

SOBRE LOS CONSORCIOS Y EL REGISTRO ÚNICO DE PROPONENTES EN LAS LEGISLACIONES ESPAÑOLA Y COLOMBIANA

Jesús David Orozco Vanegas*

Resumen

La globalización dejó de ser un concepto académico para convertirse en una realidad a la que nos enfrentamos todos. Los estados no escapan a la necesidad de cambio y en su proceso de reducción de tamaño han comprendido que hay labores que no les compete desarrollar directamente, por lo que constantemente hacen uso de la contratación administrativa para obtener la participación de los particulares para el desarrollo de obras de gran envergadura.

En este ambiente propicio surgen mundialmente los consorcios como figura asociativa idónea, con regulaciones similares en los distintos países. En aras de aprovechar las posibilidades de asociación internacionales, se deben estudiar las legislaciones con el fin de evitar trabas e inconvenientes y facilitar el intercambio.

Palabras clave: Consorcios, Registro Único.

Abstract

Globalization is no more an academic concept, it becomes a reality which all of us are facing. States do not escape to the need of change and in their process of reducing size, they have understood that there are tasks they are not permitted to directly carry out and because of this they are constantly making use of the administrative contract to achieve the participation of civilians

Fecha de recepción: 9 de agosto de 2001

* Estudiante de 9º semestre de la División de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Norte. Miembro del Comité Estudiantil (*Jesús_david_orozco_vanegas@hotmail.com*).

to carry out great importance works. In this proper environment, consortiums arise worldwide as a suitable corporative figure with similar regulations in different countries. In order to make profit of the possibilities of international associations, legislations have to be studied in order to avoid obstacles and to ease interchange.

Key words: Proposer register, consortiums.

INTRODUCCIÓN

En un mundo cada vez más económico y comercial, las grandes empresas, las multinacionales y los grandes grupos tienen todas las de ganar; los pequeños empresarios, por su parte (y en general el común de las personas), encuentran cada vez más obstáculos para destacarse en los negocios, y la conclusión es muy sencilla: Muy pocos cuentan hoy día con la cantidad de recursos suficientes para ser competitivos y autosuficientes a la vez, es decir que ningún negocio es del todo completo y siempre necesitamos algo de alguien, y en la misma medida siempre tenemos algo que alguien necesita; expresado en otras palabras: «si no puedes con el enemigo, únete a él».

La ecuación se ve simple, y ésta es la fórmula que han aplicado muchos industriales y aun pequeños productores al enfrentarse al reto de tener que unirse con otras empresas, haciendo cada uno lo que sabe para poder complementarse y obtener mejores resultados que los que pudiera haber obtenido cada uno individualmente, y así poder subsistir. Esto se ha convertido en una constante, y en el mercado: una **necesidad**.

En este sentido, ya son conocidas por nosotros las sociedades comerciales o mercantiles. Asociaciones con regulación y vida propias que en su seno llevan una cierta vocación de permanencia (no de perpetuidad) para el desarrollo y gestión de los negocios sociales.

Pero dadas las exigencias y características de los negocios modernos, no siempre las empresas pueden darse el lujo (o pueden hacer el gasto) de «atarse» mediante un contrato social a otra empresa ajena, aun más cuando la decisión de hacerlo o no depende de la **posibilidad** de desarrollar un interés común, mas no de la certeza del mismo.

Por ello, el **CONSORCIO** ha surgido como una categoría jurídica distinta que brinda mayor eficiencia, beneficios y posibilidades para los negocian-

tes del siglo XXI, sin desmejorar las garantías con que cuentan quienes contraten con ellos. A tal punto que puede afirmarse, según criterio del Dr. Gaspar Caballero Sierra¹, que ésta no es una figura exclusiva del Derecho privado, sino que ha permeado la esfera pública como un «*modelo de colaboración en el campo del Derecho público, para la promoción y ejecución de obras y servicios de interés general*».

En este artículo pretendo hacer un breve análisis de las características de los consorcios en Colombia y compararlas con las de la Unión de Empresarios, que aparece como la figura equivalente en la legislación española, para así explorar las posibilidades (legales) de contratación con las administraciones públicas de ambos países.

La inquietud de investigar sobre este tema surgió durante una de nuestras clases de Contratación Administrativa, en la que inicialmente nos cuestionábamos sobre la solución a un caso en que un consorcio español² quisiera contratar con la administración colombiana, partiendo de tres presupuestos:

- En Colombia, los consorcios no constituyen una persona jurídica distinta de las personas que lo conforman, por lo que no tienen personería jurídica, y en España sí (aunque no en todo momento, como seguidamente se verá).
- En Colombia, el Registro de Proponentes (esencial requisito para contratar con la administración) está exclusivamente previsto para las personas naturales o jurídicas, es decir, para entes que gocen de personería jurídica.
- Como consecuencia de lo anterior, en Colombia no se permite a los consorcios inscribirse en el Registro de Proponentes, pero en España sí en el registro equivalente al de proponentes colombiano.

Al respecto debo anticipar que no es cierto, como pensamos algunos al principio de nuestra discusión, que exista un vacío en la Ley 80 de 1993 (Estatuto de Contratación Administrativa en Colombia)³ en este tema de los

¹ CABALLERO SIERRA, Gaspar. *Los Consorcios públicos y privados*. Bogotá, Temis, 1985.

² Entiéndase UNIÓN DE EMPRESARIOS.

³ Disponible en: <http://www.supersociedades.gov.co/agenda/LEY%2080%20DE%201993%20.htm>.

consorcios extranjeros, sino que, por el contrario, dicha situación se encuentra regulada íntegramente por dicha Ley en sus artículos 7º, 13º, incisos 1º y Parágrafo 2º del artículo 20º y numeral 4º del artículo 22º, así como el artículo 4º del Decreto 856 de 1994, reglamentario de la anterior.

Pero esta será la conclusión a la que llegaré, no sin antes desarrollar el análisis de las dos normatividades prometido anteriormente.

Debo aclarar que dejo de lado dos temas: toda la temática de la génesis, naturaleza, y diferencias del consorcio con otras figuras jurídicas similares, tales como la asociación, el litis consorcio, la comunidad y la sociedad comercial, no por menos importantes sino por la abundancia y plenitud suficientes con que los tratadistas, tanto nacionales como españoles, ya han abordado estos temas.

REQUISITOS DEL CONTRATISTA ADMINISTRATIVO EN ESPAÑA

De acuerdo con lo estipulado por la Ley 13 de 1995 española⁴, podemos definir los siguientes requisitos como básicos para contratar con las «administraciones públicas»⁵:

1. *Ser persona natural o jurídica*, es decir, gozar de personería jurídica y todos sus atributos, independientemente de ser española o extranjera. Esto según el artículo 15 del Estatuto de Contratación español.
2. *Tener plena capacidad jurídica*. Esta se presume en las personas naturales como regla general, y se prueba en las personas jurídicas mediante la escritura de constitución o su modificación inscrita en el Registro Mercantil.
3. *Clasificación correspondiente* (la cual equivale a la inscripción en el Registro Único de Proponentes en Colombia). Esta clasificación será exigible para los contratos de obra que superen los 20 millones de pesetas y para los contratos de consultoría que superen los 10 millones.

⁴ Disponible en: <http://www.interbook.net/leyes/motivo13.htm>

⁵ Nueva denominación dada a la legislación básica sobre contratación administrativa en España, reconociendo las peculiaridades que las comunidades autónomas y su propia autonomía les permite introducir. Según exposición de Motivos del Rey de España Juan Carlos I en la Ley mencionada.

En los casos en que no sea necesaria la clasificación, acreditar su solvencia económica, financiera, técnica o profesional, lo cual se logra de manera general con:

- Informe de instituciones financieras o, en su caso, justificante de la existencia de seguro de indemnización por riesgos profesionales.
- Balances o extractos de balances de gestión, si se trata de sociedades.
- Declaración sobre la cifra de negocios global y de obras, suministros y servicios o trabajos realizados por la empresa en el curso de los tres últimos ejercicios.

En los demás casos especiales, es decir, para cada uno de los contratos específicos que trata la Ley, existen requisitos especiales adicionales para acreditar dicha solvencia, que son los contenidos en el artículo 17 para el contrato de obra, 18 para el de suministro y 19 para los restantes contratos.

REQUISITOS DEL CONTRATISTA ADMINISTRATIVO EN COLOMBIA

El Estatuto de la Contratación Administrativa en Colombia contempla los siguientes requisitos para poder ser contratista de la administración pública:

1. Ser persona considerada legalmente capaz de acuerdo con las disposiciones legales vigentes, siendo la excepción a esta regla el caso de los consorcios y uniones temporales; excepción que se desvirtúa un poco si tenemos en cuenta que el artículo 7° define ambas figuras como una congruencia de dos o más personas en la presentación de una propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato. Lo anterior deja ver que, en el fondo, siempre están presentes personas, en cumplimiento de lo exigido por este numeral. Asumimos que al referirse el artículo 7° a «personas», sin distingo alguno, permite la presencia de personas naturales y jurídicas, nacionales y extranjeras.
2. Para el caso de las personas jurídicas, tanto nacionales como extranjeras, se exige la garantía de permanencia de las mismas por un término no inferior al plazo del contrato más un año (art. 6°, inciso 2°).
3. Para la celebración de contratos de obra, consultoría, suministro y compraventa de bienes muebles, la norma exige la inscripción de los proponentes en un registro único, llevado en la actualidad por las

cámaras de comercio de «su jurisdicción»⁶. Dicho registro incluye la clasificación del proponente (en forma análoga a la norma española) y su calificación, de acuerdo con criterios establecidos en el numeral 3° del mismo artículo.

CARACTERES DEL CONSORCIO EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

El consorcio español es un vínculo de carácter eminentemente contractual, el cual conforma a la agrupación. Una vez celebrado el contrato mediante el cual las partes se consorcian, y luego de aprobados los estatutos, se adquiere personería jurídica para el cumplimiento de sus fines, sin que por ello las entidades miembros pierdan personalidad. El consorcio como tal, una vez adquiere su personería, goza de todos los atributos que ella le confiere, sobre todo los económicos, tales como el patrimonio⁷, etc.

A continuación transcribiré apartes importantes de normas de ambas legislaciones para posteriormente llegar a algunas conclusiones:

Artículo 24. Uniones de empresarios⁸

1. *La Administración podrá contratar con uniones de empresarios que se constituyan temporalmente al efecto, sin que sea necesaria la formalización de las mismas en escritura pública hasta que se haya efectuado la adjudicación a su favor.*
2. *Para los casos en que sea exigible la clasificación y concurran en la unión empresarios nacionales, extranjeros no comunitarios o extranjeros comunitarios, los dos primeros deberán acreditar su clasificación y los últimos, en defecto de ésta, su solvencia económica, financiera y técnica o profesional.*

Artículo 32. Clasificación de las uniones de empresarios⁹

1. *Las uniones temporales de empresarios, a las que se refiere el artículo 24,*

⁶ En concepto del Dr. Arnaldo Mendoza, debe entenderse que es la cámara de comercio del lugar donde la persona natural o jurídica tiene su domicilio o el asiento principal de sus negocios, por tanto, es impropio hablar de jurisdicción, ya que en sentido estricto, ni las cámaras de comercio, ni el proponente registrado la detentan.

⁷ Para ampliar el concepto ver VALENCIA ZEA, Arturo, *Derecho Civil*, parte general y personas.

⁸ Ley 13 de 1995 española.

⁹ *Ibid.* Negrillas fuera de texto.

serán clasificadas en la forma que reglamentariamente se determine, mediante la acumulación de las características de cada uno de los que integran la unión temporal expresadas en sus respectivas clasificaciones.

- 2. En todo caso será requisito básico para la acumulación de las citadas características que todas las empresas que concurran en la unión temporal hayan obtenido previamente clasificación como empresa de obras, o de consultoría y asistencia o de servicios, en relación con el contrato al que opten, sin perjuicio de lo establecido para los empresarios no españoles de Estados miembros de la Comunidad Europea en el artículo 25.2.*

Primero que todo hay que mencionar que, de conformidad con las dos normas trascritas, no todo consorcio que participe en una licitación pública en España se le exige gozar de personería jurídica. De hecho, cualquier consorcio puede constituirse con el solo propósito de participar en una licitación y no tener personería. Sólo a aquel consorcio o unión de empresarios al que se le adjudique un determinado contrato en cuya licitación haya participado, se le exige su constitución y formalización en escritura pública, requisito indispensable para adquirir la personería jurídica.

Es decir que en la etapa precontractual, y hasta el momento de la adjudicación, el consorcio en realidad no es más que una simple unión o congruencia de empresarios en la presentación de la propuesta, igual que en Colombia, y la adquisición de la personería jurídica depende de la adjudicación o no del contrato.

En resumen, sólo una vez adjudicado el contrato, y antes de su celebración, debe el consorcio constituirse como persona jurídica y realizar su correspondiente clasificación. Surge un interrogante: ¿Es posible entonces que un ente (el consorcio) participe en una licitación sin ser persona jurídica y sin tener la correspondiente clasificación, violando la exigencia del contratista administrativo en España? Pues las respuestas son: sí y no. Sí, porque en realidad el consorcio, al momento de presentar la propuesta, no existe como tal. Y no, porque en realidad no se ha violado dicha exigencia, toda vez que el sustrato del consorcio son las personas que lo conforman, y éstas, por mandato expreso del artículo 32 transcrito, deben ser personas naturales o jurídicas y estar previamente clasificados (inscritos) en el registro, con lo que se salva el anterior inconveniente.

Tanto es así, que la misma norma ha consagrado que la clasificación o registro de un consorcio o unión temporal no será más que el producto de

la suma o acumulación de las clasificaciones de cada uno de los miembros de la misma.

Justifico la anterior decisión como de política administrativa. Esto porque puede resultar muy gravoso y, por lo tanto, desestimulante para las empresas (sobre todo económicamente) tener que llevar a cabo todos los actos jurídico-formales necesarios para la obtención de la personería jurídica sólo como requisito para poder participar en una licitación, con el correspondiente riesgo de no obtener el contrato.

Es más lógica y coherente la fórmula empleada por el legislador español al exigir una previa clasificación de los posibles miembros del consorcio y exigir su formalización como tal sólo al momento de la adjudicación, y así dejar a los empresarios libres de asociarse libremente según las necesidades de contratación del Estado y su disposición y capacidad para ofertar.

Queda clara entonces la estrecha relación entre un acto jurídico específico como es el contrato, y otro de iguales connotaciones, como la constitución del consorcio. Igualmente queda clara la gran independencia que se conserva entre la persona jurídica que nace y las personas que lo conforman. Por lo que nada impide que uno de los consorciados decida vincularse en otro proyecto similar.

REGULACIÓN DE CONSORCIOS EXTRANJEROS EN COLOMBIA

Para efectuar el análisis que corresponde a la situación jurídica de un consorcio español cualquiera, y sus posibilidades de contratación en Colombia, me voy a permitir transcribir los artículos que he considerado más importantes, a fin de interpretarlos sistemáticamente, es decir, en su conjunto:

Artículo 7º. DE LOS CONSORCIOS Y UNIONES TEMPORALES. Para los efectos de esta ley se entiende por:

1. **Consortio:** 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...
2. **Unión Temporal:** Cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y

ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente por el cumplimiento total de la propuesta y del objeto contratado, pero las sanciones por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato se impondrán de acuerdo con la participación en la ejecución de cada uno de los miembros de la unión temporal .

Artículo 13. DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE A LOS CONTRATOS ESTATALES

Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2° del presente estatuto se registrarán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley.

Artículo 20. DE LA RECIPROCIDAD

En los procesos de contratación estatal se concederá al proponente de bienes y servicios de origen extranjero, el mismo tratamiento y en las mismas condiciones, requisitos, procedimientos y criterios de adjudicación que el tratamiento concedido al nacional, exclusivamente bajo el principio de reciprocidad.

Se entiende por «principio de reciprocidad», el compromiso adquirido por otro país, mediante acuerdo, tratado o convenio celebrado con Colombia, en el sentido de que a las ofertas de bienes y servicios colombianos se les concederá en ese país el mismo tratamiento otorgado a sus nacionales en cuanto a las condiciones, requisitos, procedimientos y criterios para la adjudicación de los contratos celebrados con el sector público.

Parágrafo 1°. El Gobierno Nacional, en los acuerdos, tratados o convenios que celebre para estos efectos, deberá establecer todos los mecanismos necesarios para hacer cumplir el tratamiento igualitario entre el nacional y el extranjero tanto en Colombia como en el territorio del país con quien se celebre el mencionado acuerdo, convenio o tratado.

Parágrafo 2°. Cuando para los efectos previstos en este artículo no se hubiere celebrado acuerdo, tratado o convenio, los proponentes de bienes y servicios de origen extranjero podrán participar en los procesos de contratación en las mismas condiciones y con los mismos requisitos exigidos a los nacionales colombianos, siempre y cuando

en sus respectivos países los proponentes de bienes y servicios de origen colombiano gocen de iguales oportunidades.

Artículo 22. DE LOS REGISTROS DE PROPONENTES

Todas las *personas naturales o jurídicas* que aspiren a celebrar con las entidades estatales, contratos de obra, consultoría, suministro y compraventa de bienes muebles, se inscribirán en la Cámara de Comercio de su jurisdicción y deberán estar clasificadas y calificadas de conformidad con lo previsto en este artículo.

22.4. DEL REGISTRO DE PERSONAS EXTRANJERAS

Cuando se trate de *personas naturales extranjeras sin domicilio en el país o de personas jurídicas privadas extranjeras que no tengan establecida sucursal en Colombia*, que pretendan presentar propuestas o celebrar contratos para los cuales se requiera presentar el registro previsto en esta ley, se les exigirá el documento que acredite la inscripción en el registro correspondiente en el país en donde tiene su domicilio principal, así como los documentos que acrediten su existencia y su representación legal, cuando a esto último hubiere lugar.

En defecto de dicho documento de inscripción deberán presentar la certificación de inscripción en el registro establecido en esta ley.¹⁰

Partamos de la base, como ya se dejó establecido, que al momento de venir un consorcio extranjero, en este caso español, a contratar con la administración colombiana, en realidad quienes ofertan son las personas naturales o jurídicas que las conforman por varias razones:

- POR LA NORMATIVIDAD APLICABLE

Porque en virtud del artículo 13° transcrito, la legislación aplicable a la contratación administrativa en Colombia es la colombiana, y en ella no está contemplado que se inscriba un consorcio en el Registro Único de Proponentes por limitarse éste para las personas jurídicas. Por lo tanto, mal podrían pretender realizar dicha inscripción. Pero si los miembros del consorcio español quieren adoptar la misma figura consorcial al contratar

¹⁰ Ley 80 de 1993, Estatuto de la Contratación Administrativa en Colombia. Subrayas, negra y cursiva fuera de texto.

en Colombia, nada se los impide, siempre y cuando intervengan en él como las personas individuales que son, dado que así es como lo regula nuestra Ley.

- POR LA IGUALDAD DE EXIGENCIAS, REQUISITOS Y, EN GENERAL, CONDICIONES CON RESPECTO A LOS CONTRATISTAS COLOMBIANOS

Pero es que no podemos olvidar que a los contratistas españoles habría que considerarlos en la misma forma que a uno colombiano en virtud del principio de **reciprocidad**, consagrado en el artículo 20, que así expresamente lo estipula.

Este asunto de la reciprocidad debe ser analizado con detenimiento, ya que, en principio, para su aplicación se presupone la existencia de un convenio, acuerdo o pacto entre las naciones beneficiadas.

Pero en el caso de España no es necesario el convenio para la aplicación del principio, toda vez que el parágrafo 2° del mismo artículo dispone que se aplicará el principio de reciprocidad, con independencia del convenio, cuando en la legislación del otro país se trate en condiciones semejantes o fundamentalmente análogos a las obtenidas por los extranjeros en nuestro país, lo cual ocurre en el caso de la legislación española (ver artículo 23, Ley 13 de 1995).

Entonces, estando en el mismo plano jurídico los contratistas nacionales y los españoles, tenemos que interpretar los demás artículos conforme a esta posición, por lo que debemos entender que cada vez que la norma hace referencia a persona, sin distinguir, se refiere a las naturales o jurídicas nacionales o españolas. Con lo cual queda abierta la posibilidad para que intervengan los contratistas españoles sólo con exhibición del documento que acredite su inscripción en el registro correspondiente en el país donde tiene su domicilio principal. Para el caso de los consorcios, se va a tener en cuenta la clasificación de las personas que conforman el consorcio individualmente consideradas, la cual es requisito previo a la constitución del consorcio en España, y el consorcio mismo, por imposibilidad de operar en Colombia, no puede ser tenido en cuenta (ni su clasificación).