para ser sujetos de derechos y obligaciones.

Por el contrario, como se indicó, la Ley 80 es clara al darle esa capacidad jurídica a los consorcios y uniones temporales para celebrar contratos (Palacio, 2000). Sobre el particular, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que la autorización de la ley para que estas figuras puedan contratar con el Estado conlleva el reconocimiento de la capacidad jurídica, pero sin exigirles la personalidad moral para ejercer dicha capacidad (Corte Constitucional, Sentencia C-414/94).

En algunos conceptos, tal es el caso, del emitido por la Subdirección Jurídica Tributaria de la Alcaldía de Bogotá, que en concepto 1119 del 29 de noviembre de 2005, se ha incluso afirmado que en ningún momento adquieren capacidad jurídica para todos los efectos contractuales, afirmación que no tiene sustento en el ordenamiento jurídico, pues como se verá, a pesar de no otorgarle personalidad jurídica, claro está, dadas las características de las mismas, les da plenas facultades como sujetos de derechos y obligaciones¹⁷.

Régimen de Solidaridad

La Ley 80 define los consorcios como la unión de dos o más personas que, 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 desa-

rollo de la propuesta y del contrato, afectarán a todos los miembros que lo conforman. En cuanto a las uniones temporales, señala que las sanciones por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato se impondrán, según la participación en la ejecución de cada uno de los miembros de la unión temporal. De acuerdo con lo anterior, la participación conjunta de dos o más contratistas en la ejecución de un proyecto a título de unión temporal determina, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria, a la cual también se verían obligados si la agrupación se constituye como un consorcio, que las sanciones sólo se aplican al miembro de la asociación respecto de cuya parte de la ejecución se predique la falta o el incumplimiento de su compromiso (Escobar Gil, 1999). En sentido contrario, para el caso de los consorcios tanto la responsabilidad es solidaria como los efectos de la sanción, pues los miembros de los consorcios asumen ante la entidad pública el compromiso de cumplir en su integridad todas las obligaciones derivadas del vínculo contractual.

Ello no quiere decir que cuando el contratista esté constituido como una unión temporal se pueda concluir, en caso de falta, que sólo uno de los socios ha incumplido, puesto que las uniones temporales también están sujetas al régimen de responsabilidad solidaria que impera para los consorcios. Sin embargo, en el caso de las uniones temporales es posible determinar fácilmente el sujeto al que se le puede imputar el hecho, con el fin exclusivo que la entidad pública pueda imponer las sanciones consagradas en el ordenamiento jurídico. Estos argumentos fueron expuestos en la exposición de motivos de la Ley 80 de 1993 (Proyecto de Ley 63, 1992). La solidaridad es en materia mercantil la generalidad cuando se trata de asociaciones, cualquiera que sea su forma, pues este régimen se acomoda más que la divisibilidad de la pretensión, (Vicente & Gella, 1970), sin embargo, ésta última connotación se aplica para el caso de la sanción frente a las uniones temporales.

Sin embargo, pese a que la intención del legislador fue razonada y a la claridad textual de la Ley 80 frente a los efectos de responsabilidad de

¹⁷ Información conducente a la consulta del concepto 543 del 17 de febrero de 1997, emitido por la Subdirección Jurídico Tributaria de la Alcaldía de Bogotá, el cual permite ampliar la perspectiva frente a la capacidad jurídica de los Consorcios y Uniones Temporales.

una u otra modalidad, se evidencia que aquella distinción sólo puede ser entendida desde el punto meramente exegético, puesto que la integralidad de la disposición resulta confusa o evidencia un desconocimiento de los efectos de la responsabilidad solidaria, pues ésta no puede ser entendida sino bajo el hecho que la misma supone necesariamente que todos los miembros asumen el cumplimiento total del objeto contractual y, en consecuencia, en caso de incumplimiento, todos deben responder por éste y todos pueden ser objeto de sanción.

En estos términos, la doctrina sostiene (González, 1994:84) que no se ve con claridad la estipulación respecto de la responsabilidad solidaria de los miembros de la unión temporal y, al mismo tiempo, el derecho y el deber de la administración de sancionar sólo al incumplido. Por ejemplo, frente a situaciones como la declaratoria de caducidad del contrato, surge el interrogante de si ¿podría haber terminación parcial del contrato o contratación parcial con un tercero ajeno a la unión? porque bajo los supuestos de solidaridad y de responsabilidad que rigen a las uniones temporales podría declararse la caducidad sólo respecto de integrante incumplido y terminar con éste parcialmente el contrato; sin embargo, este supuesto nos dirige al presupuesto de la responsabilidad solidaria, en el sentido que los demás miembros deben asumir las obligaciones del incumplido, de manera que la distinción, carecería de efectos prácticos.

En los mismos términos, se ha sostenido que resulta contradictorio otorgar a la unión temporal capacidad jurídica para celebrar el contrato y señalar que se puede sancionar a uno solo de sus miembros en caso de incumplimiento, a través de multas y aplicación de cláusula, pues ello es totalmente adverso a los efectos del principio de solidaridad (M' Causland & Ávila, 1998).

Pero para tratar de entender la diferenciación que quiso hacer el legislador del año 1993 es necesario hacer mención al concepto de la solidaridad. La doctrina ha sostenido (Alesandri, 1981) que la

obligación solidaria es aquella en que hay varios deudores o varios acreedores, y que tiene por objeto una prestación, que a pesar de ser divisible, puede exigirse totalmente por cada uno de los acreedores o a cada uno de los deudores. De acuerdo con lo establecido en el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, los contratos que celebren las entidades se regirán por las disposiciones comerciales y civiles, salvo en aquellos asuntos expresamente regulados en esta Ley. De manera que la figura de la solidaridad puede ser analizada con fundamento en lo establecido en las normas comerciales (Código de Comercio & Decreto 410 del 27 de marzo de 1971), publicado en el Diario Oficial el 16 de junio de 1971, Por el cual se Expide el Código de Comercio, que en su artículo 825 establece: “Cuando varias personas se han obligado a una misma prestación, se presume que todas ellas se han obligado solidariamente”, lo cual indica que la solidaridad es la regla general. Un efecto contrario está previsto en las normas civiles colombianas (Ley 57 de 1887, art. 1o. Regirán en la República, noventa días después de la publicación de esta ley, con las condiciones y reformas de que ella trata, los códigos siguientes: El Civil de la Nación, sancionado el 26 de mayo de 1873), que en el artículo 1568 contempla la solidaridad como un régimen de responsabilidad que puede ser pactado entre las partes.

No obstante lo anterior, lo cierto es que en la práctica la distinción genera ciertos inconvenientes en materia de contratación estatal. En efecto, cuando se trata de incumplimiento de las obligaciones derivadas de la oferta deben responder todos los integrantes del consorcio o unión temporal, pues opera el principio de la solidaridad. Frente a las sanciones no económicas, como lo es la inhabilidad, para el consorcio, de haber incumplimiento, el miembro cumplido sólo podría liberarse de esta sanción si continuara con la obligación total del contrato. En sentido contrario, si se trata de una unión temporal, el integrante cumplido se liberaría de la sanción, asumiendo la obligación que le corresponde, pero entonces ¿cómo operaría la responsabilidad solidaria frente a la Administración y la ejecución

total del contrato, que tiene por objeto dar cumplimiento a un fin público?

La doctrina ha expuesto diversos ejemplos sencillos sobre la responsabilidad solidaria que, en la práctica, no pueden ser aplicados para los consorcios y uniones temporales de que trata la Ley 80. Así, se ha dicho, con ejemplos que si dos personas se obligan a construirle a otra un a casa, ambos serán solidariamente responsables en caso de incumplimiento. Pero, si uno de ellos se obliga con el contratante a levantar las columnas de la edificación y la otra a realizar los estudios de suelos, y la construcción se derrumba por la mala calidad de las columnas y por la mala calidad del estudio de suelos, es claro que ese daño es imputable al incumplimiento de dos obligaciones completamente distintas y que, por tanto, no se acomodan dentro de la presunción de solidaridad prevista para las uniones temporales. (Tamayo, 2009:44).

Sin embargo, debe precisar que el pago total de la obligación, vía aplicación de la responsabilidad solidaria, impide lógicamente que el acreedor, una vez satisfaga su deuda, persiga a los demás deudores. En efecto, puede ocurrir que el acreedor persiga simultáneamente a cada uno de los codeudores ante un tribunal diferente, lo cual supondría la conexidad de las demandas. Si a falta de acumulación, el acreedor obtiene sentencias distintas de condena por la totalidad contra cada uno de los codeudores, ella no podrá ejecutar sino una de esas condenas; después de la primera ejecución, los codeudores que fueran ejecutados podrían legítimamente oponer la regla non bis in ídem, pues el acreedor no puede recibir dos veces el mismo pago (Mazeaud, Tunc & Chabas, 1965). Sin embargo, para el caso de la responsabilidad, nada obsta para que los agrupados puedan prevenir los riesgos inherentes a la responsabilidad solidaria frente al cumplimiento del contrato, mediante el otorgamiento recíproco de avales y garantías.

Como se observa, las reflexiones sobre la responsabilidad y solidaridad en materia contractual

también tienen incidencia frente a los efectos de una sentencia judicial dictada en un proceso en el cual se imponga una sanción a un consorcio y unión temporal. ¿A caso lo anterior no evidencia que esta clase de organizaciones deben comparecer en juicio como una sola parte, que no es otra que el consorcio o unión temporal propiamente dicha?; en mi criterio, la respuesta no puede ser más que positiva, pues de lo contrario, en el evento que una de los miembros no quiera intervenir en sede judicial podría impedir al otro acceder a la administración de justicia y, más aún, podrían actuar por separado en dos procesos distintos, incluso en sedes jurisdiccionales distintas por el factor de competencia territorial, sin que sea viable tener control del tema litigioso. Entonces, si éstas organizaciones tienen capacidad como tal para ser sujetos de derechos y obligaciones, por qué no pueden acudir a la justicia en ejercicio de esa capacidad, que como se ha señalado no puede estar y en efecto no está en nuestro ordenamiento jurídico limitada por la carencia de personalidad jurídica?. Así las cosas, deberían participar en juicios como organización y a través del representante contractual, para que se decida de manera unificada sobre su responsabilidad y las consecuencias derivadas de la solidaridad.

En este orden de ideas, se ha hecho una exposición y análisis acerca de la naturaleza y características de los consorcios y uniones temporales, de su capacidad para ser sujetos de derechos y obligaciones, el régimen de responsabilidad y demás características de estas agrupaciones, que nos permite formular las siguientes:

CONCLUSIONES

Ya se han expuesto algunas conclusiones y cuestionamientos a lo largo de este artículo, que como se explicó, permiten conocer la regulación de dos de las figuras más importantes en materia de colaboración empresarial y concluir que en el marco de colaboración empresarial que las rige, se les otorga capacidad para ser sujetos de derechos y obligaciones en su condición de agrupación, lo

cual debe trascender del derecho administrativo al derecho procesal, pues no existe norma alguna que restrinja, en materia procesal, su capacidad como una organización.

Tal y como se pudo observar, esta clase de organizaciones son muy comunes en los distintos ordenamientos jurídicos referidos, y se constituyen con el fin primordial de buscar fortalecimiento y capacidad en el mercado, así como la ampliación de oportunidades para los agrupados. Estas figuras no son ajenas a unas regulaciones específicas, sino que están contempladas en muchos ordenamientos jurídicos, aunque también podrían ser atípicas para otros. Pero es claro que en el mundo, las mismas han sido dotadas de plenas facultades para ser sujetos de derechos y obligaciones, sin limitaciones en el campo procesal, o por lo menos así no está regulado en ninguna de las legislaciones expuestas, cuestión actualmente regulada en Colombia por parte de la jurisprudencia.

Se evidencia que Colombia, al permitir una participación general para esta clase de organizaciones en procesos de selección de contratistas del Estado, con la expedición de la Ley 80 de 1993, acogió un régimen ya regulado en otros ordenamientos, aunque en esto no actuó nuestro país necesariamente tarde sino en tiempos similares a los registrados en otros países, los cuales sí son más avanzados en el campo civil y comercial frente a la figura de los contratos de colaboración que nosotros. La normativa anterior, Decreto 222, que en materia de contratación daba facultades a las entidades públicas para analizar en qué casos esa participación era viable según los intereses del servicio público requerido permitía una discriminación que en algunos casos podría ser subjetiva y violatoria de los derechos de libertad mercantil del Estado Social de Derecho previsto en nuestra actual Constitución Política, además de no existir para los años 90 un precedente igual en otros países.

Del estudio realizado se puede concluir que las agrupaciones de empresas previstas en las

legislaciones analizadas tienen varias características comunes: i) Se conforman e integran por el acuerdo voluntario de las partes, sin perjuicio de las formalidades previstas en algunas de ellas; ii) Tienen por objeto la colaboración empresarial, para desarrollar un fin económico específico; iii) La duración está definida por la actividad que dio origen a la misma o por el término previsto en el respectivo acuerdo.

Por regla general, según se advirtió, esta clase de organizaciones no generan una persona jurídica distinta. En efecto, ninguna de las legislaciones estudiadas, se otorga personalidad jurídica a esta clase de agrupaciones, característica que tampoco está contemplada en el derecho colombiano. Es claro que estas figuras, dados los fines que busca y la temporalidad de los mismos, no lleguen a constituir una persona jurídica, bajo ningún ordenamiento, pero sí tienen capacidad para ser sujetos de derechos y obligaciones, para todos los efectos derivados del contrato estatal, tanto en etapa pre contractual, contractual y pos contractual, incluyendo las reclamaciones derivadas del mismo, y como se verá, la personalidad jurídica no limita el derecho de acceder a la administración de justicia.

No se puede limitar la capacidad de acción de los Consorcios y las Uniones Temporales, y menos en frente a su capacidad procesal para reclamar sus derechos en juicio, puesto que en virtud de la colaboración que les permite celebrar negocios y desarrollar las actividades económicas que les dieron origen, pueden ser consideradas como una parte que está constituida por la agrupación propiamente dicha.

Es claro que éstas, al no generar una nueva persona jurídica, deben entonces tener regímenes tributarios distintos, pero la solidaridad, característica esencial de las mismas, reconoce a sus integrantes como partes de un todo, indivisible para efectos contractuales, salvo lo relativo a las sanciones para el caso de las uniones temporales. Vale la pena mencionar que la divisibilidad únicamente para efectos procesales que plantea

la jurisprudencia podría generar aspectos más que de nulidad de ilegalidad de sentencias, de generarse las circunstancias descritas en el acápite correspondiente, además de señalar que la misma no está contemplada en otros ordenamientos más avanzados que el nuestro.

Ahora bien, en cuanto a los requisitos de constitución, según la naturaleza de la mismas, el fin que busca, la temporalidad y los regímenes aplicables en materia de solidaridad y responsabilidad, se advierte que al no exigírseles un requisitos documental con algunas formalidades, Colombia tiene en ese aspecto una regulación, en mi criterio, más contemporánea. Es necesario resaltar que en Argentina, Brasil (Ley 6.404 Sociedades Anónimas), Francia (Ordenanza 67-821, reformada y complementada por los Decretos del 2 de febrero y 9 de julio de 1968, 1967), Italia y España esta clase de agrupaciones son conformadas previa la formalidad de suscripción de acuerdo o contrato por escrito, el cual, en algunos casos, requiere de inscripción en la respectiva cámara de comercio, cuestión que no está regulada en Colombia. Sobre el particular, se reitera lo señalado anteriormente, en el sentido de que dicha formalidad riñe con la naturaleza de esta clase de uniones y no genera valor agregado, pues las mismas, por sí solas y sin necesidad de requisitos de inscripción, deben estar dotadas de capacidad para ser sujetos de derechos y obligaciones.

En Colombia no se contempla una formalidad de constitución, entendida ésta como la celebración de un contrato o acuerdo por escrito que requiera de inscripción, tal y como está previsto en países como Italia o Brasil, de manera que las uniones empresariales, para el caso de la contratación estatal, se formalizan con la presentación conjunta de la oferta tal y como se expondrá más adelante, indicando la participación respectiva.

En cuanto a la representación, llama la atención, que en la mayoría de legislaciones se contempla que estas uniones deben, al igual que en el derecho colombiano, designar una gerencia, a la cual se le otorgarán poderes expresos de representación,

relacionados con las actividades desarrolladas por éstas. Es común que se exija a éstas la designación de un representante contractual y algunos casos es clara la legislación en señalar que éste tiene facultades totales relacionadas al contrato, claro está, salvo limitación expresa en contrario.

En este aspecto y para efectos de este artículo, lo más importante es citar que en la legislación argentina se prevé que el representante de la unión tendrá los poderes suficientes de todos y de cada uno de los miembros para ejercer los derechos y contraer las obligaciones que hicieren en desarrollo o ejecución de la obra, servicio o suministro. En términos similares y aún más precisos, la legislación italiana establece que esta clase de uniones podrán comparecer en juicio por intermedio de quien hubiere sido designado presidente o director del consorcio, de manera que otras legislaciones van orientadas hacia la tendencia que se propone en estos artículos, dando relevancia a las facultades del representante, que no pueden estar limitadas más que por los efectos del contrato, tanto en sede administrativa como judicial, cuestión frente a la Colombia no cuenta con una regulación expresa pero sí gran jurisprudencia que limita estas facultades, en relación con lo cual, se propondrán los argumentos que nos permitirán más hacia una regulación más clara en esa materia, acorde con lo hoy vigente en el mundo.

De acuerdo con lo expuesto los consorcios y uniones temporales, cualquiera sea su reglamentación y denominación dada en cada país, tienen un objeto de colaboración que las obliga a actuar unidas en todas las instancias que les interesan respecto de la actividad que da origen a la misma y sin que exista limitaciones de tipo procesal, cuando el objeto de la causa judicial está directamente relacionada con la fuente de la agrupación.

Se puede concluir entonces que la dinámica actual de los mercados emergentes, las disposiciones de libre competencia y las necesidades permanentes de servicios más especializados, ágiles y de mejor calidad ha generado la utilización de los contratos

de colaboración y por ello las legislaciones han regulado esta figura como una opción comercialmente válida, hecho frente al cual Colombia no ha sido ajena, incluso ha sido más liberadora al ser menos restrictivo en la regulación de los requisitos de constitución exigidos en otros países para que un consorcio o unión temporal celebre un contrato con el Estado, lo cual es una reglamentación general en los regímenes estudiados, cuestión que no se comparte.

Colombia, al igual que otros países también reconoce las facultades de estas organizaciones para ser sujetos de derechos y obligaciones y dado que sólo existe una reglamentación en la Ley 80 de 1993 sobre las mismas y que la jurisprudencia ha asumido un rol legislativo que no le es propio para suplir los vacíos, valdría la pena generar una reglamentación más específica en materia de contratos de colaboración empresarial que incluya aspectos como sus capacidades, propiamente dichas, las de sus representantes y los efectos de éstas en juicio, que como se anotó, no está limitada de manera expresa en el mundo.

En un futuro, teniendo en cuenta el auge de esta clase de organizaciones empresariales, deben hacerse esfuerzos para contar una reglamentación uniforme que también contemple aspectos en materia procesal, teniendo en cuenta los principios propios de los juicios, tales como economía, celeridad, libre acceso a la administración de justicia, entre otros.

En efecto, se resalta nuevamente que algunas legislaciones sí plantean de manera expresa el tema de la designación del representante, incluso con facultades plenas, lo cual incluye también las facultades en materia judicial. Siendo éstas organizaciones capaces de obligarse contractualmente, lo deben ser para reclamar sus derechos tanto en sede administrativa como en sede judicial, como una organización y a través del representante designado para todos los efectos del contrato.

Corresponde, entonces, aplicar estos criterios frente a la capacidad para comparecer en juicio

y las facultades de representación judicial del mandatario contractual, temas que serán abordados en el segundo artículo y que plantearán, con base en los argumentos expuestos, la tesis que se formula y que constituye el objeto de esta investigación.

REFERENCIAS

Aguerrondo, G. (1980). *La Empresa Consorcio*. Buenos Aires, Argentina: Abeledo - Perrot.

Arrubla, J.A (2004). *Contratos Mercantiles*. t II. (2ª Ed.). Medellín, Colombia: Dike.

Benavides, J.L & Santofimio, J.O. (2009). *Contratación Estatal – Estudios sobre la reforma del estatuto contractual ley 1150 de 2007*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Broseta Pont, M. (1988). *Los Consorcios*. Chile: Imprenta Universal.

Caballero, G. (1985). *Los Consorcios Públicos y Privados*. Bogotá, Colombia: Temis.

Cabanellas, G y Kelly. (1987). *Contratos de colaboración empresarial*. Argentina: Heliasta.

Calvo, M. (1996). *Las Uniones Temporales de Empresas*. Madrid, España. Civitas.

Champaud, C. (1962). *Le Pouvoir De Concentration De La Societe Por Action*. París, Francia: Librairie Sirey.

Chavarro, P.A. (2004). Tesis *Los Consorcios en Colombia* – Universidad Javeriana – Facultad de Ciencias Jurídicas. Bogotá, Colombia.

Colombia. (2005). Alcaldía de Bogotá D.C. – Subdirección Jurídico Tributaria. Concepto Jurídico No.1119/05. 2005EE422888. 338. Recuperado el día 26 de marzo de 2012 en: www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=18896.

Colombia. (1997). Alcaldía de Bogotá D.C. – Subdirección Jurídico Tributaria. Concepto Jurídico No. 543 del 17 de febrero de 1997. Recuperado el día 26 de marzo de 2012 en: www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=18896.

Colombia. (1983). Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN.

- Colombia. (2000). Superintendencia del Sector Societario – Superintendencia de Sociedades.
- Colombia. (2003). Superintendencia del Sector Societario – Superintendencia de Sociedades. Concepto No. 2116115 del 7 de febrero de 2003.
- Colombia. (2006). Superintendencia del Sector Societario – Superintendencia de Sociedades, rad. 220-39786.
- Colombia. (2006). Superintendencia del Sector Societario – Superintendencia de Sociedades, rad. 220-59276.
- Consejo Técnico de la Contaduría Pública. (2002). *Consortios y Uniones Temporales*. Orientación Profesional No 04 de 2002. Recuperado el día 10 de marzo de 2012 de <http://www.jccconta.gov.co/consejot/publicaciones/Orientaciones-PDF/2001/orientacion4.pdf>.
- Consejo de Estado. (1997) Expediente. 18520.
- Consejo de Estado. (2002). Expediente.17.588.
- Corte Constitucional. (1994). Sentencia C-414 de 1994. M.P.: Antonio Barrera Carbonell.
- Coscolluela, L. (2010). *Tratados y Manuales - Manual de Derecho Administrativo Parte General*. Pamplona, España. Editorial: Civitas.
- Dávila, L.G. (2003). *Contratación Estatal*. Bogotá, Colombia: Légis Editores S.A.
- Domínguez, R. (1977). *Teoría general del negocio jurídico* - Colección Manuales Jurídicos. Santiago de Chile: Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Escobar, R. (1999). *Teoría General de los Contratos*. Bogotá, Colombia: Légis Editores S.A.
- Etcheverry, R.A. (2005). *Contratos de Asociativos, negocios de colaboración y consorcios*. Argentina: Astrea.
- Fiore, P. (1927). *De la irretroactividad e interpretación*. Madrid, España: Editorial REUS.
- Giraldo, C.J. (2006). *Contratos Atípicos en el Derecho Contemporáneo Colombiano*. Bogotá, Colombia: Temis S.A.
- González, J. (1985). *Derecho Procesal Administrativo Hispanoamericano*. Editorial: Temis. Bogotá, Colombia.
- (1996). *Derecho Procesal Administrativo*, T II. Editorial: Instituto de Estudios Políticos. Madrid, España.
- (2001). *Manual de Derecho Procesal Administrativo*. España: Civitas.
- González, (2004). *El Contencioso Contractual*. Cuarta Edición, Editorial Universidad Libre de Colombia. Bogotá, Colombia.
- Iglesias, J. (1994). *Derecho Romano. Historia e Instituciones* (11ª Ed). Barcelona, España: Ariel.
- M'causland, M.C & Ávila. M. (1998). *Modalidades de colaboración empresarial consagradas en la ley 80 de 1993*. Regulación de formas de "JOINT VENTURE". Revista de Derecho Privado, 3, 76.
- Martín, R. (1979). *Manual de Derecho Administrativo*. Madrid, España: Comercial Malvar.
- Martín, R. (1985). *Los Consorcios Locales*. Madrid, España: Leal.
- Massimo B. (2007). *Derecho Civil General*. Traductores: Fernando Hinestrosa, Edgar Cortés en Bogotá, Colombia. Editorial: Universidad Externado.
- Matallana, E. (2009). La Liquidación del Contrato Estatal. En J.O, Santofimio G. & J. L, Benavides. *Contratación Estatal – Estudios sobre la reforma del estatuto contractual ley 1150 de 2007*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Mazeaud, H.L., Tunc, A & Chabas, F. (1965). *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil, delictual y contractual* (6ªEd) t.I. París, Francia: Montchrestien.
- Molano, M.R. (2010). *Los sujetos de la contratación estatal y su régimen de inhabilidades y conflicto de intereses*. Bogotá, Colombia: Ediciones Nueva Jurídica.
- Montero J. (1988). Responsabilidad del Juez y del Estado por la Actuación del Poder Judicial. Madrid, España. Editorial. Tecnos S.A.

- Mosset J. (2009). *Contratos*. Buenos Aires, Argentina. Editorial. Rubinzal – Culsoni Editores.
- Murillo M.C. & Consuegra, F. A. (2009). *Manual de Contratación Administrativa*. Bogotá, Colombia: Ibañez 2009.
- Narváez, J.I. (1990). *Obligaciones y contratos mercantiles*. Bogotá, Colombia: Temis.
- Ospina, G. & Ospina, E. (1980). *Teoría General de los Actos o Negocios Jurídicos*. Bogotá, Colombia: Temis.
- Oviedo, J. (2007). *Contratos Asociativos de Colaboración Empresarial en el Derecho Colombiano*. Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, No. 40, 2007. P. 849-866.
- Palacio, J.A. (2000). *Derecho Procesal Administrativo*. Bogotá, Colombia: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.
- (2010). *La contratación de las entidades estatales* (6ª Ed). Bogotá, Colombia: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.
- Pino, J. (1996). *Régimen de Contratación Estatal*. Bogotá, Colombia. Editorial. Universidad Externado de Colombia.
- Real Academia Española. (2001). *Diccionario de la real academia española* (22ª Ed). Consultado el día 17 de marzo de 2012, en www.rae.es.
- Rocco, A. (1966). *Principios del derecho mercantil*. México: Editora Nacional.
- Stancanelli, G. (1972). *Los Consorcios en el Derecho Administrativo*. Madrid, España: Escuela Nacional de Administración Pública.
- Santamaría, J.A. (2009). *Principios de Derecho Administrativo General*. Tomo I, Segunda Edición. Madrid, España. Editorial: Iustel
- Tamayo, J. (2009). *Tratado de Responsabilidad Civil*. t:I. Bogotá, Colombia: Léxis Editores S.A.
- Valencia & Bastidas, (2008). *Diccionario Analítico de Derecho Administrativo*. Tomo I. Bogotá, Colombia. Ed. Ibañez.
- Vera & Vernal (2009). *Diccionario de Contratación Pública*. España. Editorial Iustel.
- Vicente & Gella, A. (1970). *Introducción al derecho mercantil comparado*. (2ªed.). México: Editora Nacional.
- Villar, J.L. (1972). *Principios de Derecho Administrativo*. Madrid, España: Libro Jubilar del Consejo de Estado de Madrid.
- Virijevic, A. (2008). *Contratos de joint venture*. Tesis de grado, Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Younes, D. (2005) *Derecho Constitucional Colombiano*. Sexta Edición, Academia Colombiana de la Abogacía. Bogotá, Colombia. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez.
- Zaldivar, E., Manovil, R.M & Ragazzi, G.E. (1986). *Contratos de Colaboración Empresarial*. Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot.