



EL CONSORCIO EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

Rama del Derecho: Derecho Administrativo.	Descriptor: Contratación Administrativa.
Palabras Claves: Contratación Administrativa, Oferta, Consorcio, Garantía, Responsabilidad.	
Fuentes de Información: Normativa, Doctrina y Jurisprudencia.	Fecha: 01/07/2014.

Contenido

RESUMEN	2
NORMATIVA.....	3
1. Las Ofertas en Consorcio en la Contratación Administrativa.....	3
2. Rendición de Garantía de Participación en la Contratación Administrativa Presentada en Consorcio	3
3. Rendición de Garantía de Cumplimiento en la Contratación Administrativa Presentada en Consorcio	4
4. La Oferta en Consorcio	5
5. Ponderación de la Experiencia en Consorcio.....	5
6. Régimen de Responsabilidad de los Oferentes en Consorcio.....	6
7. Acuerdo Consorcial.....	6
8. Constitución de Consorcios por Medio de Sociedades Anónimas	7
9. Cambios de Participación en el Consorcio.....	7
10. Ofertas en Consorcio en el Contrato de Concesión de obra Pública con Servicios Públicos.....	7

DOCTRINA	8
1. El Consorcio	8
2. Las Ofertas en Consorcio en el Contrato Administrativo	12
3. Garantías en Ofertas Alternativas, Conjuntas o en Consorcio	14
4. Oferta en Consorcio en el Contrato de Concesión de Obra Pública con Servicio Público	15
JURISPRUDENCIA	15
1. La Oferta en Consorcio en Aplicación de los Artículos 38 de la Ley de Contratación Administrativa y 72 de su Respectivo Reglamento	15
2. El Contrato de Consorcio en la Contratación Administración	23
3. Finalidad de la Regulación del Contrato de Consorcio en la Contratación Administrativa	25
4. Acuerdo Consorcial y Representación Judicial	28
5. Notificación Judicial de las Empresas que Conforman un Consorcio	30
CRITERIO DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE TRIBUTACIÓN DIRECTA	31
El Consorcio en la Contratación Administrativa	31

RESUMEN

El presente informe de investigación reúne información sobre el **Consorcio en la Contratación Administrativa**, para lo cual son aportados los artículos 38 de la Ley de Contratación Administrativa, 37, 40 y 72 a 77 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa y 27 de la Ley General de Concesión de Obra Pública con servicio Público; los cuales junto con la jurisprudencia, doctrina y criterio de la Dirección General de Tributación Directa; se encargan de definir el concepto de consorcio y aplicarlo a los Contratos Administrativos en sus diversas facetas como la rendición de garantías, el ofrecimiento de ofertas y el régimen de responsabilidad entre otras.

NORMATIVA

1. Las Ofertas en Consorcio en la Contratación Administrativa

[Ley de Contratación Administrativa]ⁱ

Artículo 38. **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.

2. Rendición de Garantía de Participación en la Contratación Administrativa Presentada en Consorcio

[Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa]ⁱⁱ

Artículo 37. **Garantía de Participación.** Cuando lo estime conveniente o necesario para salvaguardar el interés institucional, la Administración, podrá solicitar en el cartel o invitación una garantía de participación porcentual, entre un 1% y 5% sobre el monto cotizado o bien un monto fijo en caso que el negocio sea de cuantía inestimable o no le represente erogación. Si el cartel solicitare la presentación de la garantía de participación pero se omitiere la indicación de este porcentaje en el cartel, se entenderá que éste será de un uno por ciento (1%).

En caso de que el interesado presente ofertas alternativas se garantizará la de mayor precio. En ofertas conjuntas, cada oferente podrá respaldar solo el componente que cotiza o bien aportar una sola garantía por todo el monto, ejecutable indistintamente de quien incumpla. Tratándose de ofertas en consorcio se presentará una única garantía.

Si cesare la vigencia de la garantía de participación, la Administración, tan pronto como advierta tal circunstancia y siempre que no exista otro incumplimiento que determine la exclusión de la oferta, prevendrá al interesado, aún después de dictado el acto de adjudicación, para que dentro del término de tres días hábiles proceda a su restablecimiento. En caso de requerirse garantía de participación, los proveedores PYMES registrados por el MEIC que han demostrado su condición a la Administración según lo

dispuesto en el presente reglamento, la Ley N ° 8262 y sus reglamentos, podrán acogerse a lo dispuesto en el artículo 46 bis del presente reglamento para rendir dicha garantía.

(Así reformado por el artículo 1° del decreto ejecutivo N° 37427 del 11 de octubre del 2012).

3. Rendición de Garantía de Cumplimiento en la Contratación Administrativa Presentada en Consorcio

[Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa]ⁱⁱⁱ

Artículo 40.-**Garantía de cumplimiento.** La garantía de cumplimiento respalda la correcta ejecución del contrato, conforme la normativa vigente. El adjudicatario se entiende obligado a asegurar el contrato dentro del plazo indicado en el cartel, o en su defecto dentro de los diez días hábiles siguientes a la firmeza de la adjudicación; salvo los casos en los que se requiera formalización contractual.

(Así ampliado el párrafo anterior mediante el artículo 2 del decreto ejecutivo N° 33758 del 2 de mayo de 2007)

La Administración solicitará siempre en las licitaciones públicas y las abreviadas y facultativamente en los restantes procedimientos, una garantía de cumplimiento de entre el 5% y el 10% del monto adjudicado. En caso de omisión cartelaria, se entenderá que la garantía es de un 5% sobre el respectivo monto.

En función de las condiciones particulares del negocio, tales como, la cuantía inestimable, la Administración podrá solicitar un monto fijo de garantía.

Cuando la cuantía del contrato resulte muy elevada o el plazo contractual sea muy extenso y ello eleve de forma desproporcionada el monto de la garantía o resulte muy oneroso mantenerla, la Administración, en el cartel, podrá solicitar una garantía con una vigencia menor al plazo contractual, bajo la condición de que dos meses antes de su vencimiento el contratista haya aportado la nueva garantía, a riesgo de ejecución de la anterior, en caso de incumplimiento.

En caso de oferta conjunta, cada interesado podrá garantizar solo su parte del negocio. Tratándose de oferta en consorcio se rendirá una garantía que respalde el cumplimiento de manera solidaria.

Si el objeto contractual aumenta o disminuye, la Administración deberá prevenir al contratista sobre el ajuste de la respectiva garantía de cumplimiento.

Es una obligación del contratista mantener vigente la garantía de cumplimiento mientras no se haya recibido el objeto del contrato. Si un día hábil antes del vencimiento de la garantía, el contratista no ha prorrogado su vigencia, la Administración podrá hacerla efectiva en forma preventiva y mantener el dinero en una cuenta bajo su custodia, el cual servirá como medio resarcitorio en caso de incumplimiento. En este caso el contratista podrá presentar una nueva garantía sustitutiva del dinero.

4. La Oferta en Consorcio

[Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa]^{iv}

Artículo 72. **Ofertas en consorcio.** Dos o más participantes podrán ofertar bajo la forma consorciada, a fin de reunir o completar requisitos cartelarios, para lo cual deberá advertirse en la propuesta de manera expresa e indicar el nombre, calidades y representante de cada uno de ellos, con la documentación de respaldo pertinente. En el cartel se podrá solicitar que los oferentes actúen bajo una misma representación.

La Administración, tiene la facultad de disponer en el cartel que una empresa solo pueda participar en un consorcio para un mismo concurso. Para efecto de los procedimientos será suficiente que una sola de las empresas consorciadas haya sido invitada, para que el grupo pueda participar.

Además de lo anterior, se podrá exigir en el cartel, las condiciones de capacidad y solvencia técnica y financiera para cada uno de los miembros del consorcio, sin perjuicio de que para cumplir ciertos requisitos se admita la sumatoria de elementos. Para esto deberá indicar con toda precisión cuáles requisitos deben ser cumplidos por todos los integrantes y cuáles por el consorcio.

5. Ponderación de la Experiencia en Consorcio

[Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa]^v

Artículo 73. **Experiencia en consorcios.** En proyectos de cierto volumen o en los cuales resulte importante valorar experiencia, la Administración deberá señalar en el cartel las reglas conforme las cuales ponderará la experiencia obtenida en proyectos en los que se haya participado bajo la forma consorciada, a fin de evitar que por una escasa participación se pretenda derivar experiencia por todo el proyecto. En todo caso la Administración podrá fijar el porcentaje mínimo de participación que la empresa haya debido tener en el consorcio, para considerar esa experiencia.

6. Régimen de Responsabilidad de los Oferentes en Consorcio

[Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa]^{vi}

Artículo 74. **Responsabilidad en consorcios.** Los integrantes del consorcio responderán frente a la Administración de manera solidaria, como si fuesen una única contraparte. En caso de adjudicación, la formalización contractual será firmada por todos los consorciados, salvo que se haya conferido poder suficiente a determinada persona, sin perjuicio de que también comparezca una sociedad constituida al efecto, cuando ello haya sido requerido en el cartel, las partes así lo hayan solicitado en su oferta o así se haya convenido entre el consorcio y la Administración, una vez firme la adjudicación pero antes de la formalización.

En aquellos casos en que se constituya una sociedad anónima ésta responderá de manera solidaria, junto con los integrantes del consorcio, frente a la Administración.

7. Acuerdo Consorcial

[Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa]^{vii}

Artículo 75. **Acuerdo consorcial.** El acuerdo consorcial es un documento privado, que no requiere fecha cierta, ni otras formalidades, a menos que la Administración, así lo haya previsto en el cartel.

El acuerdo cubrirá al menos los siguientes aspectos:

- a) Calidades, incluido domicilio y lugar para recibir notificaciones y capacidad de las partes.
- b) Designación de los representantes, con poder suficiente para actuar durante la fase de estudio de ofertas, de formalización, de ejecución contractual y para trámites de pago.
- c) Detalle de los aportes de cada uno de los miembros, sea en recursos económicos o bienes intangibles, como experiencia y de los compromisos y obligaciones que asumiría en fase de ejecución contractual.
- d) El porcentaje de la participación de cada uno de ellos, cuando resulte posible.
- e) Plazo del acuerdo que deberá cubrir la totalidad del plazo contractual.

Como documentación de respaldo de lo anterior deberá aportarse el documento original, o copia certificada del acuerdo.

8. Constitución de Consorcios por Medio de Sociedades Anónimas

[Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa]^{viii}

Artículo 76. **Constitución de sociedad en consorcios.** En los casos en los cuales los consorciados constituyan una sociedad anónima, su objeto social debe estar referido únicamente al negocio que interesa, el plazo social será similar al de ejecución contractual y deberá tener un capital social conforme lo solicite la Administración a fin de que ésta sea parte contratante junto con ellos.

Durante la etapa de ejecución contractual, los adjudicatarios deberán mantener el 51% por ciento de las acciones de esa sociedad, pudiendo disponerse libremente del restante 49%. Esto sin perjuicio de que en el cartel se hayan estipulado reglas sobre la composición accionaria, en función de las obligaciones asumidas por cada uno de los consorciados.

La formalización contractual será suscrita por el representante legal de la sociedad, que se conforme para tales efectos.

9. Cambios de Participación en el Consorcio

[Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa]^{ix}

Artículo 77. **Cambios de participación en el consorcio.** La Administración podrá fijar en el cartel, reglas para que los encargados de ejecutar ciertas partes del objeto mantengan determinada participación en el acuerdo consorcial y en el capital social de la persona jurídica que se llegue a constituir, en caso de que se pida, por el tiempo que se estime necesario.

10. Ofertas en Consorcio en el Contrato de Concesión de obra Pública con Servicios Públicos

[Ley General de Concesión de Obra Pública con Servicios Públicos]^x

Artículo 27. **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.

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 ley.

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 conformidad con lo que establece el inciso 1) del artículo 31 de esta Ley.

(Así reformado el inciso anterior, por el artículo 1° aparte A) punto 16) de la Ley No. 8643 de 30 de junio de 2008).

DOCTRINA

1. El Consorcio

[Certad Maroto, G]^{xi}

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 empresas”¹. 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*

¹ CHAVES C., M.J., op. cit. en nota 30, pp. 112-113.

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.

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 ley².

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.

² 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.

... *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 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.**"*

"Consorcios. 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.

2. Las Ofertas en Consorcio en el Contrato Administrativo

[Jinesta Lobo, E]^{xii}

[P. 302] El artículo 38 LCA admite que en los procedimientos de contratación pueden ofertar dos o más participantes en consorcio, a efecto de cumplir con los requisitos cartelarios, lo que puede suponer o no la constitución de una nueva persona jurídica³. En caso de conformarla -por requerirlo el cartel, porque las partes lo hayan solicitado en su oferta o así se haya convenido entre el consorcio y la administración, firme la adjudicación

³ (...) se dan consorcios de muchas clases y objetivos. En los casos de obras públicas, se encuentran aquellas asociaciones de empresas constructoras que se reúnen para un proyecto específico con la finalidad de acuerpar fortalezas y minimizar debilidades, pero también en este mismo campo se pueden encontrar consorcios donde una firma se encarga de lo que llamaríamos "obra civil" y otra u otras de diversas etapas o secciones del proyecto que no necesariamente deben ser consideradas como "construcción" y que pueden asemejarse más a la entrega de un "suministro" o bien al financiamiento del proyecto. Un ejemplo de las primeras es cuando varias firmas constructoras de carreteras de tamaño mediano se reúnen en un consorcio para hacer frente a un proyecto de gran envergadura donde se califican parámetros que cada una por sí sola no cumpliría pero que en conjunto sí lo hacen. Un ejemplo de lo segundo sería un consorcio donde una figura se encarga de construir una represa y otra de suministrar o instalar los equipos de generación eléctrica" CGR oficio 12659 -DGCA-1334-98- de 9 de noviembre de 1998.

y antes de la formalización contractual-, debe ser una sociedad anónima en consorcio. En la hipótesis de no constituirse una nueva persona jurídica se tratará de un mero "acuerdo consorcial" -que no tiene una

[P. 303] formalidad determinada- el que se presume cuando participan varias personas y no deslindan su responsabilidad contractual, de ahí que, incluso, su ausencia no tiene la virtud de excluir la oferta consorcial o de invalidar el acto de adjudicación -principio de conservación de las actuaciones-, dado que, la administración no se ve perjudicada directamente con la omisión al establecer la ley una responsabilidad solidaria y, adicionalmente, el oferente no recibe una ventaja indebida frente a sus competidores⁴.

En el cartel se podrán exigir las condiciones de capacidad, solvencia técnica y financiera de cada una de las personas que forman parte del consorcio, sin perjuicio que para cumplir ciertos requisitos del pliego se admita la sumatoria de elementos, para lo cual debe indicarse con precisión cuáles requisitos deben ser cumplidos por todos los integrantes y cuáles por el consorcio.

Las partes que integran el consorcio responderán, solidariamente, ante la administración, por toda lesión antijurídica derivada de su participación en el consorcio y de la participación de éste en los procedimientos de contratación o en la fase de ejecución contractual (artículos 38, párrafo in fine, LCA, 638 y 640 Código Civil). Tratándose de una sociedad anónima constituida para el consorcio ésta responderá frente a la administración de manera solidaria junto con las partes que la integran (artículo 74, párrafo in fine, RLCA). Se trata de un régimen de responsabilidad solidaria agravado, respecto del que impera en la oferta conjunta que admite el deslinde de responsabilidades y solo en ausencia de éste rige la solidaridad⁵.

El acuerdo consorcial es un documento privado concertado entre las diversas personas que participan, en el que deben estar reguladas, como mínimo, las obligaciones de las partes signatarias y los términos de su relación con la administración licitante (artículo 38, párrafo 2º, LCA). Adicionalmente, debe contener (artículo 75 RLCA) las calidades de las partes, la designación de representantes con poder suficiente para actuar durante el estudio de las ofertas, la formalización, la ejecución y los trámites de pago, detalle del aporte de cada uno de los miembros, sea

⁴ V. CGR RSL 74-97 de las 15 hrs. de 15 de abril de 1997 y RSL 40-99 de las 13:30 hrs. De 4 de febrero de 1999. Lo anterior no enerva la posibilidad que la administración prevenga a los oferentes ciertas aclaraciones o, incluso, que se aporte el acuerdo consorcial.

⁵ V. CGR RSL 40-99 de las 13:30 hrs. de 5 de febrero de 1999.

[P. 304] en recursos económicos o bienes intangibles como experiencia, el porcentaje de la participación, cuando resulte posible, el plazo del acuerdo que debe cubrir la totalidad del plazo contractual.

Cuando se opte por constituir una sociedad anónima, el objeto social debe estar referido, únicamente, al negocio que interesa, el plazo social será similar al de la ejecución contractual y debe contar con un capital social conforme las exigencias de la administración contratante para que sea contraparte junto con los consorciados (artículo 76, párrafo 1º, RLCA). Es importante que durante el plazo de la ejecución contractual, los adjudicatarios mantengan el 51% de las acciones de la sociedad, pudiendo disponer, únicamente, del 49% restante (artículo 76, párrafo 2º, RLCA).

En caso de adjudicación, tratándose de un mero acuerdo consorcial, la formalización contractual será rubricada por todos los consorciados, salvo que se haya otorgado poder suficiente a determinada persona o en el cartel se haya exigido que los oferentes actúen bajo una misma representación (artículos 72, párrafo 1º, y 74, párrafo 1º, RLCA). Si se constituyó una sociedad, la formalización del contrato debe ser suscrita por el representante legal de ésta (artículo 76, párrafo in fine, RLCA).

3. Garantías en Ofertas Alternativas, Conjuntas o en Consorcio

[Jinesta Lobo, E]^{xiii}

Cuando el oferente ha presentado ofertas alternativas, se debe garantizar la de mayor precio⁶, en el caso de las ofertas conjuntas, cada oferente debe respaldar el componente que cotiza o aportar una sola garantía por todo el monto la que será ejecutable, indistintamente, de quien incumpla. Para el supuesto de las ofertas en consorcio, se debe presentar una única garantía, dada la regla de la solidaridad de los oferentes que participan en el acuerdo consorcial, por lo que basta que en la garantía de participación conste el nombre de una de las empresas⁷ (artículo 37, párrafo 2º, RLCA).

⁶ En caso de verificarse que no son ofertas conjuntas o alternativas, sino más bien ofertas independientes, cada una con una ecuación financiera separada, debe rendirse caución por cada una de éstas V. CGR RSL 404-99 de 8 hrs. de 20 de septiembre de 1999.

⁷ V. CGR RSL Nos. 30-95 de las 13:30 hrs. de 30 de enero de 1995, 95-98 de las 14 hrs. de 2 de abril de 1998 y 165-99 de las 8 hrs. de 27 de abril de 1999, R-DAGJ-135-99 de las 15:30 hrs. de 2 de diciembre de 1999, R-DAGJ-152-99 de las 10:30 hrs. 10 de diciembre de 1999, R- DAGJ-003-2000 de las 10 hrs. de 3 de enero de 2000.

4. Oferta en Consorcio en el Contrato de Concesión de Obra Pública con Servicio Público

[Jinesta Lobo, E]^{xiv}

B.3.- Ofertas en consorcio

Se admite la presentación de ofertas en consorcio de dos o más empresas en asocio o reunidas, para lo que deben acreditar la existencia de un acuerdo consorcial, que no supone la creación de una persona jurídica. Las partes que integran el consorcio responden de forma solidaria ante la administración concedente y todas deben proceder, de resultar adjudicatarias, a constituir la sociedad anónima prescrita en el artículo 31 de la LGCOPSP⁸ (artículo 27 LGCOPSP).

JURISPRUDENCIA

1. La Oferta en Consorcio en Aplicación de los Artículos 38 de la Ley de Contratación Administrativa y 72 de su Respectivo Reglamento

[Tribunal Contencioso Administrativo, Sección I]^{xv}

Voto de mayoría:

“V. CONSIDERACIONES PREVIAS EN CUANTO A LA LEGITIMACIÓN DE LA EMPRESA LAKE S. A. Y LOS PRESUPUESTOS DE LA SENTENCIA ESTIMATORIA : Habiéndose realizado las aclaraciones anteriores, se procederá a considerar uno a uno los motivos de agravios, analizando en primer lugar el quinto motivo por repercutir sobre el tema de la legitimación de una de las actoras y posteriormente los restantes en el orden presentados. Véase como la legitimación de una parte, influye directamente sobre todos los aspectos por esa invocada, lo que determina su prioridad de ser conocida. Sobre el quinto agravio se orienta a cuestionar la falta de legitimación de la empresa Plus Lake S. A. advertida por el juzgador, señalando que esta era un consorcio con la empresa Plaza Universitaria S. A., en lo que la contratación corresponde, por lo que considera inaceptable que exista una carencia de legitimación activa. Antes de entrar en el fondo del asunto es necesario realizar múltiples aclaraciones. La legitimación ad processum activa, aludida en el artículo doscientos noventa y ocho del Código Procesal Civil y sesenta inciso b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa es un requisito de forma para la constitución de una relación procesal a derecho, mientras que la

⁸ CGR refrendo DI-AA-516 de 22 de febrero de 2002.

legitimación ad causam no lo es de forma sino de fondo, orientada en la ruta a una relación entre la situación jurídica expuesta por el actor y el interés legítimo debatido siendo un presupuesto para una decisión estimatoria de la pretensión (ver voto de esta Sección, número 542-2009-I de las nueve horas quince minutos del quince de diciembre del año dos mil nueve). En este sentido, la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, al tratar el tema de la legitimación ad processum y ad causam, en sentencia número 2006-204, de las diez horas cuarenta minutos del treinta y uno de marzo del año dos mil seis señaló:

"IV. SOBRE LA SUPUESTA FALTA DE LEGITIMACIÓN AD CAUSAM PASIVA DE LA MUNICIPALIDAD DEMANDADA: La legitimación constituye uno de los presupuestos esenciales del proceso, cuya comprobación debe hacerse en forma oficiosa por parte del juzgador, pues junto con el derecho y el interés constituyen los pilares esenciales para que pueda ser declarada con lugar una demanda. En lo tocante a la legitimación, debe indicarse que esta Sala, en la sentencia número 893, de las 10:10 horas del 27 de octubre del 2.004, cuya redacción estuvo a cargo de este mismo magistrado, explicó: "La legitimación ad causam, junto con el derecho y el interés actual, constituyen los tres presupuestos materiales de la pretensión. Por tal razón, la misma, a diferencia de la legitimación ad procesum, no constituye propiamente un presupuesto de admisibilidad de la demanda, ni influye en la validez y eficacia del proceso, pero sí constituye una condición necesaria para obtener una sentencia estimatoria. Esta figura se encuentra regulada en el numeral 104 del Código Procesal Civil: "Parte Legítima: Es aquella que alega tener una determinada relación jurídica con la pretensión procesal". Así, el actor es aquella persona que, al tenor de la ley, formula las pretensiones de la demanda, y el demandado, quien se opone a esa pretensión; de ahí surge precisamente el fundamento de la relación sustancial que se da entre ambos con relación al objeto concreto del proceso. Al respecto señala Andrés de la Oliva Santos: 'La tutela jurisdiccional debe ser otorgada únicamente si obtenerla le corresponde a quien la solicita y, por supuesto, si procede otorgarla frente al concreto sujeto demandado: el deudor, el vendedor. Que una sentencia otorgue la tutela pretendida depende también de una precisa legitimación activa y pasiva. Y la legitimación activa significa -utilizando una vieja distinción puramente lógica- que no basta que exista un derecho, sino que es necesario que, existiendo, le corresponda o se le pueda atribuir justamente a la persona que lo esgrime, o lo hace valer en el proceso. Igualmente, cuando se pretende una tutela jurisdiccional respecto de un determinado sujeto (y esta determinación pasiva sirve para identificar y distinguir la acción afirmada o la pretensión, porque no hay acciones o pretensiones sin sujeto titular y sin sujeto pasivo concretos), no importa sólo que esté fundada la exigencia de la prestación que la concesión de la tutela comportaría (entregar un determinado bien o una cantidad de dinero, no hacer algo, etc.), sino que es necesario, además, que el demandado o demandados sean precisamente los sujetos a los que debe afectar aquella concesión, por ser los sujetos obligados o titulares

del deber de realizar la prestación o, por mejor decir, su equivalente [...]. Se ha dicho, con razón, que la legitimación enseña algo completamente elemental: que los derechos subjetivos no existen sin sujetos titulares ni sin sujetos pasivos y que, de ordinario, los derechos no se pueden hacer valer si no es por aquéllos y frente a éstos' (DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, DIEZ-PICAZO GIMENEZ, Ignacio y otros, Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil, Civitas Ediciones, Madrid, 2001, p. 95)". En casos como el que se conoce, la relación sustancial está dada entre la persona que trabaja y la que resulte ser la empleadora, pues precisamente los derechos reclamados por el accionante son propios de una relación de trabajo. Ahora bien, en el caso que se conoce, quien resulte ser la empleadora es la legitimada pasiva para pagar los derechos reclamados por el actor."

De igual forma, el Tribunal Segundo Civil, Sección Primera, en resolución número 167 de catorce horas treinta y cinco minutos del siete de mayo del año dos mil seis expresó:

"IV. No deberá confundirse la legitimación ad procesum activa (que es a la que aludió el legislador en el inciso segundo del artículo 298 del Código Procesal Civil), y la legitimación ad causam activa. La primera atiende a un requisito de forma para la constitución de una relación procesal a Derecho, la segunda, es también un requisito, pero no de forma, sino de fondo, de modo que se orienta en ruta a la relación entre la situación jurídica traída a cuenta por el demandante y el "derecho material" o interés legítimo en debate, por lo cual se le ha dado en llamar presupuesto para una decisión estimatoria de la pretensión (COUTURE, AZUOLA)."

Adicionalmente, la indicada Sala Primera, en el Voto N° 17 de las dieciséis horas del trece de febrero de mil novecientos noventa y ocho, explica con mayor precisión las hipótesis de legitimación que contiene la Ley Reguladora, a saber:

*"(...) **VI.** La Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa regula lo referente a la legitimación en sus artículos 10, 11, 12, 13 y 14. El primero de ellos establece lo concerniente a la legitimación activa, y prevé diferentes hipótesis: en primer lugar, la demanda puede pretender la anulación de actos y disposiciones de la Administración Pública. En estos casos, la acción puede ser individual, para lo cual se requiere un **interés legítimo y directo** en ello, o de tipo general o corporativo, en cuyo caso las Entidades, Corporaciones, Instituciones de Derecho Público y aquellas entidades con representación para la defensa de intereses de carácter general o corporativo, afectadas directamente, pueden impugnar las disposiciones de carácter general de la Administración central o descentralizada. Excepcionalmente, las personas individuales pueden impugnar directamente aquellas disposiciones de carácter general, si deben ser cumplidas por los administrados automáticamente, sin necesidad de un acto previo de requerimiento o de*

*sujeción individual. En segundo lugar, se puede pretender el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y su restablecimiento, con o sin reparación patrimonial, por medio de la denominada, en doctrina, pretensión de plena jurisdicción. En tal evento, está legitimado el titular de un **derecho subjetivo** derivado del ordenamiento, presuntamente infringido por el acto o disposición impugnados. Por último, por medio del llamado proceso contencioso de lesividad, la Administración puede impugnar un acto propio, firme y creador de algún derecho subjetivo, cuando se considere lesivo a los intereses públicos, según resolución fundada del órgano superior jerárquico de la administración que lo dictó. (...)" (el subrayado no es del original).*

En el mismo voto arriba citado, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, se ha encargado de definir la figura del **interés legítimo** que debe demostrar la parte actora para tener la legitimación que le permita accionar judicialmente, en lo que interesa indicó:

*"(...) **VII.** De las situaciones previstas por nuestro ordenamiento jurídico, es menester referirse únicamente a la legitimación necesaria para demandar, en forma directa e individual, la declaratoria de ilegalidad y la anulación de los actos y las disposiciones particulares de la Administración Pública. El artículo 10, 1, a) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, establece la legitimación, en esos casos, para quienes "... tuvieren **interés legítimo y directo** en ello" (lo evidenciado es nuestro). Este interés debe reunir algunas características para ser tutelable en sede administrativa y jurisdiccional: en primer lugar, la anulación del acto **debe suponer un beneficio** para el demandante, el cual consiste en la eliminación de un acto perjudicial para él o, al menos, serle de utilidad o provecho. En segundo lugar, **la repercusión de la anulación debe ser directa e inmediata** sobre la situación jurídica del impugnante; por ende, el interés material debe ser transformado directamente por la anulación del acto impugnado. En tercer lugar, **el interés debe ser personal**, pues el beneficio de la anulación debe ser en favor del impugnante; de tal suerte, es necesaria una repercusión mediata o inmediata del acto administrativo en su esfera jurídica. Así, no es tutelable el denominado **interés simple**, a saber, aquel referente al respeto de la legalidad en la actividad de la administración, el cual puede corresponder a todos los ciudadanos o a grupos en particular, sin que se concrete en un sujeto determinado. En cuarto lugar, el interés **debe ser actual y cierto**; por ende, debe existir al momento de establecerse la demanda, ya sea porque se ha producido un daño o menoscabo, o porque éstos son previsibles en un futuro, conforme a las circunstancias normales del caso concreto. No son impugnables, de acuerdo con lo dicho, los daños simplemente hipotéticos o remotos. El perjuicio no necesariamente debe ser de índole patrimonial, pues podrían tutelarse intereses morales, siempre y cuando se trate de situaciones relevantes para el ordenamiento jurídico y su*

quebranto sea demostrado en el proceso." (En este sentido ver la sentencia de las 15 horas 10 minutos del 13 de mayo de 1992). (...)".

Por otro lado, según el criterio de esta Sección del Tribunal vertido en el voto N° 56-2008 de las once horas veinte minutos del veintinueve de febrero de dos mil ocho, el **derecho subjetivo** es:

"(...) " ...el reconocimiento por el Derecho de un poder en favor de un sujeto concreto que puede hacer valer frente a otros sujetos, imponiéndoles obligaciones o deberes, en su interés propio, reconocimiento que implica la tutela judicial de dicha posición." (Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, Curso de Derecho Administrativo. II. Editorial Civitas, S.A. Madrid, 1977, página 35).(...)" . Para mayor claridad, el concepto de derecho subjetivo, también puede entenderse como el: " ...poder de obrar válidamente dentro de ciertos límites, y / o de ser beneficiario de la conducta pública, exigiendo del Poder Público (y en concreto de la Administración), por un medio coactivo si es preciso, la conducta concreta y específica correspondiente, otorgada por el Ordenamiento Jurídico a ese o esos sujetos para la satisfacción de sus fines o intereses." (González Camacho Oscar, La Justicia Administrativa. Tomo II, Investigaciones Jurídicas S.A. , san José. Costa Rica 2002, pág. 178)" (en este sentido véase el voto N° 63-2008 de las diez horas diez minutos del doce de marzo del año dos mil ocho dictado por la Sección Primera de este Tribunal).

No puede dejar de evidenciarse que si bien de manera incorrecta se ha dicho que la falta de legitimación ad causam (entre otras) se les mal llama "excepciones", en realidad corresponden a presupuestos materiales de la sentencia estimatoria. Es conveniente recordar la diferencia que existe entre el instituto procesal "excepción de fondo" y los presupuestos materiales, sobre las bases del claro razonamiento vertido por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia en su conocido voto No. 2008-000317 de las nueve horas diez minutos del dos de mayo de dos mil ocho, la cual resumiendo y aplicándola al caso concreto conviene exponer. Para que una demanda pueda ser cursada, el órgano jurisdiccional debe revisar oficiosamente los presupuestos procesales (capacidad procesal, competencia del tribunal y cumplimiento de los requisitos de la demanda). Más adelante, cronológica y lógicamente después, al dictarse la sentencia, para que la pretensión pueda ser acogida, también debe revisarse oficiosamente si se reúnen los presupuestos materiales. Estos son: el derecho, la legitimación y el interés actual. Si alguno de estos -o todos- no existen, la demanda no podrá encontrar respuesta positiva. Una "excepción de fondo", técnicamente hablando, es cuando, existiendo derecho, legitimación e interés en la pretensión del actor, ésta no es susceptible de ser acogida porque también existen otros motivos diversos pero jurídicamente relevantes, que dan razón a la oposición que presenta el demandado. Ejemplos claros de lo que es

una excepción de fondo sería la prescripción o caducidad (ver, Vescovi, Enrique. Teoría General del Proceso. Editorial Temis. Bogotá, Colombia. 1999). Nuestro Código Procesal Civil señala que las excepciones de fondo deben ser opuestas por el demandado al contestar la demanda (Artículo 306), sin que se haga, por razones obvias, una enunciación de cuáles son éstas. Ha existido la costumbre de que en los litigios se denominen “excepciones” a la falta de derecho, a la falta de legitimación (pasiva y activa) y a la falta de interés. Incluso es usual que los abogados litigantes que patrocinan a los demandados opongan la “excepción sine actione agit.” Estas tres carencias (de derecho, legitimación e interés actual), como se ha indicado, en realidad son presupuestos materiales, no excepciones de fondo en sentido estricto. La de “sine actione agit” se derivó de una mala interpretación de la jurisprudencia emanada de la antigua Sala de Casación, entendiéndola como comprensiva de las de “falta de derecho, falta de legitimación y falta de interés.” Esta “excepción” no solamente no existe actualmente, sino que resulta redundante si se alega junto con las antes señaladas. Ella procedía en el segundo período del Derecho formulario romano, cuando el actor sólo podía llevar a juicio al demandado si el Pretor le otorgaba la fórmula-acción. En caso contrario, carecía de esa facultad, y por tanto, tuvo sentido jurídico la frase “demandas sin acción.” En la actualidad no es necesario obtener previamente el derecho de promover el juicio para presentar una demanda, y por este motivo, la mencionada excepción carece de sentido jurídico y de base legal. La legitimación “ad procesum” equivale a una falta de capacidad procesal, la cual es un presupuesto procesal, revisable al inicio del proceso. La legitimación “ad causam” sí se refiere a la legitimación activa que debe tener el actor para reclamar su pretensión y a la legitimación pasiva que debe tener el demandado para que le resulte exigible a él aquello que pretende el actor. Por todos los motivos expuestos ha de entenderse que si la demanda se acoge y se brindan los fundamentos correspondientes, ello implica automáticamente el rechazo de las “excepciones” de falta de derecho, falta de legitimación y falta de interés. En otras palabras, no se requiere una fundamentación independiente. Valga reiterar que aún en caso de que la parte demandada no oponga esas particulares “excepciones”, si no existe derecho, legitimación y/o interés actual, la pretensión deberá ser rechazada oficiosamente (Ver al respecto el voto 2008-000523, de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia). Incluso, desde un plano técnico es incorrecto cuando un juzgador indica que declara sin lugar una demanda por acogerse una de esas mal llamadas “excepciones”, pues lo ocurrido es que detectó una falta de un presupuesto material de la sentencia estimatoria; pese a esto, no sería motivo de nulidad de la resolución (en cuanto no hay nulidad por la nulidad misma), pese a ser un error.

VI. SOBRE EL FONDO EN CUANTO A LA LEGITIMACIÓN DE LA EMPRESA LAKE S. A. (Continuación) : Un consorcio, expone el recurrente, lleva implícito una confluencia de intereses comunes de naturaleza patrimonial, de manera que la actividad de uno beneficia

al otro, por lo que carece de interés quien gestione. Ahora bien, conforme con el numeral treinta y ocho de la Ley de Contratación Administrativa, efectivamente la figura consorcial, es ante todo un contrato privado entre dos o más personas para participar dentro de un procedimiento concursal bajo una comunidad de intereses, sin que se constituya una nueva persona jurídica. En esencia, es una sumatoria de las ventajas competitivas de ambas empresas para generar una opción que resulte más atractiva a los ojos de la Administración. Generando una responsabilidad solidaria e ilimitada entre ellas frente a esta, con la ventaja que cualquier beneficio o actividad de una, beneficia a las empresas participantes del acuerdo. Todo bajo un régimen de confianza que permite la generación del acuerdo, el cual como regla se tangibiliza con algunas formalidades para hacer posible su exhibición entre los mismos involucrados. La Contraloría General de la República ha señalado sobre el particular:

“...A esos efectos, es menester destacar lo que, en tratándose de ofertas en la modalidad de consorcio establece nuestra legislación. El artículo 38 de la Ley de Contratación Administrativa y el artículo 72 del Reglamento a dicha Ley establecen la posibilidad de que se presenten ofertas bajo la modalidad de consorcio. Exponen en lo conducente dichas normas la necesidad de que se acredite ante la administración el acuerdo consorcial en el cual se regulen al menos obligaciones de las partes y los términos de su relación con la Administración. Asimismo, el artículo 72 del reglamento citado en lo que interesa indica: “...Dos o más participantes podrán ofertar bajo la forma consorciada, a fin de reunir o completar requisitos cartelarios, para lo cual deberá advertirse en la propuesta de manera expresa e indicar el nombre, calidades y representante de cada uno de ellos...”. Agrega dicha norma que “..., se podrá exigir en el cartel, las condiciones de capacidad y solvencia técnica y financiera para cada uno de los miembros del consorcio, sin perjuicio de que para cumplir ciertos requisitos se admita la sumatoria de elementos. Para esto deberá indicar con toda precisión cuáles requisitos deben ser cumplidos por todos los integrantes y cuáles por el consorcio”. (el resaltado no pertenece al original). De la normativa transcrita se desprende que una de las finalidades que se persigue cuando se cotiza bajo la modalidad de consorcio, es que las empresas que lo conformen puedan entre ellas reunir o complementar requisitos cartelarios.” (ver al respecto la resolución No. DAGJ-1173-2002)

En una línea similar ese órgano Contralor en resolución No. DAGJ-1173-2002 en lo que interesa expuso: “... El Consorcio es una forma de asociación permitida por la Ley, para presentar ofertas en procedimientos de contratación administrativa (...), se permite que los participantes **combinen fortalezas técnicas**, logísticas o financieras, con la seguridad para la Administración de que el régimen de responsabilidad solidaria cubre las actuaciones de las partes...”. Es importante recalcar, que las empresas o entidades que decidan unir sus fuerzas para un fin común mediante la figura del consorcio, deben establecer claramente

la función o participación de cada una de ellas desde el principio y en muchas ocasiones probar su experiencia en la función que se atribuyen. A fin de esclarecer los requisitos de la figura, pueden señalarse los siguientes: a) Se trata de un acuerdo de carácter asociativo, en la medida que dos entes privados de comercio unen sus fuerzas, generando temporalmente una unidad económica. b) El acuerdo es de naturaleza económica, en la medida que ambas partes tienen un interés de esa naturaleza. c) Circunscrito a una contratación a un grupo de ellas, claramente establecido, de tal suerte que los efectos del acuerdo no pueden extrapolarse a situaciones futuras o no consideradas por las partes y tampoco puede considerarse como a plazo indefinido. d) Generando un régimen de responsabilidad solidaria entre las partes frente a la persona que se le presenta la oferta. e) Si bien la naturaleza del acuerdo es privado, y como tal está regido por la autonomía de la voluntad, en cuanto es presentado a la Administración se requiere un contrato formal, habitualmente protocolizado; aún cuando excepcionalmente es solo autenticado, para demostrar la existencia del acuerdo y los alcances del mismo. Sobre esos mismos caracteres es posible detectar que el alegato de la recurrente no puede ser aceptado, en la medida que el acuerdo es solo frente a una contratación en específico (o grupo de ellas) y a una Administración Pública en concreto. No existe una sola norma jurídica que permita a una de las partes del acuerdo consorcial, representar a las otras frente a un proceso judicial; salvo en materia de recurso de amparo, pero debe señalarlo expresamente. El proceso que ahora nos ocupa, es de ejecución de sentencia, y aún cuando exista una relación de partes o la base del conflicto, no resulta posible llegar a la conclusión que el acuerdo consorcial cubre la situación que ahora nos ocupa pues el ámbito de aplicación del acuerdo es frente al negocio en concreto. Por otro lado y no menos importante, es imposible de olvidar que el proceso de ejecución de sentencia tiene como único fin ejecutar una sentencia con autoridad y eficacia de la cosa juzgada material, donde debe existir una identidad de partes, objeto y causa con respecto a la resolución que se ejecuta. En reiteradas ocasiones ha señalado este Tribunal y en especial esta Sección, que la vía de ejecución de sentencia no es el mecanismo para ventilar conflictos diferentes del que motiva la sentencia ejecutoriada en la literalidad de su parte dispositiva. En lo que al caso corresponde es posible ubicar como la misma sentencia 2005-05262 de la Sala Constitucional de las diecisiete horas con veintisiete minutos del tres de mayo de dos mil cinco, señala con claridad que el amparo es presentado por el señor Stefano Santini en beneficio de la sociedad Plaza Universitaria S. A. Si el referido señor no incluyó a la otra empresa consorcial es asunto de su exclusiva decisión, pero no es posible en este momento llegar a incluirla como lo requiere el apoderado de ambas. Se trata de una evidente falta de legitimación ad causam, de suerte que resulta irrelevante conocer el fondo de este, cuando dicha persona jurídica no puede conformar la relación jurídica procesal, al carecer de una sentencia que esté ejecutando. Es manifiesto para el colegio

judicial sin mayores cuestionamientos, que si existe alguna responsabilidad ya declarada frente a la sociedad indicada, al estar la empresa Lake S. A. en las mismas condiciones y haber actuado en consorcio a ellos debe cubrirles una situación semejante, pero ese aspecto no puede bajo ningún motivo ventilarse en el proceso de ejecución que ahora nos ocupa, en tanto no existe una responsabilidad declarada en abstracto que pueda ejecutarse frente a esa sociedad. Tampoco existe norma habilitante para poder extrapolar dentro de una ejecución de los efectos de una sentencia de amparo a otras personas que no conforman la relación jurídica procesal. Debiendo proceder la interesada a concurrir a la vía plenaria para declarar su derecho, previo a procurar la ejecución que ahora nos ocupa. Véase como lo señalado fue lo que en esencia le indicó el juez monocrático, por lo que lejos de haberse desvirtuado su razonamiento se consolida. La parte insiste en su teoría de que la responsabilidad declarada cubre a ambas sociedades actoras, lo que manifiestamente no es compartido, en cuanto el acuerdo consorcial no se le puede dar los efectos pretendidos; pero más aún en el entendido que la falta legitimación activa ad causam detectada es correcta y el razonamiento del juzgador se sustenta a la doctrina que la informa. A mayor abundamiento no puede olvidarse que estamos frente a una responsabilidad civil extracontractual por conducta omisiva de la Administración Pública, que si bien deriva de un contrato no es la ejecución de este acuerdo lo que genera la responsabilidad que ahora se reclama, lo que lleva aparejado la imposibilidad de extender los efectos de el fallo ejecutoriado. De esa manera y sin mayores cuestionamientos se impone el rechazo del agravio que ahora nos ocupa. Claro esta en lo que refiere a la empresa Plaza Universitaria S. A. se encuentra plenamente legitimada para reclamar para sí cualquier daño, perjuicio o costa, en la medida que es exactamente lo ordenado en la sentencia ejecutoriada.”

2. El Contrato de Consorcio en la Contratación Administración

[Tribunal Contencioso Administrativo, Sección IV]^{xvi}
Voto de mayoría

“V- SOBRE LA FIGURA DEL CONSORCIO EN EL REGLAMENTO DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA. Mediante el decreto ejecutivo 33411-H, Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, se establece la posibilidad que ofertar en forma conjunta, se dispone que la Administración pueda autorizar en el cartel, la presentación de ofertas conjuntas, cuando el objeto lo permita y ello no coloque en riesgo el interés de la Administración, ni tampoco el interés público. Por lo que dos o más oferentes pueden unirse para cotizar y cada quien responderá por la ejecución de su parte, claro ésta salvo que las obligaciones no puedan diferenciarse, caso en que ambos responderán

solidariamente por la totalidad del contrato (numeral 71). Concretamente se establece la posibilidad de participar en forma consorciada. Se trata en efecto de una comunidad de intereses, pero en principio no es una persona jurídica diferente; se trata de una situación de hecho que tiene reconocimiento en el ordenamiento jurídico. Lo anterior a fin de reunir o completar requisitos cartelarios, debiendo indicarse de manera expresa el nombre, calidades y representante de cada uno de ellos, con el soporte documental que les respalde, pudiendo solicitarse en el cartel que los oferentes actúen bajo una misma representación, podrá exigirse además en el cartel las condiciones de capacidad y solvencia técnica y financiera para cada uno de los miembros del consorcio, estableciéndose cuales requisitos deben ser cumplidos por el consorcio y cuales por sus integrantes (numeral 72). En proyectos de cierto volumen o en los cuales resulte importante valorar experiencia, la Administración deberá señalar en el cartel las reglas conforme las cuales ponderará la experiencia obtenida en proyectos en los que se haya participado bajo la forma consorciada, a fin de evitar que por una escasa participación se pretenda derivar experiencia por todo el proyecto. En todo caso la Administración podrá fijar el porcentaje mínimo de participación que la empresa haya debido tener en el consorcio, para considerar esa experiencia (numeral 73) Respecto a la responsabilidad en consorcios, se impone que sus integrantes responderán frente a la Administración de manera solidaria, como si fuesen una única contraparte. En caso de adjudicación, la formalización contractual será firmada por todos los consorciados, salvo que se haya conferido poder suficiente a determinada persona, sin perjuicio de que también comparezca una sociedad constituida al efecto, cuando ello haya sido requerido en el cartel, a manera de excepción las partes así lo hayan solicitado en su oferta o así se haya convenido entre el consorcio y la Administración, una vez firme la adjudicación pero antes de la formalización (numeral 74). Referente al contenido del acuerdo consorcial, se establece en el citado reglamento como un documento privado, que no requiere fecha cierta, ni otras formalidades, a menos que la Administración, así lo haya previsto en el cartel y que deberá contener al menos los siguientes aspectos, tales como las calidades, domicilio, lugar para recibir notificaciones, capacidad de las partes, designación de representantes con poder suficiente para actuar durante la fase de estudio de ofertas, de formalización, de ejecución contractual y para trámites de pago, detalle de los aportes de cada uno de los miembros, sea en recursos económicos o bienes intangibles, como experiencia y de los compromisos y obligaciones que asumirá en fase de ejecución contractual, el porcentaje de la participación de cada uno de ellos, cuando resulte posible, el plazo del acuerdo que deberá cubrir la totalidad del plazo contractual (75).”

3. Finalidad de la Regulación del Contrato de Consorcio en la Contratación Administrativa

[Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VIII]^{xvii}

Voto de mayoría

IV.- SOBRE LA INDEBIDA REPRESENTACIÓN ASÍ COMO LA FALTA DE LEGITIMACIÓN ACTIVA Y PASIVA REPROCHADAS A LA ACTORA: La presente demanda, debe manifestarse, fue planteada utilizando una redacción poco feliz. En principio se estipuló que M.I., S. A., representada por su presidente y vicepresidente, interponía el proceso. De inmediato, con una técnica cuestionable y vinculando al referido presidente, señor F., con el consorcio compuesto por las empresas F.M.A., S. A. e I.A., INC., se indicó: “. . . por este medio venimos a presentar demanda ordinaria”. Sólo con una lectura cuidadosa, direccionada a disgregar esa confusa formulación, resulta posible arribar a que la interposición de este proceso se realizó de manera plural y no singularmente. Así, el señor F. se apersonó en una doble condición. Por un lado, en representación de la empresa M.I., S. A., en conjunto con el Vicepresidente, señor L. Por otro, como representante del consorcio integrado por F.M.A., S. A. e I.A., INC.. Aclarado lo anterior, tenemos que el origen de este reclamo está sustentado en la disconformidad de las dos últimas empresas citadas, pero exponiendo sus pretensiones por medio de una sociedad que ambas crearon formalmente y de un consorcio constituido a partir de la normativa especial de contratación administrativa. De éstas, a juicio de la mayoría de éste órgano jurisdiccional, sólo una cuenta con vinculación suficiente con la causa del proceso que nos ocupa y es precisamente el consorcio constituido por F.M.A., S. A. e I.A., INC., empresas que participaron en el procedimiento administrativo licitatorio, resultaron adjudicatarias y suscribieron el contrato y su addendum bajo esa modalidad, lo que le proporciona la legitimación ad causam necesaria para plantear esta controversia y al ESTADO y CONAVI, desde una perspectiva pasiva, al ser los promoventes del concurso que origina los reproches planteados en este asunto. Téngase presente que la base normativa de lo indicado se encuentra en los artículos 38 de la Ley de Contratación Administrativa y 41 del Reglamento a dicha disposición, vigente a ese momento. Empero, M.I., S. A., ningún ligamen de tal naturaleza tiene en la especie. En efecto, si bien fue creada por las sociedades integrantes del consorcio, lo que hicieron fue constituir una tercera empresa que, por cierto, no cuenta con una vinculación contractual con los accionados, imposibilitándole un reclamo por incumplimiento, en los términos dados por esta demanda. De allí que lo procedente es acoger la excepción de FALTA DE LEGITIMACIÓN AD CAUSAM ACTIVA respecto de M.I., S. A. y rechazarla en torno al consorcio integrado por F.M.A., S. A. e I.A., INC., denegando de igual manera la FALTA DE LEGITIMACIÓN AD CAUSAM PASIVA en torno al ESTADO y CONAVI. Por otra parte, tal y como quedó expuesto al rechazarse interlocutoriamente la defensa de defectuosa

representación, el señor F. fue designado representante del CONSORCIO aquí accionante al momento de su constitución, la que tuvo sustento precisamente en la legislación contractual administrativa que admite tal figura, circunstancia que confirma la representación que ostenta el citado señor F., por lo que tampoco es de recibo esa defensa. En todo caso, a mayor abundamiento, téngase presente que el numeral 38 de la Ley de Contratación Administrativa admite en forma expresa la constitución de los denominados consorcios, brindándoseles reconocimiento legislativo a tal tipo de organización, pese a que no se le conceda la condición de una persona jurídica diferente. Reza dicho numeral: “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 e en su ejecución.”. En relación con este tema, la Contraloría General de la República, en su documento R-DAGJ-238-2003 de doce horas de 22 de julio del 2003 indicó respecto a ese tipo de uniones organizacionales: “. . . encontramos la oferta en consorcio según la cual varias empresas pueden unir sus esfuerzos con el fin de satisfacer la necesidad de la entidad licitante, ante lo cual han de responder de manera solidaria, es decir, a pesar de que las prestaciones puedan estar claramente delimitadas, cada uno de los miembros del grupo consorcial, responde por las actuaciones de los demás integrantes . . . es la forma más segura y sencilla de sentar responsabilidades ya que no importa quién haya sido el responsable de un determinado incumplimiento dado que todos responden . . . “. De igual forma, ese mismo órgano constitucional refiere en su oficio RC-616-2002 de las nueve horas del 26 de septiembre del 2002, lo siguiente: “Nuestra Ley de Contratación Administrativa permite la participación de oferentes en consorcio, con la existencia de un acuerdo consorcial, sin que ello implique crear una persona jurídica nueva. Estos consorcios han sido asimilados por algunos a la figura del derecho norteamericano denominados “joint venture”, al constituir una participación accidental que compromete al conjunto de gastos, los riesgos, y las obligaciones; están conformados por dos o más personas que se unen para presentar una propuesta en forma conjunta con objeto de participar en la adjudicación, celebración y ejecución del contrato. Su responsabilidad, por imperativo de ley es solidaria, lo cual quiere decir que cada integrante responde por la totalidad del contrato y por las sanciones que puedan originarse de éste. En caso de incumplimiento, el afectado tiene la opción de demandar a todos los integrantes o solamente a uno o algunos de los miembros del consorcio. El consorcio no constituye una persona jurídica distinta a sus integrantes; pero

para efectos de comparecer al procedimiento de contratación debe constituirse mediante un documento que se denomina acuerdo consorcial que modela esta forma de participación.” Como lo reconoce la propia Administración Contralora, los particulares que actúen como contratistas en consorcio, a partir de la legislación vigente, asumen obligaciones sin restricción alguna, clara o está, en procura del resguardo de los intereses públicos. Es decir, se brinda a esa ficción jurídica, la que podríamos calificar de disminuida al no constituir una persona distinta a sus integrantes, la condición de centro de imputación de obligaciones. Bajo esa línea, cabe cuestionarse, ¿ qué sucede con los eventuales derechos que le podrían favorecer a esa organización ?, ¿ podrá reclamarlos de igual forma que le pueden ser reprochadas cargas en su contra ? Por mayoría, considera este Tribunal que la creación legislativa del **consorcio** en materia de **contratación administrativa**, correspondiente a una regulación especial que de manera explícita brinda reconocimiento a un tipo particular de estructura privada -en parangón con la figura denominada órgano – persona en organización administrativa-, debe reconocérsele no sólo su capacidad para asumir obligaciones, sino también derechos. Es parte derivativa de los principios constitucionales en contratación administrativa identificados como seguridad jurídica, equilibrio de intereses y buena fe (artículo 182 de la Carta Magna, Votos de la Sala Constitucional No. 0998-98 de once horas treinta minutos de 16 de febrero de 1998, No. 2002-3816 de catorce horas cincuenta y tres minutos de 24 de abril del 2002, entre otros), cuya actuación ciertamente no puede limitarse a la esfera administrativa, sino que debe trascenderla, precisamente en satisfacción de aquellas premisas. De modo tal que, como ha sucedido en el asunto que nos ocupa, la propia Administración contratante le reconoció la representación del consorcio constituido por las empresas F.M.A. S. A. E I.A., INC. al señor F. (por ejemplo la resolución 07-0003-2009 de once horas treinta minutos de 27 de enero del 2009; el oficio DJC-12-0900-2006 de 21 de julio del 2006 donde se determinó: “En mérito de lo expuesto concluye esta Dirección Jurídica que el Ingeniero F. tiene la capacidad y representación del Consorcio constituido por la empresa F.M.A. S. A. de Costa Rica y la empresa I.A., Inc. de California Estados Unidos; por lo que válidamente, representando al consorcio puede atender todos los aspectos relacionados a esa contratación. En razón de lo anterior se deberán seguir efectuando los pagos a la cuenta dispuesta para ello por la agrupación en el Banco de San José y requerirle a él la firma de todo documento necesario para la culminación de la contratación, inclusive la de la firma del Finiquito correspondientes.”, entre otras actuaciones administrativas, adicionando inclusive a este aspecto los términos de la resolución No. 599-2010 de dieciséis horas veinticinco minutos de 05 de noviembre del 2010 del Tribunal de Apelaciones de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda dictada en este mismo proceso), le permitió la representación sin restricción sobre el particular en tanto correspondiera al cumplimiento, de allí que no resulte aceptable

negársela cuando viene a reclamar eventuales derechos originados precisamente en aquella vinculación especial admitida por el propio legislador, donde si bien el punto de partida lo es la sede administrativa, el reproche que se formula es en razón de una controversia nacida en aquella vía, en principio no imaginable, pero aceptable inclusive a partir de la flexibilidad que en ese campo proporciona el Código Procesal Contencioso Administrativo, cumpliéndose con lo estipulado en el ordinal 10.4, de allí lo decidido en este asunto por mayoría del Tribunal.

4. Acuerdo Consorcial y Representación Judicial

[Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VI]^{xviii}
Voto de mayoría

I. SOBRE EL RECURSO DE REVOCATORIA INTERPUESTO POR LA PARTE ACTORA. Cabe recordar a Carlos Alberto Méndez Navas -representante de la empresa IMNSA Ingenieros Consultores S.A. (folio 436 del expediente judicial), que contra los autos, salvo disposición en contrario, cabrá únicamente recurso de revocatoria (ver artículo 132 inciso 2 del Código Procesal Contencioso Administrativo). Ahora bien, dado que el artículo 92 inciso 1 del mismo cuerpo normativo, no establece que contra el auto que acoja la defensa previa prevista en el artículo 66.1.b ibidem, las partes no podrán interponer recurso de revocatoria, procede la interposición del mismo. En consecuencia, este Tribunal asume las inconformidades planteadas por Carlos Alberto Méndez Navas en escrito visible de folio 437 a 442 del expediente judicial, como un recurso de revocatoria contra la resolución dictada a las diez horas treinta minutos del cuatro de marzo del dos mil diez (folios 425 y 432 del expediente judicial) y procede a resolverlo de la siguiente manera: no ha lugar al recurso de revocatoria interpuesto, dado que la parte actora no ha aportado elementos de convicción que tengan la virtud de modificar lo resuelto por este Tribunal en el auto impugnado, a saber: a) Que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9 del Código Procesal Contencioso Administrativo, el Consorcio Euroestudios S.L.- IMSA Ingenieros Consultores S.A., tiene capacidad procesal ante la Jurisdicción Contencioso Administrativo, siempre que sea representado por una persona que de conformidad con el acuerdo consorcial, tenga las facultades para representar los intereses comunes del consorcio en vía jurisdiccional; b) Que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 38 de la Ley de Contratación Administrativa y 41.2 del Reglamento General de Contratación Administrativa; en el acuerdo consorcial firmado el 24 de junio del 2004, por las empresas IMNSA Ingenieros Consultores S.A. y Euroestudios S.L., así como, en las cláusulas 2.1 y 3.4 del Contrato para la Prestación de Servicios de Supervisión del Proyecto de Concesión Carretera San José-Caldera, Licitación Pública número 02-2004 (folios 80, 83, 253 y 254 del

expediente judicial), la representación de las empresas unidas en el Consorcio Euroestudios S.L.- IMSA Ingenieros Consultores S.A., otorgada al Ingeniero Carlos Alberto Méndez Navas, está supeditada a todo lo concerniente a la ejecución del contrato en vía administrativa hasta su liquidación, pero no a efecto de representar en la vía jurisdiccional a las empresas unidas en consorcio, razón por la cual, la representación de las empresas IMNSA Ingenieros Consultores S.A. y Euroestudios S.L., se mantiene absolutamente independiente en todos los supuestos que no estén específicamente estipulados en el acuerdo consorcial; c) Que desde el mes de septiembre del dos mil nueve, la ejecución del contrato y el cumplimiento de lo pactado por parte del consorcio -que precisamente constituyen los intereses comunes y la finalidad que provocó el establecimiento del consorcio (ver folios 80, 83, 253 y 254 del expediente judicial)-, más que encontrarse suspendidas, ya están siendo ejercidas por el Consorcio Cacisa-Cano Jiménez, conforme a los términos de la Contratación Directa número 2009CD-000007-00200, que fue autorizada por la Contraloría General de la República, conforme a lo dispuesto en los artículos 2 bis de la Ley de Contratación Administrativa y 205 párrafo último del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa; d) Que en el procedimiento administrativo de resolución contractual que tramita el Consejo demandado contra el Consorcio Euroestudios S.L.- IMSA Ingenieros Consultores S.A., el representante judicial y extrajudicial con facultades de apoderado generalísimo sin límite de suma de la empresa Euroestudios S.L. (folios 1296 a 1298 del expediente administrativo), solicitó que se le autorizara a actuar de manera separada en dicho procedimiento y que se le tuviera como parte, sin que el representante de IMNSA pudiera representarlo, pues adujo que "...El consorcio se formó para ejecutar el contrato y la representación que tenía IMNSA en el consorcio es exclusivamente para ese objetivo..." (folios 1299 y 1300 del expediente administrativo). Dicha gestión fue aceptada por el Consejo Nacional de Concesiones mediante resolución número RE/DAJ-002-20009 de las nueve horas del veintidós de septiembre del dos mil nueve, pues en términos generales consideró que "...dejando de lado que el Convenio Consorcial se mantiene vigente mientras la supervisión tenga existencia jurídica, la sociedad IMNSA goza, tanto como goza EUROESTUDIOS, de legitimación para expresar lo que estime conveniente en defensa de sus intereses..." (folios 1314 y 1315 del expediente administrativo). En consecuencia y por lo expuesto, se declara sin lugar el recurso de revocatoria.

5. Notificación Judicial de las Empresas que Conforman un Consorcio

[Tribunal Contencioso Administrativo, Sección II]^{xix}

Voto de mayoría

IV. El artículo 38 de la Ley de Contratación Administrativa expresa: “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...” . Por su parte, el numeral 41 del Reglamento General de la Contratación Administrativa, trata el tema de las ofertas en consorcio de la siguiente manera:

“41.1 Dos o más personas, físicas o jurídicas, pueden complementar sus antecedentes y experiencia, por medio de la presentación de una oferta en consorcio.

41.2 La utilización de esta modalidad de oferta no obliga a la creación de una nueva persona jurídica, aunque sí se requerirá de un acuerdo consorcial mediante el cual se establezcan los términos que regularán las relaciones entre las partes y sus relaciones con la Administración.

41.3 Una copia certificada del acuerdo de consorcio deberá ser presentada a la Administración, junto con la propuesta.

41.4 Los integrantes del consorcio responderán solidariamente por todas las obligaciones derivadas de la oferta, de la eventual adjudicación y su ejecución.”

Se tiene entonces, que ante la Administración contratante, el consorcio actúa como una sola unidad, respondiendo solidariamente por todas las consecuencias de su participación. Sin embargo, como la propia normativa lo expresa, las empresas que asumen esta figura, conservan su propia individualidad y no se crea una nueva persona jurídica. De ahí, que al impugnarse la resolución R-DAGJ-206-2003 en vía judicial, no puede entenderse que se demanda al “consorcio” pues éste carece de personalidad jurídica, sino a Lucent Technologies World Services Inc y a Lucent Technologies de Costa Rica S.A., y cada una de ellas, debe ser notificada en la persona de su representante legal y en el domicilio social fijado en el Registro Público.

CRITERIO DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE TRIBUTACIÓN DIRECTA

El Consorcio en la Contratación Administrativa

[Dirección General de Tributación Directa]^{xx}

Estimados Señores:

Con fundamento en el artículo 119 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios, se da respuesta a su escrito sin número presentado en esta Dirección General, el 31 de mayo del presente año, mediante el cual manifiestan lo siguiente:

I.- ANTECEDENTES

Manifiestan las consultantes que la empresa [...], era dueña de la finca No. [...] de la provincia de San José, con un área de 791.26 m²; en la cual había una casa de habitación.

Agregan que la empresa [...] era propietaria de la finca No. [...] ubicada en la provincia de San José, con un área de 791.18 m², en este terreno existía una casa de habitación.

Indican que las propiedades antes citadas, colindaban en sentido este-oeste, respectivamente y posteriormente formaron un nuevo inmueble, el número [...], con un área de 1512 m² plano catastrado No. [...] en [...], sector denominado "[...]", frente al parque [...], San José. Siendo las empresas citadas copropietarias en partes iguales de este inmueble.

Las sociedades indicadas manifiestan que suscribieron un contrato de colaboración empresarial, con una empresa constructora con la finalidad de desarrollar urbanísticamente el inmueble. Las partes designaron a la empresa constructora como promotora del proyecto, asumiendo la representación y gestión para cumplir con los objetivos del contrato. Además, acordaron las aportaciones de cada una de las partes y una participación igualitaria entre éstas y la empresa constructora. Además, de establecer reglas de administración, control y responsabilidades de cada una de ellos. Indican las consultantes, que los recursos del proyecto se manejan en una cuenta separada a nombre de la promotora, de la cual se realizan los desembolsos respectivos.

Manifiestan que el objeto del contrato de colaboración es la realización del proyecto constructivo, denominado [...], que consiste en un edificio habitacional en varios niveles como condominio vertical. Indican que ya se inició la obra constructiva.

Exponen que los contratos de colaboración empresarial se enmarcan dentro de las denominadas uniones temporales de empresas (UTE), que es el medio por el cual dos empresas se unen para la realización de una obra o prestación de servicios. Agregando que, en nuestro ordenamiento jurídico no se regula expresamente dicho contrato, aunque existen otros institutos que comparten su misma finalidad.

Añaden las interesadas que en relación con el Código de Comercio, en el capítulo XIII, del Libro Segundo, del Título I, en los artículos 663 y 664, se establece que las cuentas en participación no constituyen una nueva persona jurídica, agregando que el ordenamiento jurídico no le reconoce a ese acuerdo la condición de sujeto de derecho; es por esto que el gestor es quien asume la gestión del negocio y las acciones de terceros deben ser dirigidas contra él. Sin embargo, el uso de un nombre comercial común hará responder por las obligaciones contraídas a todos los participantes solidariamente.

Señalan que otra figura contemplada en nuestro ordenamiento jurídico es la del consorcio, pero no está prevista en el Código de Comercio; manifestando que en el artículo 38 de la Ley de Contratación Administrativa y el artículo 72 del Reglamento a esta Ley, se establece la posibilidad de que se presenten ofertas bajo la modalidad de consorcio. Adicionando que según lo expuesto por la Contraloría General de la República (en adelante CGR), se puede interpretar que el consorcio es como un contrato de colaboración entre dos o más empresarios, con la finalidad de unir esfuerzos para lograr un objetivo común, sin que sea necesaria la conformación de una sociedad entre ellos y que por la concentración de recursos responden solidariamente por las obligaciones.

Agregan que la CGR ha señalado la diferencia entre consorcio y fusión de empresas. Que los consorcios se dan por medio del agrupamiento de empresas que buscan tener regulaciones en común, subsistiendo cada una de ellas según su naturaleza jurídica y razón social.

Exponen las consultantes los criterios de los autores Eduardo Ortiz Ortiz, Gastón Certad Maroto y Antonio Brunetti, sobre los “consorcios”. Adicionan las interesadas que el consorcio se ubica en la categoría de los contratos de colaboración y auxilio o de cooperación económica, porque sus prestaciones no obedecen a intereses opuestos de las partes sino a intereses similares o idénticos, de naturaleza mercantil.

Indican las interesadas que con el análisis de las distintas formas de unión de empresas, el Tribunal Segundo Civil, Sección I, en la sentencia No. 00244 de las catorce horas diez minutos del veinticinco de junio de dos mil uno, definió “alianza estratégica” como un acuerdo entre dos o más empresas, las cuales mantienen su autonomía jurídica y realizan un objetivo común aportando recursos y la administración compartida de ellos.

Señalan las consultantes que la unión temporal de empresas, en sus distintas figuras jurídicas (colaboración, cuentas en participación, alianza, consorcio), constituye un importante instrumento para llevar a cabo proyectos, pues es un medio legal y seguro de concentración de los distintos recursos. De esta manera, las empresas se unen sin fusionarse y sin perder su autonomía jurídica o patrimonial; esto en concordancia con la referencia que hacen las interesadas sobre lo indicado en el “Diccionario de Derecho Usual” de Guillermo Cabanellas.

Respecto al tratamiento tributario, las consultantes señalan que el artículo 17 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios (en adelante CNPT), cataloga como contribuyentes a las personas respecto de las cuales se verifica el hecho generador de la obligación tributaria. Agregando que, en el artículo 2 de la Ley del Impuesto sobre la Renta (en adelante LISR), se indica que son contribuyentes todas las personas jurídicas con actividades lucrativas y esa condición también se le otorga a las cuentas en participación, entendiendo que éstas últimas no tienen personalidad jurídica. Sin embargo, la normativa tributaria no profundiza en esa figura, así como en la forma de registrar y contabilizar las transacciones; y adiciona que, en el caso de los fideicomisos, el fiduciario tiene la obligación de separar los bienes y registrar con independencia las actividades correspondientes a cada patrimonio.

Las consultantes hacen referencia al artículo 18 del CNPT, sobre la obligación de los contribuyentes de cumplir con los deberes formales. En ese mismo sentido, hacen alusión a lo externado por los autores Juan Martín Querat y Carmelo Lozano Serrano en su obra “Curso de Derecho Financiero y Tributario”.

Manifiestan las interesadas que una unión temporal o consorcio, se han considerado como contribuyentes, aún sin poseer personalidad jurídica, como es el caso de las cuentas en participación.

Las interesadas hacen referencia a la Ley General Tributaria española, en lo referente a que los sujetos que carezcan de personalidad jurídica pueden ser considerados sujetos del derecho tributario.

II.- CONSULTA CONCRETA

Las consultantes solicitan el criterio de esta Dirección General, sobre cuál es el tratamiento tributario para el desarrollo conjunto de un proyecto inmobiliario.

FUNDAMENTO JURÍDICO

Las interesadas fundamentan su consulta de conformidad con lo establecido en los artículos: 17 y 18 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios, Ley N° 4755 de 3 de mayo de 1971 y sus reformas; 2 de la Ley del Impuesto sobre la Renta N° 7092 de 21 de abril de 1988; 663 y 664 del Código de Comercio, Ley N° 3284 de 3 de abril de 1964 y sus reformas; 38 de la Ley de Contratación Administrativa N° 7494 de 24 de abril de 1995 y sus reformas y el artículo 72 del Reglamento a esta ley.

III.- CRITERIO DE LA CONSULTANTE

Indican las interesadas que el contrato de colaboración indicado en los antecedentes de este documento, supone una unión temporal de empresas que constituye un patrimonio separado con las aportaciones individuales de cada uno de sus integrantes y dirigido a la realización de un fin común; adoptándose reglas de organización y funcionamiento propias.

De la colaboración empresarial, formalizada en un contrato privado, surge una unidad económica con patrimonio propio y autonomía funcional; por lo que consideran que dicha entidad tiene condición de contribuyente, y por lo tanto deberá llevar registros y contabilidad separada hasta el cumplimiento de su objeto y posteriormente sus rendimientos se trasladarán a sus integrantes, los que estarán sujetos al pago del impuesto sobre la renta.

Consideran que la Administración Tributaria deberá asignarle al “ [...] ” un número en el Sistema de Identificación de Contribuyentes “SIC”, y la administración de la unión temporal de empresas, llevará los registros y la contabilidad del proyecto en forma separada e independiente, debiendo cumplir los deberes formales vigentes como cualquier contribuyente.

Manifiestan las interesadas que el patrimonio de la unión temporal de empresas estará formado por las participaciones y aportes de sus integrantes, que una vez liquidado será devuelto a éstos; más los rendimientos que genere el proyecto, debiendo gravarse únicamente esos beneficios según la condición de cada uno. Agregan las interesadas que las facturas, comprobantes, recibos y pagos se podrán hacer a nombre del contribuyente [...], o debidamente asignadas (cedidas) por cada uno de los integrantes.

En resumen indican que la unión temporal de empresas formalizada en un contrato de colaboración empresarial permite el surgimiento, también temporal, de un nuevo contribuyente, el cual realizará su objeto y administrará el patrimonio para construir y

vender el edificio habitacional indicado. Para todo efecto, se tratará esa unión temporal como cualquier otro contribuyente, aunque desprovisto de personalidad jurídica y por tiempo determinado para el logro del fin común.

IV.- CRITERIO DE ESTA DIRECCIÓN GENERAL

Esta Dirección General les indica que previo a resolver la presente consulta, es necesario tomar en cuenta los siguientes aspectos:

El artículo 17 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios (en adelante CNPT) dispone lo siguiente:

“Son contribuyentes las personas respecto de las cuales se verifica el hecho generador de la obligación tributaria. Dicha condición puede recaer:

(...) b) En las personas jurídicas, en los fideicomisos y en los demás entes colectivos a los cuales otras ramas jurídicas atribuyen calidad de sujetos de derecho (...).”

Asimismo, conforme lo dispone el artículo 2 de la Ley del Impuesto sobre la Renta, son contribuyentes de ese impuesto: *“a) Las personas jurídicas legalmente constituidas (...) y las cuentas en participación que haya en el país”*.

Respecto a las cuentas en participación, es importante indicar que constituyen una alternativa de inversión que consiste en que una empresa que ejerce una actividad económica, es decir, el gestor; capta fondos de distintos inversores que de esta forma participan en los resultados de un negocio concreto que esa empresa desarrolla. Las cuentas en participación se encuentran definidas en los artículos 663, 664, 665 y 666 del Capítulo XIII del Código Comercio. En ese sentido, se indica que los contratos de este tipo no están sujetos a prueba escrita ni a registro; además que las cuentas en participación no constituyen personas jurídicas, y es por esto que carece de razón social, patrimonio colectivo y domicilio propio. Además que, el gestor es el único que se considera dueño del negocio en las relaciones externas que produce la participación.

Según se expuso, debe existir un contribuyente que declare tributariamente las cuentas en participación en su calidad de gestor^{9[1]}, ya que las cuentas en participación carecen de domicilio propio y personalidad jurídica.

Por su parte, otra figura contemplada en el ordenamiento jurídico es la del “consorcio”, que se encuentra definida en la Ley de Contratación Administrativa, la cual señala que es:

“(...) una forma de asociación permitida por la ley, para presentar ofertas en procedimientos de contratación administrativa, que no conlleva la creación de una persona jurídica distinta de sus integrantes. Con ello se permite que los participantes combinen fortalezas técnicas, logísticas o financieras, con la seguridad para la Administración de que el régimen de responsabilidad solidaria cubre las actuaciones de las partes.” (El subrayado no corresponde al original).

De acuerdo con lo expuesto, esas uniones de empresas no generan la creación de una persona jurídica distinta de sus integrantes; por lo que cada uno mantiene su autonomía e independencia.

Por otra parte, mediante el oficio DGT-1082- 06 del 24 de julio de 2006, esta Dirección General emitió el criterio sobre los casos en que varias empresas se unen para realizar un proyecto común, manifestando que a pesar de que *“las tres compañías se integran en la figura de “acuerdo consorcial” para efectos comerciales, en nuestro ordenamiento jurídico siguen siendo personas jurídicas independientes, que deben ser contribuyentes cada una por separado”*; tal como en este caso consultado en que ambas empresas son personas jurídicas y contribuyentes del impuesto sobre la renta, por lo que deben cumplir con los deberes materiales y formales en forma independiente.

Con fundamento en lo expuesto, es criterio de esta Dirección General que el [...], carece de personalidad jurídica propia, y por sí solo el proyecto no puede considerarse como un contribuyente temporal; por tal razón las empresas consultantes deben presentar individualmente sus declaraciones tributarias considerando la proporción de su participación, en concordancia con los ingresos que generen las ventas de los condominios y los gastos en los que incurran en el proyecto mencionado; de conformidad con los deberes y obligaciones tributarias que establecen las leyes que rigen la materia.

Además, esta Dirección General tampoco comparte el criterio de las consultantes cuando manifiestan que las facturas, los comprobantes, los recibos y los pagos se podrán hacer a nombre del [...], o cederlas a éste por cada uno de los integrantes; ya que como se indicó, tanto las declaraciones juradas tributarias, como el cumplimiento de los otros deberes formales y materiales deben presentarse en forma individual por cada una de las empresas que intervienen en este proyecto, declarando lo que debidamente le corresponde a cada una de las citadas contribuyentes.

Finalmente, se le indica que de conformidad con el artículo 156 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios, contra el presente oficio puede interponer el recurso de apelación ante el Tribunal Fiscal Administrativo, dentro de los 15 días hábiles siguientes a la fecha en que le sea notificado este oficio.

Atentamente,

Francisco Villalobos Brenes

Director General de Tributación

ADVERTENCIA: El Centro de Información Jurídica en Línea (CIJUL en Línea) está inscrito en la Universidad de Costa Rica como un proyecto de acción social, cuya actividad es de extensión docente y en esta línea de trabajo responde a las consultas que hacen sus usuarios elaborando informes de investigación que son recopilaciones de información jurisprudencial, normativa y doctrinal, cuyas citas bibliográficas se encuentran al final de cada documento. Los textos transcritos son responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan el pensamiento del Centro. CIJUL en Línea, dentro del marco normativo de los usos según el artículo 9 inciso 2 del Convenio de Berna, realiza citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley N° 6683 (Ley de Derechos de Autor y Conexos); reproduce libremente las constituciones, leyes, decretos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de la Ley N° 6683. Para tener acceso a los servicios que brinda el CIJUL en Línea, el usuario(a) declara expresamente que conoce y acepta las restricciones existentes sobre el uso de las obras ofrecidas por el CIJUL en Línea, para lo cual se compromete a citar el nombre del autor, el título de la obra y la fuente original y la digital completa, en caso de utilizar el material indicado.

ⁱ ASAMBLEA LEGISLATIVA. Ley 7494 del dos de mayo de dos mil cinco. **Ley de Contratación Administrativa**. Vigente desde 08/06/1995. Versión de la norma 23 de 23 del 02/05/2014. Publicada en: Gaceta N° 110 del 08/06/1995. Alcance 20C.

ⁱⁱ PODER EJECUTIVO. DECRETO EJECUTIVO 33411 del veintisiete de setiembre de dos mil seis. **Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa**. Vigente desde: 04/01/2007. Versión de la norma 9 de 9 del 17/09/2013. Publicado en: Gaceta N° 210 del 02/11/2006.

ⁱⁱⁱ PODER EJECUTIVO. DECRETO EJECUTIVO 33411 del veintisiete de setiembre de dos mil seis. **Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa**. op cit. supra nota. 2.

^{iv} PODER EJECUTIVO. DECRETO EJECUTIVO 33411 del veintisiete de setiembre de dos mil seis. **Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa**. op cit. supra nota. 2.

^v PODER EJECUTIVO. DECRETO EJECUTIVO 33411 del veintisiete de setiembre de dos mil seis. **Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa**. op cit. supra nota. 2.

^{vi} PODER EJECUTIVO. DECRETO EJECUTIVO 33411 del veintisiete de setiembre de dos mil seis. **Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa**. op cit. supra nota. 2.

^{vii} PODER EJECUTIVO. DECRETO EJECUTIVO 33411 del veintisiete de setiembre de dos mil seis. **Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa.** op cit. supra nota. 2.

^{viii} PODER EJECUTIVO. DECRETO EJECUTIVO 33411 del veintisiete de setiembre de dos mil seis. **Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa.** op cit. supra nota. 2.

^{ix} PODER EJECUTIVO. DECRETO EJECUTIVO 33411 del veintisiete de setiembre de dos mil seis. **Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa.** op cit. supra nota. 2.

^x ASAMBLEA LEGISLATIVA. Ley 7762 del catorce de abril de mil novecientos noventa y ocho. **Ley General de Obras Públicas con Servicios Públicos.** Vigente desde: 22/05/1998. Versión de la norma 5 de 5 del 17/12/2008. Publicada en Gaceta N° 98 del 22/05/1998, Alcance: 17.

^{xi} CERTAD MAROTO, Gaston. (s.f.). **El Consorcio en Costa Rica como Contrato de Cooperación Económica y como Sujeto de Derecho.** En Revista Judicial N° 94. Escuela Judicial. Disponible en la página web de la Escuela Judicial, Poder Judicial, Costa Rica: http://sitios.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial/archivos%20actuales/documents/revs_juds/rev_jud_94/principal.html

^{xii} JINESTA LOBO, Ernesto. (2010). **Tratado de Derecho Administrativo: Contratación Administrativa. Tomo IV.** Editorial Guayacán. San José, Costa Rica. Pp 302-304.

^{xiii} JINESTA LOBO, Ernesto. (2010). **Tratado de Derecho Administrativo: Contratación Administrativa. Tomo IV.** op cit. supra nota. 12. P 311.

^{xiv} JINESTA LOBO, Ernesto. (2010). **Tratado de Derecho Administrativo: Contratación Administrativa. Tomo IV.** op cit. supra nota. 12. P 459.

^{xv} TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN PRIMERA. Sentencia 125 de las ocho horas con veinticinco minutos del catorce de marzo de dos mil once. Expediente: 06-001233-0163-CA.

^{xvi} TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN CUARTA. Sentencia 101 de las ocho horas con quince minutos del veintinueve de octubre de dos mil trece. Expediente: 12-001358-1027-CA.

^{xvii} TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN OCTAVA. Sentencia 25 de las once horas del veintiocho de marzo del año dos mil doce. Expediente: 10-000385-1027-CA.

^{xviii} TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEXTA. Sentencia 1036 de las siete horas cuarenta minutos del dieciocho de marzo del año dos mil diez. Expediente: 09-003286-1027-CA.

^{xix} TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA. Sentencia 431 de las once horas con veinte minutos del tres de septiembre del dos mil cuatro. Expediente: 03-000270-161-CA.

^{xx} DIRECCIÓN GENERAL DE TRIBUTACIÓN DIRECTA. Oficio DGT-487-2011. Emitido en San José el día siete de julio de dos mil once.