

El consorcio o asociación en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, propuestas para su regulación.

Robert Friend Macías¹ y Romy Torres Calderero²

Fecha de recepción:

23 de junio, 2017

Fecha de aprobación:

24 de noviembre, 2017

Resumen

El presente trabajo de investigación tiene como objetivo analizar a la asociación o consorcio respecto de su falta de regulación en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, señalando aspectos importantes como la normativa que procura regularla sin alcanzar su objetivo. Además, se pretende comparar la realidad jurídica del Ecuador con la de otros países latinoamericanos en cuanto a esta controversial figura. Se realizó un estudio profundo aplicando una metodología cualitativa comparativo sobre la normativa que trata los consorcios desde el punto de vista constitucional, civil, societario y de la contratación pública, sin dejar de un lado las resoluciones del Servicio Nacional de Contratación Pública que indican ciertas reglas para la conformación de asociaciones o consorcios que busquen contratar con la administración pública y sus instituciones. Este estudio permitió concluir la falta de regulación de esta institución objeto de este trabajo investigativo y dio paso a las recomendaciones para su inclusión en los diferentes cuerpos jurídicos.

Palabras claves: consorcio, asociación, societario, contratación, pública.

Abstract

The objective of this research work is to analyze the association or consortium regarding its lack of regulation in the Ecuadorian legal system, noting important aspects such as the regulations that seek to regulate it without achieving its objective. In addition, the aim is to compare the legal reality of Ecuador with that of other Latin American countries regarding this controversial figure. An in-depth study was carried out applying a qualitative comparative methodology on the regulations that treat the consortiums from the constitutional, civil, societal and public procurement point of view, without neglecting the resolutions of the National Public Procurement Service that indicate certain rules for the creation of associations or consortiums that seek to contract with the public administration and its institutions. This study allowed to conclude the lack of regulation of this institution object of this investigative work and gave way to recommendations for its inclusion in the different legal bodies.

Keywords: Consortium, association, corporate, public, procurement.

¹Docente a tiempo de la Facultad de Derecho, Política y Desarrollo. Universidad de Especialidades Espíritu Santo, Km 2.5 Vía Puntilla, Samborondón, Ecuador. Robertfriendm@gmail.com ; robertfriend@uees.edu.ec

²Universidad de Especialidades Espíritu Santo, Km 2.5 Vía Puntilla, Samborondón, Ecuador

Introducción

A partir de la evolución del hombre a lo largo de los años, éste se ha visto en la necesidad de trabajar en conjunto para conseguir sus cometidos. Desde su forma más primitiva, el ser humano se aliaba con los de su misma especie para realizar actividades que facilitarían su supervivencia, tales como la caza, la pesca o incluso la lucha contra quienes amenazarán la seguridad de sus pueblos. A pesar de su poco raciocinio, el hombre buscaba unirse siempre al más fuerte, pues caso contrario la alianza fracasaría.

A medida que surgía el desarrollo del comercio se crean las sociedades mercantiles, por lo cual nace la necesidad de cooperar las unas con las otras a fin de unir fuerzas contra la competencia. Sin embargo, en algunos de los casos lo que se pretendía no era crear persona jurídica distinta de las existentes, sino más bien trabajar en conjunto por un determinado periodo de tiempo, para ejecutar determinada labor. Dicha unión se forma a partir de las voluntades de las partes, con la finalidad última de satisfacer ambas necesidades, tomando el nombre desde el punto de vista jurídico actual, de asociación o consorcio.

La asociación o consorcio no debe confundirse con la figura de persona jurídica, pues los requisitos para su perfeccionamiento en la esfera del derecho son completamente distintos. Las personas jurídicas pueden conformar consorcios, pero un consorcio no es una nueva persona jurídica¹. Sin embargo, cabe enfatizar que el consorcio o asociación sí tiene personalidad jurídica distinta a

¹El concepto de persona jurídica hace referencia al sujeto de derecho, es decir el ente que ostenta o es titular de derechos y obligaciones en el marco jurídico, mientras que la personalidad jurídica se refiere a la capacidad de contraer derechos y obligaciones dentro la esfera del derecho, esta capacidad la tienen las fundaciones, fideicomisos, etc.

las personas naturales o jurídicas que lo conforman. Es así que nace la complejidad de perfeccionamiento de la mencionada figura, lo cual va de la mano con su carencia de regulación.

Respecto de esta última rama, aparece el *Compromiso de Asociación o Consorcio* el cual en caso de adquirir derechos de adjudicación, adquiere a su vez la obligación de constituir el consorcio en los términos establecidos en el compromiso suscrito por las partes.

El consorcio en la legislación ecuatoriana

El presente trabajo analiza la figura del consorcio comenzando por la Constitución (Asamblea Constituyente, 2008), pues ésta reconoce a la asociación como un derecho humano, en el art. 66, num. indica que “se reconoce y garantizará a las personas: El derecho a asociarse, reunirse y manifestarse en forma libre y voluntaria”.

Frente a esto, el Dr. Miguel Hernández Terán considera que el mencionado derecho apenas se encuentra reconocido en el texto de la Constitución de la República, la cual por otro lado, no se refiere bajo ninguna circunstancia a los consorcios como tal. Sin embargo, de lo indicado en la Carta Magna se destaca que “el contenido fundamental de ese derecho se manifiesta en tres dimensiones o facetas complementarias: La libertad de creación de asociaciones y de adscripción a las ya creadas; la libertad de no asociarse y dejar de pertenecer a las mismas; y, finalmente, la libertad de organización y funcionamiento internos sin injerencias públicas” (Gómez-Ferrer, Ortega, y Carulla, 2010).

En virtud de lo indicado, se considera imprescindible que los partícipes de una asociación lo hagan de manera voluntaria,

pues de lo contrario, no se hablaría del derecho de asociación en un sentido constitucional. Es así, que la creación de asociaciones o consorcios han contribuido enormemente a la evolución del derecho de asociación, pues se concibe como una de las herramientas que les permite el ejercicio del mismo.

Al conformar un consorcio, éste se ve limitado hasta cierto punto, pues al hablar de su aplicación en las demás ramas del derecho, la figura no se encuentra debidamente regulada. La Ley de Compañías (Congreso Nacional, 1999) rige la amplia gama de sociedades mercantiles en la legislación ecuatoriana; por su parte, en cuanto a la conformación de consorcios entre personas jurídicas, hace una pequeña mención en su art. 432, la cual únicamente se encarga de establecer que la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros tiene la función de vigilancia y control de “las asociaciones y consorcios que formen entre sí las compañías o empresas extranjeras, las que formen con sociedades nacionales vigiladas por la entidad, y las que éstas últimas formen entre sí”, la ley no realiza una distinción concreta respecto de las compañías y consorcios, sin embargo se entiende de forma tácita que el concepto de asociación o consorcio es mucho más amplio al mencionar que las sociedades mercantiles pueden formar parte de éstos, es así que autores como Cabanellas consideran que “la distinción entre estas dos figuras se ve en alguna medida dificultada por la ambigüedad del concepto de asociación” (1993, p. 278).

Esta agrupación de empresas, que menciona someramente la Ley de Compañías, nace con el fin de lograr crecimiento económico y fortalecimiento patrimonial. Por ello, desde el punto de vista societario se concibe al consorcio como “aquel conjunto de

agrupaciones empresariales, constituidas por personas jurídicas que tienen por objeto realizar una actividad económica específica en forma mancomunada” (Rincón, 2008, p. 3).

Por otro lado, existe la regulación de asociaciones o consorcios en el ámbito de la contratación pública, la cual aún se encuentra en desarrollo y en la actualidad aún resulta ser pobre. Recientemente el Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP), como ente regulador de la contratación pública, publicó en su portal institucional una codificación de todas las resoluciones emitidas desde su creación (SERCOP, 2018). En la normativa, constan disposiciones que rigen la conformación de consorcios y se consolidan los esfuerzos por regular la figura en este ámbito. Cabe decir que la base de algunas de estas disposiciones surgen del derecho societario, como el tema de la duración del consorcio, respecto del cual el Dr. Jorge Egas señala que “el consorcio tiene una duración transitoria, limitada al negocio particular que une a sus miembros; los cuales no tienen *affectio societatis*; esto es, la intención de asociarse para unir sus aportes” (2005, p. 107).

De igual manera es en la contratación pública, pues el consorcio se disolverá una vez que se ejecute la obra materia del concurso público, se preste el servicio, o se entregue el bien requerido por la entidad contratante. En ese sentido, cabría resaltar uno de los efectos que resulta de la falta de regulación del consorcio en materia de contratación pública y provoca la falta de aplicación de la ley en el ámbito societario, y es pues, que luego de adjudicada una oferta de un consorcio, no forma parte de los requisitos de formalización para suscribir el contrato el hecho de que el consorcio debe inscribirse en la Superintendencia de

Compañías, Valores y Seguros, razón por la cual ésta no tiene control y vigilancia sobre los consorcios que resultan como producto de un concurso público y no se estaría cumpliendo en su totalidad lo indicado en el art. 432 de la Ley de Compañías.

Por otro lado, un aspecto particular encontrado es que para participar en procedimientos de contratación pública no es necesario contar con un consorcio legalmente constituido al momento de la presentación de la propuesta, ya que para efectos de calificación de la misma basta con presentar un formulario creado por el SERCOP. Este formulario haría las veces de *compromiso de asociación o consorcio*, con el cual las partes se comprometen a constituir el consorcio si su oferta resulta ganadora. Es decir, luego de adquirir derechos de adjudicación².

Aplicación en el ámbito de la contratación pública

El compromiso de asociación o consorcio para participar en procedimientos de contratación pública.

La asociación o consorcio se ha visto utilizada mayormente en el campo de la contratación pública, es por ello que continúan los esfuerzos por parte del SERCOP, ente rector en la materia, al procurar su regulación. En el año 2011 el Servicio Nacional de Contratación Pública publicó la Resolución INCOP No. 052-2011, dedicándole un capítulo a la participación en calidad de consorcios o asociaciones. Actualmente el capítulo 3 de la mencionada resolución, el cual hace referencia a las asociaciones, consorcios o compromiso de asociación o consorcio, se encuentra derogado en virtud de la entrada en vigencia de la Resolución No. RE-SERCOP-2016-0000072, también referida

²Derechos que adquiere una persona natural o jurídica luego de notificados como la oferta ganadora en un procedimiento de contratación pública.

como *Codificación de Resoluciones del SERCOP*.

Como primer punto, la resolución vigente hace referencia al derecho de asociación, indicando que las personas naturales y jurídicas, siempre que consten registradas en el Registro Único de Proveedores (RUP³) tienen el derecho de presentar sus ofertas de forma asociada. Al tratarse de consorcios, el tema de la habilitación en el RUP ha creado gran controversia al momento de su interpretación, ¿basta con la habilitación de uno de los consorciados? ¿Deben encontrarse habilitados ambos miembros del consorcio? ¿Si se trata de un compromiso de asociación o consorcio el cual aún no se encuentra constituido, de igual manera sus partes deben constar en el RUP?

Pablo Dávila (2016) en su obra *Banco de preguntas en el Sistema Nacional de Contratación Pública* (2016) absuelve dichas incógnitas en base a un pronunciamiento de la Procuraduría General del Estado contenida en el oficio No. PGE. 08843 de fecha 21 de agosto del 2009, el cual indica:

Se concluye que, los participantes en la licitación que presenten sus ofertas asociadas o con compromiso de asociación o consorcio, deben constar cada uno, individualmente como proveedores habilitados en el Registro Único de Proveedores, con anterioridad a la presentación de las ofertas. (p. 244).

De lo mencionado existe un efecto práctico, en el caso de las compañías extranjeras no domiciliadas en el Ecuador, deben al menos registrarse en el RUP para suscribir el contrato, de no hacerlo en el plazo establecido la entidad contratante deberá declarar a los

³Base de datos administrada por el SERCOP en la cual constan las personas naturales y jurídicas habilitadas para participar en procedimientos de contratación pública.

consorciados como adjudicatarios fallidos, lo cual se puede verificar mediante oficio No. AG-2014-00394 de fecha 08 de enero del 2014, constante en expediente de la Municipalidad de Guayaquil respecto del proceso R2-LICBS-MIMG-018-2010, en el cual se evidencia la adjudicación al consorcio *LAS IGUANAS* el cual según art. 113 del Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCOP, 2008) tuvo treinta días para formalizar el compromiso, sin embargo por no encontrarse inscrito en el RUP no entregó los documentos habilitantes a tiempo.

Otro aspecto importante es que al presentar una oferta en un procedimiento de contratación, los oferentes deberán llenar una serie de formularios indicados en el pliego⁴ del proceso, el cual es público y se encuentra elevado al Portal Institucional del SERCOP. Dentro de los mencionados formularios, se encuentra uno llamado *Formulario de compromiso de asociación o consorcio*. A partir de la entrada en vigencia de la Resolución No. RE-SERCOP-2016-0000072, se indica en el art. 35 que el compromiso de asociación o consorcio se deberá presentar en documento privado.

En relación con lo anterior, las entidades contratantes han interpretado que con la presentación del mencionado formulario bastaría para presentar la oferta y acreditar la participación mediante compromiso de asociación o consorcio. Este aspecto fue un cambio fundamental, ya que el derogado capítulo 3 de la Resolución INCOP No. 052-2011, indicaba que además del formulario que provee el SERCOP, el compromiso de asociación o consorcio debería otorgarse mediante instrumento público siempre que el

presupuesto referencial del procedimiento en el que se participe supere el valor resultante de multiplicar el coeficiente 0,000015 por el monto del presupuesto inicial del estado del correspondiente ejercicio económico⁵, y en el caso que no supere dicho valor bastaba con la presentación de un documento privado debidamente suscrito por sus partícipes en el cual deberían de constar varios requisitos establecidos por el SERCOP, los cuales se mencionarán a fondo posteriormente.

La asociación o consorcio adquiere gran relevancia en el ámbito de la contratación pública pues se la considera un mecanismo de fomento a la participación nacional e igualdad, pues este último “exige que todos los oferentes se encuentren en la misma situación, contando con las mismas facilidades. El principio prohíbe cualquier tipo de preferencia a un oferente en particular” (Zúñiga, 2014, p. 72), ambos principios se encuentran establecidos en el artículo 4 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Regulaciones contempladas en las resoluciones del SERCOP

El Servicio Nacional de Contratación Pública⁶ “es un ente público creado, de acuerdo con el art. 10 de la LOSNCOP (2017), para asegurar y exigir el cumplimiento de los objetivos del Sistema Nacional de Contratación Pública” (Tapia, 2014, p. 87), el cual se encuentra integrado por el conjunto de principios, normas, procedimientos y demás mecanismos que permitan la ejecución y control de las contrataciones realizadas por las entidades contratantes. En virtud de lo mencionado, la LOSNCOP le otorga varias

⁵ En la actualidad dicho valor corresponde a un monto aproximado de USD \$447.526,47.

⁶ Denominación que sustituye al Instituto Nacional de Contratación (INCOP) a partir de la reforma publicada en Registro Oficial Suplemento 100 de 14 de Octubre del 2013.

⁴Documento precontractual, elaborado por las Entidades Contratantes en base a modelos establecidos por el SERCOP.

atribuciones, entre las cuales se encuentra la de expedir normativa complementaria a la mencionada ley y su reglamento general (Muñoz, 2001, p. 129).

Por lo expuesto, habría que remitirse a Resolución No. 052-2011, pues fue la primera resolución que tuvo como finalidad regular los consorcios, y realizar una comparación con la vigente Resolución No. RE-SERCOP-2016-0000072. La esencia normativa de ambas resoluciones referidas anteriormente es básicamente la misma, sin embargo, se han encontrado diferencias significativas principalmente en cuanto a los requisitos que deben cumplir los proveedores para presentar su oferta en calidad de compromiso de asociación o consorcio.

Entre los aspectos relevantes a destacar de la comparación entre las mencionadas resoluciones se encuentra que la Resolución No. 052-2011 hace referencia a la preferencia nacional, la cual procura que al presentarse una oferta cuyos consorciados sean de origen de la localidad en la cual se lanzó el concurso, se aplicarían los márgenes de preferencia, es decir mayores puntajes, mayores posibilidades de resultar como la oferta ganadora, etc., un aspecto que se omite completamente en la Resolución No. RE-SERCOP-2016-0000072. Esta diferencia no es la única, pues se puede hablar de los cambios que han existido al momento de indicar los requisitos que deben constar en el documento de compromiso de asociación o consorcio.

Es pertinente resaltar el tema de los requisitos del compromiso de asociación, pues este es quizás el aspecto más importante que verificará la entidad contratante al momento de evaluar una oferta presentada en conjunto. Frente a esto, cabe decir que, ambas resoluciones tratan el tema de los requisitos

para presentar una oferta en compromiso de asociación o consorcio. Como primer aspecto, mencionado anteriormente en este trabajo, la Resolución No. 052-2011 indicaba que, cuando el presupuesto referencial del proceso en el que se pretenda ofertar en compromiso de asociación sobrepase el valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,000015 por el monto del presupuesto inicial del estado del presente año fiscal, el compromiso de asociación o consorcio debía otorgarse mediante escritura pública, y en los casos que el monto sea inferior bastaría con un documento privado suscrito por los partícipes. Por otro lado, la Resolución vigente indica en su art. 36 que de resultar adjudicado el compromiso de asociación o consorcio, éste deberá ser formalizado mediante instrumento público en un plazo no mayor a treinta días, disposición que no constaba en la Resolución No. 052-2011, ya que de alguna manera se obligaba a que los partícipes lo formalicen previo a la presentación de las ofertas.

En cuanto a los requisitos como tal, se puede decir que se encuentran los mismos en ambas resoluciones, los cuales en síntesis son: La identificación de las partes, designación del procurador común, el detalle valorado de los aportes de cada partícipe, determinación de obligaciones que contraerán las partes en la ejecución del contrato, el porcentaje de participación de cada miembro, la indicación del código del procedimiento en el que se presentará oferta en compromiso, en cuanto al cumplimiento de las obligaciones la determinación de la responsabilidad solidaria e indivisible de los partícipes, la obligación de constituir el consorcio en el plazo establecido en la ley, así como la indicación del plazo del compromiso como tal en caso de resultar adjudicatario.

Respecto de la comparación de ambas

resoluciones es pertinente señalar que las diferencias son muy poco significativas, sin embargo, en cuanto a la presentación de la oferta en calidad de compromiso de asociación o consorcio cabe decir que sí se consideraría necesario mantener la postura de la resolución derogada pues al presentar el compromiso en un documento privado y no mediante escritura pública, esto dificultaría a las entidades contratantes de ejercer algo de control sobre éste ámbito.

La asociación o consorcio en el ámbito civil y mercantil

Frente a la necesidad de otras figuras de asociación además de las ya existentes sociedades mercantiles, nace la figura del consorcio. En la realidad de nuestro ordenamiento jurídico ecuatoriano no existen antecedentes legislativos ni jurisprudenciales sobre esta figura jurídica, es por ello que habrá que remitirse a la primera forma de asociación, siendo esta la sociedad civil.

La naturaleza jurídica del consorcio en un principio se desprende del contrato de sociedad civil como primera forma de asociación tal cual lo expresa el Código Civil ecuatoriano (2016) en su art. 1957 indica que la:

Sociedad o compañía es un contrato en que dos o más personas estipulan poner algo en común, con el fin de dividir entre sí los beneficios que de ello provengan. La sociedad forma una persona jurídica, distinta de los socios individualmente considerados.

En definitiva el contrato de sociedad es un contrato típico y respecto de lo indicado en el artículo *ibidem* se pueden distinguir dos aspectos importantes: el consorcio es una figura contractual atípica en virtud de

carecer de reglamentación y consecuencia de aquello no se lo reconoce como persona jurídica pero sí tiene personalidad jurídica la cual le permite tener esa capacidad y aptitud para contraer derechos y obligaciones.

Entre los esfuerzos de los juristas por tratar de determinar un concepto, se puede destacar el señalado por Egas en su artículo *El Consorcio*:

Se trata de un grupo de personas (naturales o jurídicas) que se unen de manera circunstancial para ejecutar una determinada actividad, que no tiene el carácter de permanente como lo tiene la sociedad, en orden a organizar de mejor manera su actividad, pero conservando cada una de ellas su individualidad y responsabilidad frente a los terceros con quien negocian. (2005, p. 107).

Por otro lado, el consorcio se diferencia también de las sociedades mercantiles pues éstas últimas, para existir, deben de cumplir con una serie de requisitos que no son necesarios para la conformación del consorcio, principalmente al hablar del principio de *affectio societatis*, el cual es vital para la creación de una sociedad mercantil (Cabanellas, 1994, p. 15). La doctrina clásica concibe a la *affectio societatis* como una voluntad de unión de los socios, como un vínculo de simpatía y de confraternidad entre ellos (Borda, 1999, p. 488). Este principio o requisito como lo refieren algunos autores, es el ánimo de asociarse, al ánimo de poner algo en común para beneficiarse de ello, así como de crear una persona jurídica distinta de las personas que la conforman sean estas naturales o jurídicas.

La figura del consorcio no contempla lo mencionado en líneas antecedentes ya que éste se conforma para perseguir una

finalidad, un objetivo, un propósito en común, como la ejecución de una obra, la prestación de un servicio o la adquisición un bien, pues:

La unión en la figura consorcial está impulsada, principalmente, por la necesidad imperiosa de aunar esfuerzos requeridos para el fin que se busca, ya que sería muy difícil o casi imposible que cualquiera de las sociedades o personas naturales puedan hacerlo por sí solas. (Cassis, 2002, p. 48).

Otro aspecto que se debe destacar es el de la temporalidad en razón que las sociedades mercantiles son creadas para llevar a cabo una actividad comercial de forma permanente en el tiempo, mientras que a través del consorcio, las partes unen esfuerzos en busca de la obtención de un resultado concreto establecido incluso en el contrato, razón por la cual una vez alcanzado el objetivo, la existencia del consorcio cesará.

En cuanto a normativa, no existe un cuerpo legal que regule la conformación de consorcios. La Ley de Compañías (2017) simplemente se limita a mencionar que es una de las varias entidades que se encuentran bajo el control y vigilancia de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, de lo cual se excluye tácitamente a los consorcios que resultan adjudicados en materia de contratación pública, pues no se obliga a su inscripción en la mencionada institución.

Administración del consorcio: ¿a quién le corresponde y cuáles son sus funciones?

A diferencia de las sociedades mercantiles, las cuales cuentan con un representante legal producto de la nueva persona jurídica que se crea, Egas indica respecto de la

administración de los consorcios que:

Tratándose de una agrupación transitoria y con un fin específico, no constituye una persona jurídica independiente; ni tiene capital propio, ni posee representante legal, administrándose a través de un mandatario que posee los poderes que le han otorgado los intervinientes en la misma. (2005, p. 112).

En virtud de lo mencionado se entendería que el procurador común actuaría como un mandatario, pues las resoluciones del SERCOP no señalan un artículo específico en el cual se concreten las funciones del procurador común. Sin embargo, a lo largo de la Codificación de Resoluciones del SERCOP se pueden encontrar varias disposiciones que dan a entender la posibilidad de que sí exista como tal un representante legal de los consorcios sin perjuicio del procurador común que se estipula en contrato de asociación (Méndez, 2014, p. 45).

El art. 35 de la Codificación de Resoluciones del SERCOP señala como requisito del compromiso de asociación o consorcio, la designación del procurador común como el “representante o representantes, con poder o representación suficiente para poder actuar durante la fase precontractual”. En virtud de lo mencionado anteriormente y al indicar que el procurador será el responsable de actuar en la fase precontractual, la misma normativa indica que será el encargado de formalizar el compromiso en caso de resultar la oferta adjudicada y deberá también de ocuparse de la inscripción del consorcio constituido en el RUP, para lo cual llenará y suscribirá un formulario impreso del Portal Institucional del SERCOP, además de un acuerdo de responsabilidad.

Falencias y vacíos que existen respecto del consorcio y la importancia de su regulación

Según Egas, la figura del consorcio “es comúnmente aceptada en la práctica negocial ecuatoriana, especialmente en el sector de la construcción, pero no ha sido suficientemente analizada en los círculos jurídicos del país” (2005, p. 105).

A pesar de su escasa regulación, es una institución que ha adquirido gran acogida en la actualidad, pues los empresarios han encontrado varios beneficios, principalmente económicos, como resultado de la asociación entre empresas. Cabe acotar que la falta de regulación de la figura del consorcio en ciertas ocasiones puede ser objeto de abuso del derecho, por lo que es importante dejar claro que los consorcios no se crearon para eludir procedimientos (Romero, 2014, p. 116).

En definitiva, se necesita de un cuerpo legal que no solo integre todas las disposiciones dispersas que hacen referencia al consorcio, sino que establezcan los parámetros concretos para su conformación. La falta de dichos parámetros conllevan a varias incógnitas, como la imposibilidad de determinar su naturaleza jurídica de manera clara, por lo cual predominan dos posturas: “La tesis 1 sostiene que el consorcio tiene naturaleza eminentemente contractual. En contraposición, la tesis 2 sostiene que el consorcio es un tipo de sociedad y, por ende, da origen a una nueva persona jurídica” (Orellana, 2016, p. 55), la doctrina y la práctica dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano se ha acogido a la primera tesis, pues al carecer de regulación el contrato de asociación o consorcio será considerado por las partes como el único instrumento donde consten sus obligaciones. Habría

que enfatizar que, la primera postura no quiere decir que al consorcio no se le atribuya personalidad jurídica, sino que éste simplemente no origina una persona jurídica.

En el ámbito societario, la figura del consorcio tiene practicidad. Sin embargo, una vez más no existe normativa que rijan este contrato de colaboración empresarial. La omisión de regular esta figura por parte de la Ley de Compañías (2017) llama la atención, pues si la misma norma indica que los consorcios serán vigilados y controlados por la Superintendencia de Compañías, habría que preguntarse ¿cómo ejercerá esa atribución de vigilancia y control si la misma ley falla en establecer lineamientos para su funcionamiento?

Por otro lado, si bien es cierto que la materia de contratación pública es la que más se esfuerza en regular la figura, aún le falta abarcar ciertos campos (Barillas, 2016, p. 143), pues en lugar de regular la participación de los consorcios en estos tipos de procedimientos, inserta el compromiso de asociación o consorcio, procurando que solo se constituya formalmente en caso de resultar ganador de un concurso público. Además falta profundizar en cuanto a las funciones que deberá desarrollar el procurador común como representante del consorcio.

Por lo expuesto se considera pertinente insertar reformas que contemplen la mencionada figura, principalmente en el ámbito societario, pues:

El legislador no puede continuar legislando respecto de los viejos moldes jurídicos, esto constituye un retardo ante los adelantos de la ciencia y la técnica, ante la aparición de nuevos fenómenos económicos que ha hecho abandonar la utopía de que la sociedad anónima es el mecanismo más adecuado para

lograr movilizar los ingentes recursos que requiere el desarrollo económico. (Caizahuano, 2009, p. 171).

Los consorcios en el derecho comparado

Venezuela

En la legislación venezolana el consorcio es considerado como una figura contractual atípica. Se ubica como un contrato de colaboración empresarial como consecuencia de las necesidades que surgieron a partir de la globalización y la expansión económica y mercantil; es así que, en cuanto a la personalidad jurídica:

En concordancia con la realidad actual del derecho civil y mercantil venezolano y la jurisprudencia patria, el consorcio, es visto como una figura atípica, que cuenta sólo con el reconocimiento de una personalidad jurídica precaria, debido a que son las sociedades o empresas que lo integran las que tienen su propia personalidad jurídica. (Rincón, 2008, p. 3).

Venezuela es uno más de los países en los cuales el consorcio es considerado como modalidad de agrupación de empresa, la cual no consta dentro de ningún texto legal, no se determina su concepto, limitación, obligaciones de las partes, y demás aspectos imprescindibles para su funcionamiento y administración.

Perú

La legislación peruana procuró desarrollar normativa concreta que rijan los contratos de colaboración empresarial pues no tardaron en notar que a través de estos se facilitaba la ejecución de diversas actividades que involucraban una mayor producción. El ordenamiento jurídico contempla dos formas de colaboración empresarial: el

contrato de asociación en participación y el consorcio. En cuanto a la normativa jurídica aplicable, se puede mencionar que la Ley General de Sociedades regula a los contratos asociativos en general, incluyendo el consorcio. Además, existe la Ley de Contratación Estatal y su Reglamento, los cuales regulan la conformación de consorcios cuyos objetivos son los de contratar con la administración pública. Finalmente, en cuanto a su naturaleza jurídica, “éstos no generan una persona jurídica; por tanto, la asociación en participación y el consorcio no tienen personalidad jurídica ya que su naturaleza es eminentemente contractual” (Orellana, 2016, p. 37).

Argentina

Las distintas formas de agrupación empresarial han permitido un gran desarrollo en el ámbito. Cabe mencionar que la primera forma de consorcio fue concebida en este país, en la ciudad de Buenos Aires en el año 1928. En virtud de la escasez de trabajo, un grupo de taxistas decidió unirse a fin de acabar con el método de oferta individual, ofreciendo viajes a colectivos, cobrando determinado valor por pasajero y ya no se trabajaría por cuenta propia sino en agrupación.

A partir de este antecedente es que surgieron varias formas de asociación empresarial, cuyo objeto es facilitar o desarrollar determinadas fases de la actividad empresarial particular en beneficio de cada una de las partes. (Verón, 2006, p. 909).

Conclusiones y Recomendaciones

De lo expuesto en el presente trabajo se evidencia la pobre regulación hacia el consorcio por parte de la legislación ecuatoriana. A su vez, se ha destacado la importancia de la figura principalmente en

el ámbito societario y de la contratación pública, donde tiene una presencia significativa.

Se concluye que el consorcio no forma persona jurídica distinta a quienes lo conforman pero este sí tiene personalidad jurídica pues se encuentra en la capacidad de contraer obligaciones con terceros.

El compromiso o asociación de consorcio creado por el SERCOP no tiene personalidad jurídica y peor aún constituye persona jurídica alguna, pues este es apenas una promesa de constituir el consorcio en caso de que concurran una serie de eventos estipulados en la ley.

Se recomienda, realizar las reformas pertinentes a la Ley de Compañías pues ésta no considera en el contenido de su texto, al consorcio como un ente jurídico mercantil, cuando en definitiva lo es. Es pertinente establecer aspectos como quiénes lo integran, cantidad de miembros, limitación de las responsabilidades de éstos, vigencia del consorcio, etc.

En cuanto al ámbito de la contratación pública no cabría mucho que decir, simplemente prestar un poco más de atención a regir los consorcios legalmente constituidos y que en dicha calidad pretenden participar en concurso públicos, pues el SERCOP toma en consideración principalmente al compromiso, más no al consorcio como tal. Incluso la normativa en contratación pública no obliga a que los consorcios una vez constituidos sean inscritos en la Superintendencia de Compañías, lo cual debería regularse a fin de que este ente ejerza control y supervisión sobre ellos, en concordancia con lo indicado en la Ley de Compañías.

Finalmente, se deja constancia de la importancia de esta figura pues con una mejor

regulación definitivamente se impulsaría la economía y el comercio, pues éste sirve como alianza estratégica empresarial.

Referencias

- Barillas, E. (abril de 2016). Propuesta para la creación de la ley de consorcios y uniones temporales de empresas (Tesis de maestría). Universidad Rafael Landívar, Guatemala de la Asunción, Guatemala. Recuperada de <http://recursosbiblio.url.edu.gt/tesiseortiz/2016/07/02/Barrillas-Enrique.pdf>
- Borda, G. (1999). *Manual de contratos* (vol. 1) (18ª ed.). Buenos Aires, Argentina: Editorial Perrot.
- Cabanellas de las Cuevas, G. (1993). *Introducción al Derecho Societario* (vol. 1). Buenos Aires, Argentina: Editorial Heliasta S.R.L.
- Cabanellas de las Cuevas, G. (1994). *El contrato de sociedad* (vol. 2). Buenos Aires, Argentina: Editorial Heliasta S.R.L.
- Caizahuano, R. (2009). El Consorcio. En *Las otras clases de compañías en el Ecuador*. Guayaquil, Ecuador: Academia Ecuatoriana de Derecho Societario.
- Cassis, N. (2002). *Combinación de Sociedades*. Guayaquil, Ecuador: Universidad de Especialidades Espíritu Santo.
- Dávila, P. (2016). *Banco de preguntas en el Sistema Nacional de Contratación Pública*. Quito, Ecuador: Cevallos Editora Jurídica.
- Egas, J. (noviembre d (Gómez-Ferrer, Ortega, & Carulla, 2010)e 2005). El Consorcio. *Derecho Societario*, 8, 103-113.

- Hernández, M. (2016). *El contenido esencial de los derechos - doctrina y jurisprudencia-*. Quito, Ecuador: Cevallos Editora Jurídica.
- Méndez, R. (2014). *La responsabilidad de los miembros del consorcio en la ejecución de los contratos suscritos con el estado* (Tesis de maestría). Universidad Privada Antenor Orrego, Trujillo, Perú. Recuperada de http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKewjiyo7r-9fZAhVPwFkKHeOZBUQQFgglMAA&url=http%3A%2F%2Frepository.upao.edu.pe%2Fbitstream%2Fupaorep%2F737%2F1%2FM%25C3%2589NDEZ_RICHARD_RESPONSABILIDAD_MIEMBROS_CONSORCIO.pdf&usq=AOvVaw1A-FDXvaGA8mB EWFE6aBBu
- Muñoz, M. (octubre de 2001). *Contratación pública* (Documento en línea). Recuperado de http://mmcdesign.com/revista/wp-content/uploads/2002/02/15_Contratacion_Publica.pdf
- Orellana, L. K. (Diciembre de 2016). *Personalidad jurídica de los consorcios* (Tesis de grado). Universidad San Francisco de Quito, Quito, Ecuador. Recuperada de <http://repositorio.usfq.edu.ec/bitstream/23000/5984/1/129346.pdf>
- Rincón, H. (octubre de 2008). La personalidad jurídica del consorcio en Venezuela. *Comercium et Tributum*, 1. Recuperado de <http://publicaciones.urbe.edu/index.php/comercium/article/viewArticle/176/189>
- Romero, E. (mayo-agosto, 2015). Consideraciones sobre la asociación público-privada. *Revista de Ciencias Jurídicas*, 137, 99-145. Recuperado de <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/21973/22157>
- Tapia, M. (agosto de 2014). *Colusión en compras públicas y sus impactos en la economía del estado y los efectos socioeconómicos causados a los ecuatorianos en el año 2012* (Tesis de grado). Universidad Central del Ecuador, Quito, Ecuador. Recuperada de <http://www.dspace.uce.edu.ec/bitstream/25000/3955/1/T-UCE-0013-Ab-248.pdf>
- Verón, A. (2006). *Tratado de los conflictos societarios*. Buenos Aires, Argentina: Editorial La Ley.
- Zúñiga, C. (20 de diciembre de 2011). Contratación Pública en Ecuador [Actualizado el 7 de octubre de 2016]. *Revista Jurídica*, 4, 67-82. Recuperado de <http://www.revistajuridicaonline.com/2011/12/contratacion-publica-en-ecuador/>

Leyes consultadas:

- Asamblea Constituyente del Ecuador. (2008). *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*. Registro Oficial Suplemento 395, 4 de agosto de 2008 [Última reforma 20 de marzo de 2017].
- Asamblea Constituyente del Ecuador. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Decreto Legislativo 0. Registro Oficial 442, 20 de octubre de 2008 [Última reforma 21 de diciembre de 2015].
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2016). *Código Civil ecuatoriano* Registro Oficial Suplemento 46, 24 de Junio de 2005 [Última reforma 22 de mayo de 2016].

Congreso Nacional del Ecuador. (1999). *Ley de compañías*. Registro Oficial 312, 5 de noviembre de 1999 [Última reforma 22 de mayo de 2016].

Director General SERCOP. (2016). *Codificación y actualización de las resoluciones emitidas por el servicio nacional de contratación pública*. Resolución No. RE-SERCOP-2016-0000072. Recuperada de https://subastademedicamentos.compraspublicas.gob.ec/pdf/INSTRUCTIVO_ACTUALIZADO_SICM.pdf

Presidencia de la República del Ecuador. (2009). *Reglamento a la Ley Orgánica Sistema Nacional Contratación Pública*.

Decreto Ejecutivo 1700. Registro Oficial Suplemento 588, 12 de mayo de 2009 [Última reforma 20 de marzo de 2013]. Recuperado de https://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/wp-content/uploads/downloads/2016/11/CONTRATO-REGLAMENTO_A_LA_LEY_ORGANICA_SISTEMA_NACIONAL_CONTRATACION_PUBLICA.pdf

Expedientes:

1. Contrato No. R2-LICBS-MIMG-018-2010. Notificación de adjudicatario fallido al consorcio “LAS IGUANAS” mediante oficio No. AG-2014-00394, suscrito por el Alcalde de Guayaquil.

Para citar este artículo utilice el siguiente formato:

Friend, R. y Torres, R. (julio-diciembre de 2017). El consorcio o asociación en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, propuestas para su regulación. *YACHANA, Revista Científica*, 6(3), 34-46.