

EL CONSORCIO EN COSTA RICA COMO CONTRATO DE COOPERACIÓN ECONÓMICA Y COMO SUJETO DE DERECHO

Prof. Dr. Gastón Certad M.

SUMARIO:

I) De los sujetos de Derecho, en general.

II) De las personas jurídicas.

1. Definición.

2. Tipos.

3. Característica principal. Autonomía patrimonial.

4. Elementos constitutivos. Reconocimiento.

5. Órganos.

6. Capacidad.

A. capacidad jurídica.

B. Capacidad de actuar.

III) De las entidades no personificadas.

1. Noción.

2. Subjetividad jurídica.

3. Capacidad jurídica.

4. Autonomía patrimonial imperfecta.

5. Ordenamiento; órganos.

6. Representación y responsabilidad.

IV) El consorcio.

1. Antecedentes históricos.

2. Concepto.

3. Naturaleza jurídica.

4. Tipos.

5. Elementos del contrato.

6. Responsabilidad de los consortes frente a terceros.

7. Disolución. Liquidación.

8. Sociedad-consorcio.

9. El consorcio en Costa Rica.

A. Regulación normativa.

B. Jurisprudencia administrativa.

C. Algunas conclusiones de utilidad práctica.

EL CONSORCIO EN COSTA RICA COMO CONTRATO DE COOPERACIÓN ECONÓMICA Y COMO SUJETO DE DERECHO

I.- Nuestro ordenamiento jurídico reconoce como sujetos de derecho a:

a) la **persona física**, que es cualquier ser humano nacido vivo que funge como centro de imputación de situaciones jurídicas y, por lo tanto, sujeto de derecho; en síntesis, es todo individuo humano¹ (arts. 31, 32, 38 Código Civil; art. 5 inciso a, Código de Comercio; etc.);

b) la **persona jurídica**, que es un complejo organizado de personas y de bienes, dirigido a un fin y al que la ley le reconoce la **personalidad jurídica**² (arts. 33, 34, 38, 45, 46 C.C.; art. 5 incisos b-e, C de C, etc.);

c) las **entidades sin personalidad**, que son aquellos complejos organizados de personas a los cuales la ley, no obstante reconocerlos como sujetos de derecho, no les atribuye personalidad jurídica. Son estas las por algunos llamadas asociaciones no reconocidas o asociaciones de hecho³ (arts. 1198 C.C.; 21, 22, 23, 634 C. de C.; etc.).

II.1.- Por **persona jurídica** se entiende aquel complejo organizado de personas y bienes (elemento material), preordenado a un fin lícito, socialmente relevante, al que el ordenamiento jurídico le atribuye (mediante el elemento formal del **reconocimiento**) personalidad jurídica propia. Ellas son, entonces, sujetos de derecho, distintos y autónomos de las personas de sus componentes, dotados de autonomía patrimonial perfecta⁴.

II.2.- Las **personas jurídicas** se distinguen en:

a) **Corporaciones (asociaciones en sentido amplio)**, que son complejos organizados de personas físicas, en los que prevalece el elemento personal (las llamadas *universitas personarum*)⁵.

Las corporaciones se constituyen mediante contrato (de colaboración y auxilio o cooperación económica) y, en particular, se distinguen en:

1 BESSONE, Mario-FERRANDO, Gilda, "III. Persona física a) Diritto Privato", en Enciclopedia del Diritto, XXXIII, Giuffré Editore, Milano, Italia, 1983, pp. 193 ss.

2 BASILE, Massimo-FALZEA, Angelo, "IV. Persona giuridica. a) Diritto Privato", en Enciclopedia del Diritto, cit. en nota anterior, pp. 234 ss.

3 PERSICO, Giovanni, "b) Associazioni non riconosciute", en Enciclopedia del Diritto, III, Giuffré Editore, Milano, Italia, 1958, pp. 878 ss. A este tipo de sujetos pertenece, para nosotros y como se verá, el consorcio.

4 BASILE-FALZEA, op. cit. en nota 2.

5 VOLTAGGIO LUCCHESI, Franco, "Corporazione. b) Diritto Civile", en Enciclopedia del Diritto, X, Giuffré Editore, Milano, Italia, 1962, pp. 676 ss.

(i) **Asociaciones** (en sentido estricto): si su objeto es de naturaleza ideal (cultural, deportivo, benéfico, científico, artístico, político, etc.) y el fin de las partes no sea exclusivamente el lucro o la ganancia⁶; e

(ii) **sociedades**: si las partes persiguen un fin de lucro, esto es, la distribución, entre ellas, del superávit producto del ejercicio de la actividad del ente durante el año, bien de manera egoísta –vgr., en estricta proporción a la participación de cada uno en el ente, como en las sociedades mercantiles⁷, o de manera mutualista –en relación al trabajo ofrecido al ente respectivo, como en las cooperativas^{8 9}.

b) Instituciones, que son complejos organizados de bienes, en los que prevalece el elemento patrimonial (las llamadas *universitas bonorum*)¹⁰.

Las instituciones se distinguen en:

(i) **Fundaciones**: caracterizadas por el destino de un patrimonio privado a una determinada actividad (objeto) de utilidad pública¹¹; e

(ii) **comités**: generalmente constituidos para la recolección de fondos vinculados a una finalidad determinada¹².

Además, las personas jurídicas se distinguen, de acuerdo a la naturaleza de la actividad desarrollada, en:

a) Personas jurídicas públicas (entes públicos), que desarrollan actividades de interés público (o general) y frecuentemente gozan de una posición de supremacía frente a los sujetos privados con los que se relacionan; y

b) personas jurídicas privadas (entes privados), que desarrollan actividades de interés privado en un régimen de derecho común.

Una ulterior distinción de las personas jurídicas se hace con base en el fin perseguido por las partes:

a) Personas jurídicas con fines ideales o altruistas, reguladas generalmente por el Código Civil y leyes especiales de naturaleza civil (asociaciones en sentido estricto y fundaciones); y

b) personas jurídicas con fines de lucro (egoístas o mutualistas) reguladas generalmente por los Códigos Civil y de Comercio y por leyes especiales (sociedades civiles, sociedades mercantiles, asociaciones cooperativas, empresas individuales de responsabilidad limitada, consorcios).

6 Asociaciones, Ley de Asociaciones N° 218 del 8 de agosto de 1939 y sus reformas; sindicatos, Código de Trabajo.

7 Sociedades en nombre colectivo, sociedades en comandita, sociedades anónimas y sociedades de responsabilidad limitada, Código de Comercio, arts. 17 – 225.

8 Ley de asociaciones cooperativas y creación del Instituto de Fomento Cooperativo, N° 6756 de 22 de agosto de 1968 y sus reformas.

9 GALGANO, Francesco, "I. Società in generale. c) Diritto Privato", en Enciclopedia del Diritto, XLII, Giuffrè Editore, Milano, Italia, 1990, pp. 865 ss.

10 MODUGNO, Franco, "Istituzione", en Enciclopedia del Diritto, XXXIII, Giuffrè Editore, Milano, Italia, 1973, pp. 69 ss.

11 RESCIGNO, Pietro, "I. - Fondazione. c) Diritto Civile", en Enciclopedia del Diritto, XVII, Giuffrè Editore, Milano, Italia, 1968, pp. 790 ss.

12 AURICCHIO, Alberto, "I.- Comitati (diritto civile)", en Enciclopedia del Diritto, VII, Giuffrè Editore, Milano, Italia, 1960, pp. 755 ss.

II.3. El valor práctico de la personalidad jurídica, atribuida a entidades distintas a los seres humanos, se indica generalmente con la **autonomía patrimonial** reconocida al ente y en la consiguiente **limitación de responsabilidad** atribuida a cada uno de sus miembros.

Entendemos por **autonomía patrimonial** el hecho que el patrimonio de la persona jurídica permanezca netamente distinto de los patrimonios de sus integrantes. Ahora bien; como consecuencia de esa autonomía patrimonial tenemos que:

1. Los bienes de la persona jurídica le pertenecen a ella y no a sus miembros;
2. entre la persona jurídica y sus miembros pueden constituirse relaciones jurídicas patrimoniales;
3. el acreedor de una persona jurídica no puede cobrarle su crédito directamente a los miembros de ella, quienes responden sólo en caso de que el ente no lo haya hecho, total o parcialmente, y sólo dentro de los límites de la cuota por cada uno conferida; y
4. viceversa, el acreedor de un miembro de la persona jurídica no es también acreedor de la persona jurídica a la que aquel pertenece y, en caso de incumplimiento, no puede cobrarse del haber social, ni siquiera atacando la parte proporcional del patrimonio social aportada, o que corresponda, por su deudor-socio.

Se designa el régimen jurídico apenas descrito con el término de **autonomía patrimonial perfecta** ¹³.

II.4. Son elementos constitutivos de la persona jurídica:

a) En las **corporaciones**:

- (i) Una pluralidad de personas en las asociaciones en sentido estricto (10) y en las cooperativas (20); en las sociedades al menos dos y una sola en la empresa individual de responsabilidad limitada;
- (ii) un objeto común lícito; y
- (iii) un patrimonio suficiente para la consecución del objeto. Nos parece importante aclarar que el patrimonio no es en realidad un elemento constitutivo, sino tan solo un medio para la consecución del objeto.

b) En las **instituciones**:

- (i) La persona del fundador designa a los integrantes del órgano director del ente; en ellas el elemento personal tiene una importancia menor y se resume en el sujeto que forma la voluntad del ente;
- (ii) un patrimonio suficiente; y
- (iii) un objeto (determinable y lícito) ¹⁴.

El **reconocimiento**:

Los elementos apenas indicados, aunque necesarios para la existencia de la persona, no son suficientes para que ella adquiera la personalidad jurídica, pues para ello es menester un ulterior elemento: el **reconocimiento formal**, que es un elemento constitutivo de la adquisición de la personalidad jurídica.

Según el modo en que se concede este reconocimiento, se distingue entre:

¹³ BIGLIAZZI GERI, Lina, "II. Patrimonio autonomo e separato", en Enciclopedia del Diritto, XXXII, Giuffrè Editore, Milano, Italia, pp. 280 ss.

¹⁴ MODUGNO, F., op.cit. en nota 8; RESCIGNO, P., op. cit. en nota 9.

a) **Reconocimiento explícito o “por concesión”**: en algunos países, los entes adquieren personalidad jurídica gracias un reconocimiento concedido por la autoridad gubernamental (nacional o local) al través de la promulgación de un acto administrativo. En el procedimiento para el otorgamiento respectivo, la Autoridad efectúa un control de mérito (oportunidad) y de legalidad; y

b) **reconocimiento normativo**: es el más usado en nuestro país. En él das aquellas personas jurídicas que adquieren la personalidad jurídica gracias a una norma que lo estatuye y que se hace efectiva con un procedimiento de inscripción en un Registro Público (Mercantil, de Asociaciones, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, etc.), que conlleva un procedimiento de homologación hecho por el mismo Registro, en el que sólo existe un control de legalidad ¹⁵.

Lo cierto es que, como quiera que se otorgue la personalidad jurídica, ella está basada siempre en una norma jurídica¹⁶.

II.5.- La voluntad del ente se manifiesta mediante sus órganos ¹⁷:

a) Los **administradores**, que son órganos ejecutivos, comunes a toda persona jurídica, normalmente dotados de representación; son responsables frente al propio ente de acuerdo a las reglas del mandato; y

b) la **asamblea o junta**, que es el órgano deliberativo, sólo presente en las corporaciones, que delibera de acuerdo al principio de mayorías.

II.6.A. Las personas jurídicas gozan de una **capacidad jurídica (capacidad de goce) general e ilimitada** muy similar a la de las personas físicas. Semejante capacidad encuentra límites de tipo natural en relación a aquellos derechos estrictamente atribuibles sólo a las entidades físicas.

B. Las personas jurídicas tienen plena **capacidad de actuar (capacidad de ejercicio)**; sin embargo, ellas no son idóneas, por su naturaleza, a formar y expresar una voluntad propia, sino sólo a través de personas físicas, los administradores, que se configuran como órganos de la persona jurídica, portadores de la voluntad del ente ¹⁸.

III.1. Las entidades no personificadas constituyen un fenómeno muy difundido en la vida moderna.

Se trata de conjuntos de sujetos que, no obstante estar dotados del mismo sustrato de las personas jurídicas (personas, patrimonio y fin) **no han sido formalmente reconocidos** por el Estado que ha decidido no concederles personalidad jurídica propia.

15 Sociedades civiles, art. 467 inciso 5° C C; sociedades mercantiles, art. 20 C de C; empresas individuales de responsabilidad limitada, art. 9 C de C; asociaciones (en sentido estricto), art. 5 L de A; asociaciones cooperativas, art. 29-30 L de A.C.; sindicatos, art. 344 C.T.

16 BASILE-FALZEA, op. cit. en nota 2, p. 242. Véanse normas citadas en la nota anterior.

17 GIANNINI, Massimo Severo, “I. Organi (teoria generale)”, en Enciclopedia del Diritto, XXXI, Giuffré Editore, Milano, Italia, 1981, pp. 37 ss.

18 FALZEA, Angelo, “Capacità. II.- Teoria generale”, en Enciclopedia del Diritto, VI, Giuffré Editore, Milano, Italia, 1960, pp. 8 ss.

Se las define como “*uniones o agrupaciones de personas dirigidas a la consecución de un fin común de carácter ‘superindividual’ y de ventajas, no necesariamente económicas, igualadas, en medida no predeterminada ni constante, para cada miembro*”¹⁹.

Estas entidades entran dentro de la amplia esfera de las relaciones que surgen de contratos con comunidad de fines o asociativos o de organización o de colaboración y auxilio o de cooperación económica que forman parte de la categoría de los contratos duraderos y plurilaterales. De ahí que el ordenamiento interno y la administración de estos entes no personificados están regulados, entonces, por los acuerdos de sus miembros. Precisamente el gran problema que esta “*fattispecie*” presenta en nuestro país es la total carencia de normas generales que la regulen a nivel de Código Civil y de Código de Comercio.

De ahí que uno de los principales problemas que el operador del derecho debe afrontar en relación con estas entidades es si, no obstante carecer de personalidad jurídica, se presentan tan solo como una pluralidad de sujetos unidos por medio de una relación o vínculo jurídico, o más bien den lugar a un “sujeto” nuevo, con una limitada capacidad jurídica.

III.2. Estas entidades, por algunos llamadas “de hecho” –precisamente por no estar tipificados por la ley–, no obstante carecer de personalidad jurídica, tienen, en nuestra opinión, siempre y

no obstante, una subjetividad jurídica²⁰: ellas son, entonces, sujetos de derecho, dotados de una capacidad jurídica limitada y de una autonomía patrimonial imperfecta. Y es que si observamos la actitud de nuestro legislador frente a estas figuras parece que se ha decidido por una posición intermedia que ve en estos entes un tipo *per se* de pluralidad de sujetos, en comunión de derechos, no equiparable ni a las sociedades ni a las asociaciones, pero merecedoras de algún tipo de reglamentación jurídica.

III.3. Las fundamentales manifestaciones de la subjetividad jurídica se reúnen alrededor de las figuras de la capacidad jurídica (capacidad de goce para los franceses) y de la capacidad de actuar (capacidad de ejercicio para los franceses). Estas figuras, que operan en ámbitos distintos y con peculiares y diversas modalidades, pertenecen a la teoría general del derecho, y se extienden al entero mundo de los fenómenos jurídicos, del derecho privado al derecho público.

La capacidad jurídica designa la posición general del sujeto en cuanto destinatario de los efectos jurídicos, efectos que no son otra cosa que modos de comportamiento que se unen necesariamente a un sujeto, que resulta así autorizado u obligado al comportamiento previsto por la norma. El nexo que junta las dos ideas, capacidad y subjetividad jurídicas, es tan evidente e intrínseco que resulta clarísimo que la primera está fundamentada en la segunda²¹.

19 PERSICO, G., op. cit. en nota 3, p. 878.

20 Para GALGANO (Francesco, “Diritto Commerciale. Le Società”, Zanichelli editore S.p.A., Bologna, Italia, 14ª. Edición, 2004, p. 33 “decir que una sociedad tiene personalidad jurídica equivale a decir, según el significado tradicionalmente atribuido al concepto de persona jurídica, que ella constituye un sujeto de derecho distinto de las personas de los socios y que por eso es ‘tercero’ respecto a estos; decir que una sociedad no tiene personalidad jurídica significa, por el contrario, que ella se reduce a la pluralidad de socios y que los derechos y obligaciones de la sociedad no son otra cosa que derechos y obligaciones de los socios”. Por eso es que el profesor nos habla de “semi-personalidad”, (op. cit., p. 37).

21 FALZEA, A., op. cit. en nota 18, p. 9.

La capacidad de actuar (capacidad de ejercicio para los franceses) expresa un momento distinto de la subjetividad jurídica y consiste en la posibilidad que el derecho le reconoce a la persona, de revelarse en el mundo jurídico y hacer valer en él intereses, precisamente porque está en grado de determinar, con sus propios comportamientos, la aplicación de las normas y el surgimiento de los efectos por ellas predispuestos. El sujeto es, entonces, el fundamental generador de *fattispecie* jurídicas²².

En síntesis; la capacidad de actuar permite a la subjetividad desarrollarse en la vida del derecho, mientras que, bajo el perfil de la capacidad jurídica, el sujeto aparece en una posición esencialmente estática²³.

Una análoga, pero no idéntica, exigencia sirve de fundamento de la subjetividad y de la capacidad jurídica de las entidades colectivas: si bien en estas se presentan valores humanos de gran relevancia, existe siempre una intrínseca limitación que impide una absoluta nivelación entre ambas figuras de la subjetividad jurídica. Esta limitación consiste en que mientras la persona física entra en el derecho con la potencial titularidad de todo interés jurídico configurable, las entidades colectivas se constituyen y se desarrollan vinculadas a determinados fines, que representan los límites, generales pero no absolutos, de su vida jurídica.

Antes, se equiparaba a las personas jurídicas con las personas físicas incapaces; hoy, la

moderna teoría del derecho ha elaborado la noción técnica de **órgano**. Esta noción creada para sustituir el instrumento de la representación necesaria conexo a la configuración de las personas jurídicas como sujetos intrínsecamente incapaces de actuar, debía servir para dar una explicación científica al reconocimiento de la capacidad de actuar a las entidades colectivas personificadas. Y es que el instrumento jurídico de la representación no puede demostrar la *capacidad* de actuar de las personas jurídicas y su intervención en la vida dinámica del derecho. La representación no es un medio que sirva para probar que las entidades colectivas pueden llegar a ser titulares de *fattispecie* jurídicas. Es, por el contrario, un fenómeno que prueba exactamente lo contrario, porque el acto realizado por el representante permanece siempre y únicamente como un acto del representante. La elaboración del concepto de órgano diferente al concepto de representante, responde entonces a la necesidad de permitirle a las entidades colectivas ser titulares de *fattispecie* jurídicas, además que de efectos jurídicos: de ser, precisamente, fuentes de producción de *fattispecie* jurídicas. Esta posibilidad se realiza a través una particular forma de imputación, distinta a la que opera en la representación: en esta última es relevante la imputación del efecto, que se desarrolla en relación a un sujeto distinto de aquel al que se refiere la imputación del acto; en cambio, con el órgano, coinciden los sujetos de las dos imputaciones en cuanto también el acto, amén del efecto, se le imputa a la entidad colectiva en el ámbito del cual el órgano ha actuado.

²² FALZEA, A., op. cit. en nota 18, p. 16.

²³ FALZEA, A., op. cit. en nota 18, p. 22.

La relación orgánica produce, entonces, un resultado jurídico que la relación representativa no puede jamás producir: la imputación del acto mismo al ente. Esta forma de imputación concierne, generalmente, a todos los comportamientos jurídicamente relevantes, lícitos e ilícitos, externos e internos y hasta los hechos de conciencia, como la buena fe. Esto nos lleva a concluir, necesariamente, que las personas jurídicas no tienen capacidad de actuar –que sería entonces exclusiva de las personas físicas- sino capacidad de imputación jurídica de *fattispecie*²⁴.

Ahora bien; frente a lo dispuesto por el artículo 43 de nuestro Código Civil, es dudoso si estas entidades, las no reconocidas, puedan ser titulares del derecho de propiedad sobre bienes inmuebles. Por el contrario, las entidades no personificadas parecen ser plenamente capaces de adquirir bienes muebles a título oneroso o gratuito. Además nos parece que estos entes pueden ser titulares de aquellos derechos de la personalidad no reservados a las personas físicas, como el derecho al honor y al nombre.

III.4. La persecución del fin por la entidad implica, necesariamente, además de la presencia de una pluralidad de miembros, también la existencia de un patrimonio o fondo común: las contribuciones de sus miembros y los bienes adquiridos por ella constituyen ese fondo común sobre el cual podrían eventualmente satisfacerse sus acreedores.

También en estas entidades, entonces, existe una autonomía patrimonial, porque su patrimonio²⁵ se distingue del de cada uno de sus integrantes²⁶. Tal autonomía es, sin embargo, imperfecta: en efecto, no obstante existir un fondo común sobre el cual sus acreedores podrían eventualmente satisfacerse, la ley, generalmente, considera responsables, solidariamente, a quienes hubieren actuado en nombre y por cuenta del ente mismo (Artt. 22 C de C; 1198 C.C.; 11 L de A.), lo que funge como una especie de “garantía”²⁷.

La tendencia de hoy, como creo que se desprende de estas líneas, es reconocer, en estas entidades si no una verdadera personalidad jurídica, al menos una subjetividad²⁸, que impida que se considere

24 FALZEA, A., op. cit. en nota 18, pp. 31-34.

25 “Se habla, a veces, indiferentemente, de patrimonio autónomo o separado, para indicar el destaco de una masa patrimonial (conjunto de relaciones activas y pasivas, según MESSINEO, o sólo de bienes, de acuerdo a NATOLI) de un patrimonio o de distintos patrimonios “de proveniencia”, en modo de generar una unidad particular con una propia y precisa destinación y una suerte jurídica más o menos independiente y estrechamente unida a esa destinación” BIGLIAZZI GHERI, L., op. cit. en nota 13, pp. 280-281.

26 “Se trata de fondos patrimoniales que se dicen provenientes de distintos patrimonios, esto es, constituidos con las contribuciones de una pluralidad de sujetos” y cuyas características son “la indivisibilidad y la función de garantía por las obligaciones asumidas en conexión con el fin del ente mismo. Garantía que excluye –nótese- la de los patrimonios de los asociados, pero no la responsabilidad, además solidaria, de las personas que han actuado en nombre y por cuenta de la asociación”. BIGLIAZZI GHERI, L., op. cit. en nota 13, p. 283.

27 “Esta última se suele explicar, como es sabido, como una medida de seguridad para los terceros, debida a la particular situación de la asociación, privada –por la falta de reconocimiento- de personalidad jurídica y carente, por lo tanto, de aquella autonomía patrimonial perfecta, que se considera característica de las personas jurídicas”, BIGLIAZZI GHERI, L., op. cit. en nota 13, p. 284.

28 En la doctrina italiana esta tesis es defendida por la mayoría de los Autores de renombre como BIONDI, GALGANO, MESSINEO, PUGLIATTI, RESCIGNO, y en la alemana por HABSCHEID, SCHUMANN y VON GIERKE.

al fondo patrimonial como propiedad de una pluralidad de sujetos y, al mismo tiempo, “autónomo” o “separado” respecto a los patrimonios de cada uno de ellos²⁹.

III.5. Órganos necesarios de estas entidades no personificadas son la asamblea de asociados, los administradores y, según un sector doctrinario, un presidente y/o un secretario.

Es la asamblea la que modifica el acto constitutivo o estatuto, así como participa en toda deliberación que pueda estar referida a la responsabilidad de los administradores.

En cuanto al órgano administrativo, su conformación es libre y nada impide que la administración sea asumida colectivamente por todos los asociados, si así se pactare.

III.6.- Las entidades no personificadas expresan su propia voluntad mediante sus órganos internos; la voluntad de la entidad es llevada frente a terceros por los órganos externos, que actúan como representantes, en nombre y por cuenta suya; ellos derivan sus facultades del poder que se les hubiere conferido, expresa o tácitamente, con la asignación de un cierto calificativo³⁰.

Estas entidades responden de los actos realizados en su nombre por sus representantes ante todo con su propio patrimonio y, generalmente, responde conjuntamente con él quien haya actuado en nombre y por cuenta

suya o, solidariamente, sus miembros, según el caso.

IV.1. Algún tiempo después de concluida la Primera Guerra Mundial y ya más bien en los albores de la Segunda, “*el legislador italiano, preocupado por los alcances de la crisis que se había iniciado en los Estados Unidos de América y en búsqueda de soluciones al problema, crea la figura del **consorcio**, un nuevo instrumento jurídico que vino a regular la concurrencia de varias empresas con un objetivo común, con el fin de reforzar el aparato productivo del país, y así evitar que se dieran nuevamente las condiciones que llevaron a la crisis de 1929*”³¹.

Se promulgaron en la Península dos leyes, la N° 834 del 16 de junio de 1932 y la N° 961 del 22 de abril de 1937, la primera autoriza al Estado a crear los llamados **consorcios obligatorios**, y la segunda, crea los llamados **consorcios voluntarios**, hoy ambas leyes derogadas por el *Codice Civile del 1942* que, en forma más estructurada aunque sin erradicar las lagunas y ambigüedades de esas leyes, regula esa materia en Italia, normas que fueron reformadas por la ley N° 377 del 10 de mayo de 1976. Con esta última reforma, según opinan los entendidos, el consorcio se acerca aún más a la categoría de las sociedades de capital, convirtiéndose en una figura de una enorme utilidad para las empresas, con una estructura jurídica más simple y dentro de los lineamientos generales de la libre contratación³².

29 Tesis ésta sostenida en Italia por FERRARA, Francesco, “Le persone giuridiche” en “Trattato di Diritto Civile Italiano”, II, t 2, 1938, p. 411; y RUBINO, “Le associazioni non riconosciute”, Giuffré Editore, Milano, Italia, 1952, pp. 183 ss

30 PERSICO, G., op. cit. en nota 3, pp. 890-891.

31 CHAVES CAVALLINI, María José, “El consorcio. Los contratos de cooperación económica con especial énfasis en la legislación italiana”, Tesis de grado para optar por el título de licenciada en derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, San José, Costa Rica, 2002, p. 28.

32 CHAVES C., M.J., op. cit. en nota anterior, pp. 30 y 31; TEDESCHI, Guido Arturo, “Consorti. Riunioni Temporanee. GEIE. L’associazionismo imprenditoriale nei pubblici appalti”, Giuffré Editore, Milano, Italia, 2001, pp. 7 ss.

La regulación del consorcio la encontramos bajo el Título X, “*Della disciplina della concorrenza e dei consorzi*”³³, Capítulo II “*Dei consorzi per il coordinamento della produzione e degli scambi*”³⁴ del libro V del *Codice Civile* italiano. Este capítulo está a su vez dividido en cuatro Secciones así: disposiciones generales; de los consorcios con actividad externa; sociedades consortes; y de los controles de la autoridad gubernamental.

IV. 2. El párrafo primero del artículo 2601 de ese Cuerpo de Leyes dice:

*“Con il contratto di consorzio più imprenditori istituiscono un’organizzazione comune per la disciplina o per lo svolgimento di determinate fasi delle rispettive imprese...”*³⁵.

De esa concepción se colige, de acuerdo a lo que nos enseña Chaves, que un “*consorcio de empresas está formado por un grupo de empresarios dotados de una organización común idónea para satisfacer ciertas necesidades de la producción y el intercambio de bienes y servicios*”. Parafraseando a Brunetti, la Autora nos dice que son acuerdos que toman varios empresarios de una misma categoría económica o de categorías económicas complementarias, con el fin de regular la producción, la venta o la adquisición de productos, con el intento de limitar los

efectos, *a priori* dañosos, de la recíproca competencia³⁶.

Esta figura presupone la regulación de las actividades de varias empresas mediante una organización común y no, como la sociedad, un ejercicio en común de una actividad lícita. Esta organización común se puede presentar, según el legislador italiano, ya como una organización puramente interna de la actividad, ya como una organización externa que, por ende, exige la creación de una oficina destinada a desarrollar una actividad con terceros o inclusive la constitución de una sociedad.

IV. 3. Pertenece a la categoría de los contratos de colaboración y auxilio o de cooperación económica, al igual que la sociedad, la asociación, la cooperativa, la cuenta en participación, el partido político, el sindicato, etc., porque sus prestaciones no obedecen a intereses opuestos de las partes sino a intereses similares o idénticos, y de ahí su nombre; y son de naturaleza esencialmente mercantil³⁷.

IV.4. La legislación y la doctrina italianas han clasificado a los consorcios en dos grandes grupos: a) voluntarios³⁸, que se dividen a su vez en (i) de actividad interna, e (ii) de actividad externa; y b) obligatorios o coactivos³⁹.

33 De la disciplina de la competencia y de los consorcios.

34 De los consorcios para la coordinación de la producción y de los intercambios.

35 Con el contrato de consorcio varios empresarios instituyen una organización común para disciplinar o para desarrollar determinadas fase de sus respectivas empresas.

36 CHAVES C., M.J., op. cit en nota 30, p. 35.

37 Conclusiones éstas a las que acertadamente llega la profesora Chaves en su opúsculo citado.

38 Surgen de la mera voluntad de las partes en el ejercicio de los derechos a la libre asociación y a la libre contratación y es interno cuando la actividad está dirigida exclusivamente a la coordinación de las relaciones entre los empresarios consortes y externo cuando, además, pretender desarrollar por cuenta de todos un servicio común, extendiendo su ámbito de aplicación a transacciones con terceros, desarrollando una actividad distinta, autónoma y auxiliar a las de sus integrantes.

39 Son aquellos surgidos por designio del Estado que ejerce su poder interviniendo entre los particulares para organizar la producción y el intercambio de bienes y servicios.

IV.5. El artículo 2603 del *Corpus Iuris Civilis* italiano establece que el contrato de consorcio debe, bajo pena de nulidad, otorgarse por escrito, debiendo contener los siguientes requisitos mínimos:

1. el objeto –esto es, la actividad lícita que las partes deben desarrollar y que no es otra que la creación de una organización común que les permita cumplir con determinadas fases de sus empresas- y la duración del consorcio –pues es un contrato temporal-;
2. la sede de la oficina eventualmente constituida –esto para los consorcios externos-;
3. las obligaciones asumidas y las contribuciones debidas –para formar el patrimonio del consorcio- por los consortes;
4. las atribuciones y los poderes de los órganos del consorcio –órgano deliberativo y órgano gestor-, así como la representación en juicio;
5. las condiciones de admisión de los nuevos consortes;
6. los casos de receso y exclusión;
7. las sanciones por el incumplimiento de las obligaciones de los consortes.

IV. 6. El artículo 2615 del Código Civil italiano establece que, por las obligaciones asumidas en nombre del consorcio por quienes tengan su representación, los terceros afectados pueden hacer valer sus derechos exclusivamente sobre el fondo “consorcial”; mientras que por las obligaciones asumidas por los órganos del consorcio por cuenta de cada consorte responden estos últimos solidariamente con el fondo “consorcial”.

IV.7. Por su parte, el artículo 2611 del Cuerpo de Leyes del que venimos discutiendo señala, entre otras, las siguientes causas de disolución del contrato de consorcio que, por lo demás, son lógicas y consecuentes:

- a) El vencimiento del plazo;
- b) el cumplimiento del objeto o la imposibilidad sobreviniente de cumplirlo;
- c) por acuerdo de los consortes;
- d) las demás que fijen los consortes en el contrato.

IV.8. Por último, el artículo 2615-ter del Código Civil italiano establece que las sociedades en nombre colectivo, las sociedades en comandita simple y por acciones, la sociedad anónima y la sociedad de responsabilidad limitada pueden asumir como objeto social los fines indicados en el artículo 2602, esto es, instituir una organización común para regular y desarrollar determinadas fases de las empresas de sus socios. Estas sociedades mercantiles se llaman **sociedades-consorcio**.

Estas sociedades han sido definidas por la Casación italiana como

*“sociedades comerciales que son constituidas por varios empresarios para la persecución de finalidades “consorciales”, de disciplina y coordinación de las respectivas actividades... Aquí la sociedad no es utilizada en su función típica, sino como instrumento de ejecución de una voluntad distinta, específicamente reconocida, y reglamentada por la ley”*⁴⁰.

Por su parte, el Tribunal de Apelaciones de Milán ha dicho:

“El ejercicio inmediato y directo por parte de una sociedad consorte de actividad de exportación

40 Sentencia N° 5787 del 4 de noviembre de 1982.

de los productos de las empresas consortes y de importación de las materias primas y de materias semielaboradas destinadas al uso por esas mismas empresas, tiene naturaleza objetiva y necesariamente comercial y está íntimamente unida a la estructura y al funcionamiento general de la sociedad consorcio. Por ello los gastos efectuados en relación a esa actividad, en presencia de una cláusula estatutaria que obliga a los consortes a cancelar contribuciones con el fin de emparejar el balance anual, son a cargo de los mismos consortes⁴¹.

A. “En Costa Rica no existe, ni en el Código de Comercio, ni en ninguna otra ley especial, el consorcio como un contrato típico de colaboración y auxilio, es decir, no hay una serie de normas que regulen los consorcios de una manera seria, sistemática y articulada, como lo hacen los italianos (o también los franceses con su ‘grupo de interés económico’); por el contrario, la tendencia nacional es a confundir estos contratos con otras figuras, tales como las fusiones de sociedades, los grupos de control societario (holdings), e inclusive el término ha sido utilizado deliberadamente por nuestros empresarios para poner nombres de fantasía a sus empresas⁴². No podemos hacer otra cosa que apoyar esta precisa conclusión de la profesora Chaves.

Pero esta laguna no sería tan grave si no hubiera en nuestro país algunas leyes que hicieran referencia al consorcio; desgraciadamente, las hay. Veamos.

La Ley de la Contratación Administrativa N° 7494 del 2 de mayo de 1995 (LCA), en su artículo 38, dice:

“Ofertas en consorcio. En los procedimientos de contratación, podrán **participar distintos oferentes en consorcio** sin que ello implique crear una persona jurídica diferente. Para utilizar este mecanismo, será necesario acreditar, ante la Administración, la existencia de un **acuerdo de consorcio**, en el cual se regulen, por lo menos, las obligaciones entre las partes firmantes y los términos de su relación con la Administración que licita.

Las partes del consorcio responderán solidariamente, ante la Administración, por todas las consecuencias derivadas de su participación y **de la participación del consorcio en los procedimientos de contratación o en su ejecución**” (lo subrayado y lo destacado con negrita no está en el original).

Algo muy similar establece el artículo 41 del Reglamento a esa Ley.

Por su parte, la Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos N° 7762 del 14 de abril de 1998 (LGCOPSP), en su artículo 27 (norma con redacción muy parecida a su homónima de la LCA), dice:

“Ofertas en consorcio.

1. En los procedimientos de concesión podrán participar **dos o más empresas reunidas en acuerdo de consorcio**. Para tal efecto deberán acreditar, ante la Administración, la existencia de un **acuerdo de consorcio**, en el cual se regulen, al menos, las obligaciones de las partes y otros asuntos que el cartel pueda requerir.

41 Apelación Milano, 2 de junio de 1998, en *Giurisprudenza Italiana*, 1998, n. 2345.

42 CHAVES C., M.J., op. cit. en nota 30, pp. 112-113.

2. La conformación del **consorcio** no implica la creación de una persona jurídica independiente. No obstante, de resultar adjudicatario, una vez firme la adjudicación, deberá constituir la sociedad nacional referida en el artículo 31 de esta ley⁴³.

3. **Las partes en consorcio** responderán, en forma solidaria, ante la Administración concedente, por todas las consecuencias derivadas de su participación **en el consorcio** y de este en el contrato” (lo subrayado y lo destacado en negrita son nuestros).

Paralelamente, el Reglamento a la Ley de Concesiones define la oferta en consorcio, en su artículo 2, de la siguiente manera:

“Artículo 2. Definiciones.

... Ofertas en **consorcio**: El conjunto de documentos que forman las ofertas técnica y económica presentadas por el oferente, quien las presenta en asocio con otras personas físicas o jurídicas...” (lo subrayado y lo resaltado con negrita no forma parte del original).

B. Sobre el consorcio, la Contraloría General de la República se ha reproducido en algunas resoluciones, así:

Consorcios. Elementos del acuerdo consorcial

“Visto lo anterior, resulta claro para este Despacho que en materia de consorcios, deben ser observados los siguientes lineamientos: a) el acuerdo consorcial consiste en un contrato

privado mediante el cual una, dos ó más empresas, o personas físicas, o de ambas, deciden unir sus intereses para participar de manera unívoca (consorcial) en un determinado concurso o en varios a la vez; b) el acuerdo consorcial que se celebre genera efectos jurídicos, primero entre las partes privadas que lo celebran y luego, si se presenta la oferta de manera consorcial, efectos jurídicos para con la propia Administración que la recibe; c) como documento, al no generar efectos jurídicos más que ante la propia Administración y las partes que lo suscriben, no requiere ser protocolizado ante notario público, basta el documento o la constatación en el documento de la oferta, de la voluntad de actuar como consorcio; d) la responsabilidad que impone es de tipo solidaria (todas las partes responden por el todo ante la Administración por una falta o incumplimiento); e) a pesar de ofertarse de manera consorcial, las partes que se unen, no pierden su génesis, es decir, siguen siendo sujetos físicos o jurídicos, individualizables. **No se crea una nueva persona jurídica**; f) necesariamente debe entenderse que las virtudes de una parte del consorcio, las puede disfrutar la otra (u otras) parte del acuerdo (por ejemplo, puede ser que al consorcio se le considere en un concurso el factor experiencia aunque ésta la haya cosechado y aportado sólo uno de los integrantes); g) si un acuerdo consorcial es omiso en parte de su contenido deberá complementarse con la voluntad que de buena fe demuestren los interesados en su oferta y, desde luego, por lo que la Ley como

43 Como un consorcio participante puede resultar adjudicatario de la obra en concesión, este artículo 31 lo obliga a constituir, en un plazo máximo de 90 días a partir de la firmeza de la adjudicación, una sociedad anónima que suscribirá, con la administración el contrato de concesión, respondiendo solidariamente sociedad y consorcio. El consorcio adjudicatario, en ningún caso, podrá tener una participación inferior al 51% en el capital social de la sociedad anónima nacional. No hay duda que, para nosotros, esta es una especie reducida de personalidad jurídica pues si un consorcio, al que la ley no le reconoce una personalidad jurídica distinta a las de cada uno de sus miembros, debe participar en la constitución de una sociedad anónima, se le está dando tratamiento de persona.

*el Reglamento de Contratación Administrativa regulan sobre la materia y, finalmente, h) si se presenta el documento original en donde se crea el consorcio debe entenderse que no hace falta presentar una copia certificada del mismo como reza el Reglamento General de la Contratación Administrativa; mas si lo que se presenta es una copia de ese acuerdo, deberá observarse lo que sobre la confección de certificaciones estipula el Código Notarial así como los criterios vinculantes de la Dirección Nacional de Notariado. **RC-166-2001 de las 16:00 del 27 de marzo de 2001.***

“Consortios. Naturaleza y efectos del acuerdo consorcial

*“Para que se constituya el consorcio, basta con que se suscriba entre las partes que se asocian un acuerdo en donde se establezcan las obligaciones de las mismas para con la Administración, de tal forma que cumplan en forma solidaria con el objeto de la presente licitación. El acuerdo de consorcio, que genera la ya indicada relación jurídica subyacente, es un acuerdo de voluntades entre las partes, las cuales, como sujetos del derecho privado se ven sometidas al principio de autonomía de la voluntad y no al principio de legalidad, por lo que las relaciones entre ellas se ven sujetas a un menor formalismo y rigor que si se presentaran directamente a contratar con la Administración. Existiendo la solidaridad, sobrado es recordar que la responsabilidad por la ejecución contractual le puede ser exigida a solamente una de las coobligadas. **RC-371-2000 de las 14:00 del 12 de setiembre del 2000**”*

C) Con vista en todo lo anterior podemos llegar a las siguientes conclusiones en lo que toca a la disciplina jurídica del consorcio en nuestro país:

1. Que nuestro ordenamiento jurídico, concretamente las Leyes de la Contratación Administrativa (art. 38) y de Concesiones (art. 27), lo reconoce, admite y acepta (a) como un contrato (“acuerdo de consorcio”) –por supuesto con comunidad de fines o asociativo o de organización o de colaboración o auxilio o de cooperación económica- y, al mismo tiempo, (b) como un sujeto de derecho (al permitirle participar como oferente en procedimientos de contratación y de concesión, así como en caso de adjudicación de la concesión, participar en la constitución de la sociedad anónima nacional) perteneciente a la categoría de entes no personificados (en cuanto complejo organizado de personas y bienes sin personalidad jurídica).

2. Que no está dotado de personalidad jurídica (pues el acuerdo en consorcio “no implica crear una persona jurídica independiente o diferente”).

3. Que tiene, gracias a su subjetividad, una capacidad jurídica -que la hay siempre allí donde hay subjetividad- limitada, así como una autonomía patrimonial imperfecta.

Su capacidad jurídica designa su aptitud a ser destinatario de efectos jurídicos en forma igual a la de las personas físicas y jurídicas; mientras que parecen también estar dotados, los consorcios, de una reducida capacidad de imputación jurídica de *fattispecie* (equivalente a la capacidad de actuar de la persona física).

4. La persecución del fin del consorcio implica, necesariamente, junto a la presencia de una pluralidad de empresarios –o de empresas, como erróneamente habla nuestra ley-, la existencia de un fondo común o patrimonio que estará integrado por las eventuales

contribuciones de sus miembros, los bienes adquiridos durante su existencia, la adjudicación del contrato, las obligaciones y derechos que surgen del contrato etc. y con el que, eventualmente, podrían satisfacerse sus acreedores.

Este patrimonio es autónomo, porque se distingue del de cada uno de sus miembros, pero imperfecto en la forma en que lo definimos bajo el numeral III.4 anterior.

5. Que sus órganos son la asamblea de consortes, que conoce toda modificación al contrato de consorcio y eventualmente si así se hubiere dispuesto en el acuerdo, un órgano gestor y uno o más representantes.

6. Que, con fundamento en los más elementales principios de la responsabilidad civil, responden conjuntamente con el consorcio y en forma solidaria, siendo éste una institución mercantil, sus miembros de las obligaciones asumidas en nombre y por cuenta de la entidad.

7. Que el consorcio termina por vencimiento del plazo, cumplimiento del objeto, imposibilidad de alcanzarlo y acuerdo de los consortes por mayoría de votos expresados en asamblea.

Que la asamblea de consortes deberá establecer el procedimiento de liquidación de la entidad, una vez disuelta ésta.