

1.2-480

Ibagué, 09 de diciembre de 2015

Doctor:
JOSÉ HERMAN MUÑOZ ÑUNGO
Rector

RECIBIDO
15 DEC 2015
[Handwritten signature]

15 DEC -9 P 2:35

UNIVERSIDAD DEL TOLIMA
RECTORIA Y VICERRECTORIA

Asunto: Concepto jurídico - Viabilidad Pagos parciales Contrato de obra No. 0671-14, de conformidad con el artículo 28 de la Ley 1755 de junio 30 de 2015.

Respetado doctor Muñoz Ñungo;

En atención a su solicitud y en calidad de asesor jurídico, me permito dar el siguiente concepto jurídico, respecto al asunto:

PROBLEMA JURÍDICO

¿Es viable jurídicamente que la Universidad del Tolima realice el pago del Acta parcial No. 02 del Contrato de obra No. 0671-14 suscrito con el Consorcio CLB Tolima 2014, a una cuenta bancaria a nombre del Representante del Consorcio?

ARGUMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO

Con el fin de desentrañar el tema que nos ocupa, es imprescindible acudir en obligado análisis a la génesis y naturaleza jurídica de los consorcios o uniones temporales, para así descender sobre lo dispuesto por el código de comercio y la superintendencia financiera en materia de cuentas bancarias en estos casos; lo anterior en parangón con un estudio profundo sobre las facultades que legales que posee el representante del consorcio o la unión temporal y el desarrollo jurisprudencial del mismo, para finalizar dando respuesta fundada al interrogante planteado. Para ello, analizaremos el caso en acápites de la siguiente forma:

[Handwritten mark]

I. LOS CONSORCIOS Y UNIONES TEMPORALES EN LA UNIVERSIDAD DEL TOLIMA – RÉGIMEN ESPECIAL DE CONTRATACIÓN – REMISIÓN NORMATIVA EXPRESA.

Para dilucidar el tema objeto de estudio, es necesario precisar que la Universidad del Tolima es una entidad autónoma del Estado, es decir, pertenece a aquellos entes autónomos que no se enmarcan en la estructura del Estado dentro de ninguna rama del poder público, sino que surgen como autónomos a las demás ramas del Estado a pesar de su carácter estatal; dentro de estos entes se encuentra la Comisión Nacional de Televisión, el Banco de la República, las Corporaciones Autónomas Regionales y la Universidades públicas.

Así las cosas, la Constitución Política de Colombia y la Ley 30 de 1992 previeron que las Universidades Públicas tuviesen la autonomía de darse sus propias reglas, entre otras, en materia de contratación.

Como consecuencia de lo anterior, la Universidad del Tolima expide el Acuerdo 011 de 2005 que rigió las relaciones contractuales para la época de suscripción del contrato objeto de estudio. Este Estatuto definió en su artículo 5º y sus párrafos consiguientes, la facultad de contratar con Consorcios y Uniones temporales, realizando una copia textual del artículo 7º de la Ley 80 de 1993, a saber:

“ARTÍCULO 5º. DE LOS CONTRATISTAS La Universidad del Tolima podrá celebrar contratos con personas naturales y jurídicas, nacionales o extranjeras, consideradas legalmente capaces, dentro de las disposiciones vigentes. También podrá contratar con consorcios y uniones temporales. Las personas naturales o jurídicas extranjeras deberán demostrar su idoneidad para suministrar bienes o servicios a la Universidad, y sujetarse en todos los aspectos a la legislación colombiana.

PARÁGRAFO 1º. Entiéndase por CONSORCIO, la concurrencia de dos o más personas para presentar en forma conjunta una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente por todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato. En consecuencia, las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato, afectarán a todos los miembros que lo conforman.

PARÁGRAFO 2º. Entiéndase por UNION TEMPORAL, la concurrencia de dos o más personas para presentar en forma conjunta una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente por el cumplimiento total de la propuesta y del objeto del contrato; pero las sanciones por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato, se imputarán de acuerdo con la participación en la ejecución de cada uno de los miembros de la unión temporal.

ℓ

PARÁGRAFO 3º. Los proponentes indicarán si su participación es a título de consorcio o de unión temporal, y en este último caso, señalarán los términos y extensión de la participación en la propuesta y en su ejecución, los cuales no podrán ser modificados sin el consentimiento previo de la Universidad.

Los miembros del consorcio y de la unión temporal deberán designar a la persona que para todos los efectos los representará, y señalarán las reglas básicas que regulen las relaciones entre ellos y su responsabilidad. (Subrayas y negrillas por fuera de texto).

Se puede concluir entonces, que la Universidad del Tolima dispuso traer la figura de los Consorcios y Uniones temporales de la Ley 80 de 1993, pues se realizó una transcripción expresa de lo contenido en el artículo 7º de la citada Ley, por lo que se entiende la remisión expresa de esta figura y en consecuencia le aplica lo dispuesto en este asunto frente a la contratación pública general.

Por último, como quiera que se da aplicación a la figura de los Consorcios y Uniones temporales regulado en las normas generales de contratación pública, el Honorable Consejo de Estado ha sido reiterativo en manifestar que este tipo de asociaciones NO CONSTITUYEN UNA NUEVA PERSONA, por lo que los integrantes de la Unión Temporal o Consorcios continúan respondiendo autónomamente frente a la ejecución contractual y su representación sólo se utiliza para fines tributarios en la expedición de Registro único tributario.

Así lo ha considerado el alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo:

"(...) En relación con las Uniones Temporales y los Consorcios, figuras descritas en el artículo 7 de la Ley 80 y autorizadas expresamente en el artículo 6 de ese mismo estatuto para "(...) celebrar contratos con las entidades estatales (...)", cabe señalar que resulta evidente que se trata de agrupaciones de contratistas u organizaciones empresariales que no configuran una persona jurídica nueva e independiente respecto de los miembros que las integran. En ese sentido, tanto la jurisprudencia del Consejo de Estado como la de la Corte Constitucional han señalado, de manera uniforme y reiterada, que el consorcio o la unión temporal que se conformen con el propósito de presentar conjuntamente una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato con una entidad estatal no constituyen una persona jurídica diferente de sus miembros individualmente considerados" (...) así pues, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha expresado que "[E]l consorcio es entonces una forma no societaria de relación o de vinculación de actividades e intereses entre distintas personas que no genera otra persona jurídica, con miras a obtener la adjudicación, celebración y ejecución de contratos, regida por las condiciones que tienen a bien acordar los participantes del consorcio, y por tanto, correspondiente al ámbito de actividad e iniciativa privada, no obstante la responsabilidad solidaria y la penal establecidas en la ley (arts. 7º y 52, ley 80 de 1993)"². (Subrayas por fuera del texto original)

¹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA Consejo ponente: Mauricio Fajardo Gómez Bogotá D.C., septiembre veinticinco (25) de dos mil trece (2013).

² Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 30 de enero de 1997, radicación número 942.

En consecuencia queda claro que los Consorcios y Uniones temporales NO CONSTITUYEN una nueva persona, sino que se trata de una forma de asociación empresarial que se rige por la actividad privada y las disposiciones establecidas en el acuerdo que realicen las partes, sin perjuicio de la responsabilidad en la ejecución y sanciones para cada figura.

II. LA REPRESENTACIÓN LEGAL DE CONSORCIOS – FACULTADES DEL REPRESENTANTE LEGAL.

Como se ha reiterado anteriormente en este escrito, la figura de los Consorcios y Uniones temporales fue extractada literalmente del artículo 7º de la Ley 80 de 1993, por lo que es menester hacer transcripción de la misma así:

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

Consortio: Cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato. En consecuencia, las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato, afectarán a todos los miembros que lo conforman.

Unión Temporal: Cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato respondiendo solidariamente por el cumplimiento total de la propuesta y del objeto contratado, pero las sanciones por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato se impondrán de acuerdo con la participación en la ejecución de cada uno de los miembros de la unión temporal

PARÁGRAFO 1. Los proponentes indicarán si su participación es a título de consorcio o unión temporal y, en este último caso, señalarán los términos y extensión de la participación en la propuesta y en su ejecución, los cuales no podrán ser modificados sin el consentimiento previo de la entidad estatal contratante.

Los miembros del consorcio y de la unión temporal deberán designar la persona que, para todos los efectos, representará al consorcio o unión temporal y señalarán las reglas básicas que regulen las relaciones entre ellos y su responsabilidad.

PARÁGRAFO 3. En los casos en que se conformen sociedades bajo cualquiera de las modalidades previstas en la ley con el único objeto de presentar una propuesta, celebrar y ejecutar un contrato estatal, la responsabilidad y sus efectos se regirá por las disposiciones previstas en esta ley para los consorcios.

El Honorable Consejo de Estado en reciente jurisprudencia se ha referido a las facultades del Representante de los Consorcios y Uniones temporales, a saber:

"(...) Así, en la medida en que la ley no hizo distinción alguna acerca de la totalidad de los efectos para los cuales se hará la designación del representante del consorcio o unión temporal, es claro que no podrá hacerlo el intérprete. De manera que al determinar que las facultades correspondientes comprenderán todos los efectos, en ellos deben entenderse incluidas las actuaciones de índole precontractual y contractual que puedan y deban desplegarse en sede administrativa, como por ejemplo aquellas encaminadas a definir los términos de la oferta y la presentación de la misma; notificarse de la decisión de declaratoria de desierta, si a ella hubiere lugar e interponer el correspondiente recurso de reposición; notificarse de la resolución de adjudicación; celebrar el correspondiente contrato; constituir y presentar, para aprobación, las garantías que aseguren su cumplimiento; formular cuentas de cobro o facturas; recibir los pagos; efectuar las entregas o cumplir las prestaciones a que hubiere lugar; convenir modificaciones, ajustes, adiciones o prórrogas; concurrir a la liquidación del contrato y acordar los términos de la misma; lograr acuerdos o conciliaciones; notificarse de los actos administrativos de índole contractual que expida la entidad contratante e impugnarlos en vía gubernativa, etc (...)"

(...)

Para abundar en razones se destaca el inciso segundo del párrafo primero del artículo séptimo de la citada Ley 80, determina que "[l]os miembros del consorcio y de la unión temporal deberán designar la persona que, para todos los efectos, representará al consorcio o unión temporal (...)", cuestión que obliga a resaltar que el legislador no limitó y no condicionó, en modo alguno, el amplio alcance de las facultades que, por mandato normativo, acompaña a quien se designe como representante de una de esas organizaciones, lo cual se opone por completo a las indicaciones anteriormente formuladas por la Sala en cuanto se venía sosteniendo que el representante de un consorcio o unión temporal tendría facultades para los solos efectos relativos a la celebración y ejecución del contrato.

En la medida en que la ley no hizo distinción alguna acerca de la totalidad de los efectos para los cuales se hará la designación del representante del consorcio o unión temporal, es claro que no podrá hacerlo el intérprete. De manera que al determinar que las facultades correspondientes comprenderán todos los efectos, en ellos deben entenderse incluidas las actuaciones de índole precontractual y contractual que puedan y deban desplegarse en sede administrativa. Así mismo, resulta apenas natural que la representación del consorcio o de la unión temporal, en los términos de la ley, para todos los efectos, comprenderá por igual las actuaciones procesales que deban emprenderse o desplegarse con el propósito de reclamar o defender en juicio los derechos derivados de la propuesta o del contrato, en tanto la norma legal en cita lo que pretendió es que en el caso de la celebración de contratos estatales con consorcios o con uniones temporales, por ella misma autorizados

de manera expresa, la Administración Pública pueda contar con un solo y único interlocutor válido que, a la vez, disponga de facultades amplias y suficientes.”³

Por último, esta sentencia al hacer referencia a la interlocución de la entidad estatal con el Consorcio o Unión temporal, señaló:

Por el contrario, la norma legal en cita lo que pretendió es que en el caso de la celebración de contratos estatales con consorcios o con uniones temporales, por ella misma autorizados de manera expresa (artículo 6. Ley 80), la Administración Pública pueda contar con un solo y único interlocutor válido que a la vez, disponga de facultades amplias y suficientes, esto es para todos los efectos, que le permitan, de manera ágil y eficiente, ventilar, discutir, convenir, decidir o notificarse de aquellos asuntos de índole contractual que por su naturaleza están encaminados a satisfacer el interés general, como es propio de los contratos de Derecho Público.

Así pues, el representante del consorcio o de la unión temporal, que por ley debe ser designado para todos los efectos, lo es de la agrupación empresarial en su conjunto, del ente al cual se refiere la ficción legal y no de cada uno de sus integrantes individualmente considerados, cuestión que se condensa en la máxima que enseña que el todo es más que la simple suma de sus partes. (...)⁴

Visto lo anterior, es indubitable interpretar que el Representante para todos los efectos del Consorcio o Unión temporal tiene facultades para cualquier trámite ante la entidad estatal, es decir, ostenta la competencia para formular cuentas de cobro, recibir pagos, notificarse de actos administrativos y cualquier otro que sea necesario, pues sus facultades son para todos los efectos que pueda considerar la entidad estatal.

Así mismo, no se observa en el Acta de conformación del Consorcio suscrita el 17 de julio de 2014 ni en documento posterior, ninguna limitación a las facultades del Representante legal y especialmente, respecto al manejo de los recursos a cargo del Consorcio o la revocatoria de su designación; por el contrario, en la cláusula Cuarta del Acta señalan que el Representante del Consorcio está autorizado para contratar, comprometer, negociar y representar al Consorcio.

III. CUENTA BANCARIA A NOMBRE DE CONSORCIOS Y UNIONES TEMPORALES.

Para no extendernos en el estudio de las cuentas bancarias a partir de lo estatuido en el Código de Comercio y el Estatuto Financiero, es imprescindible traer a

³ Consejo de Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez, Radicación número: 25000232600019971393001.

⁴ Consejo de Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez, Radicación número: 25000232600019971393001.

l

debate el más reciente pronunciamiento de la Superintendencia financiera, del 25 de marzo de 2015 (Concepto jurídico No. 2015011812002), en el cual señalan lo siguiente:

*"(...) Este criterio fue igualmente confirmado por la Dirección Jurídica de esta SFC en Memorando No. 2014031879-005 del 11 de junio de 2014 al concluir lo siguiente.
"(...) Sobre el particular, sea lo primero señalar que el criterio expresado de tiempo atrás por esta Superintendencia respecto de la imposibilidad legal de que los consorcios y uniones temporales sean titulares de productos financieros se ha sustentado en que tales figuras jurídicas carecen de personalidad jurídica propia y, por tanto, no cuentan con capacidad para entablar relaciones jurídicas negociales diferentes a los contratos estatales, pues en dicho escenario -a partir de una ficción legal- cuentan con expresa autorización para contratar, consagrada en el artículo 6º de la Ley 80 de 19936*

(...)

Conforme a lo expuesto, resulta claro que los consorcios y las uniones temporales en tanto no comportan una personalidad jurídica distintas a sus integrantes no podrán ser titulares de cuentas bancarias y otros productos bancarios, por lo cual en caso de cheques girados a nombre de tales figuras deberá examinarse en la respectiva cuenta corriente o de ahorros si ella o ellas, están abiertas a nombre de uno o de varios de los integrantes del consorcio (y en donde se tenga previsto acreditar el pago del respectivo cheque), para determinar quién o quienes están facultados para recibir y cobrar el respectivo título valor.

Lo anterior, por cuanto quienes integran un consorcio (dada precisamente la inexistencia de personalidad jurídica) pueden abrir una cuenta corriente con pluralidad de personas en los términos del artículo 1384 del Código de Comercio o también podrán designar a uno de los integrantes como titular para su manejo, en cuyo caso efecto, deberán observarse las condiciones establecidas para la vinculación de clientes de que trata el sub- numeral 4.2.2.2.1., numeral 4.2., Capítulo IV, Título IV de la Parte I de la Circular Básica Jurídica (Circular Externa 029 de 2014)10, expedida por este Organismo, aspectos contractuales que en cada caso habrán de examinarse para establecer quién o quienes, a nombre del consorcio, estarán facultados y/o legitimados para cobrar y hacer efectivo el pago del correspondiente cheque."

De acuerdo con lo anterior, para la Superintendencia financiera existen dos (2) posibilidades en la apertura de productos financieros: la primera, que se dé apertura a una cuenta corriente con pluralidad de personas de acuerdo al artículo 1384 del Código de Comercio o que se haya designado uno de los integrantes como titular. Para el caso objeto de estudio, sucedió la segunda hipótesis planteada por la Superintendencia, dado que los miembros del Consorcio designaron a una persona para todos los efectos, es decir, que designaron a un tercero, que además es integrante del Consorcio, para que fungiera para todos los efectos como Representante y administrador responsable de la inversión y manejo de los recursos del consorcio, por lo que como quiera que fue designado, es a la cuenta de esta persona que se deben girar los dineros correspondiente a este contrato y éste responderá como administrador frente a los demás consorciados.

e

En todo caso, se resalta que para efectos de las relaciones entre particulares, se da aplicación al principio de permisión que señala "todo lo que no esta prohibido, esta permitido" para lo cual al analizar el contenido del acta consorcial, no se encuentra alguna prohibición para el representante, de no cobrar o recibir los pagos, en consecuencia, es a este a quien debe girarse los recursos correspondientes al contrato estatal. Lo anterior, sin perjuicio de las sanciones o responsabilidad en que incurra el administrador del consorcio como representante del mismo.

Finalmente, vale la pena resaltar que en el Contrato de obra No. 0671-14 no se pactó ninguna condición especial para efectos del trámite y forma de pago de las Actas parciales como la que nos ocupa en el presente caso, tan sólo se señala en su cláusula Tercera respecto al desembolso del valor del contrato que " y un 60 % en pagos parciales sobre obra ejecutada previa autorización del interventor y supervisor.

Como consecuencia de lo anterior, debe asumir la Universidad en aplicación del principio de Buena fe en las relaciones contractuales y los antecedentes normativos, doctrinarios y jurisprudenciales, y sin prueba en contrario, que el Representante del Consorcio se encuentra facultado para tramitar y recibir a la cuenta que se señale en virtud de su calidad especial, todos los pagos que se desprendan de la ejecución del contrato en mención. No sobra advertir que dichos pagos en modo alguno se deben considerar como una entrega informal o una muestra de mera liberalidad por parte de la Universidad; por el contrario, éste y cualquier otro pago son reflejo de operaciones técnicas y financieras que cuentan con la aprobación de la Interventoría y los correspondientes supervisores como producto de porcentajes de ejecución de la obra, efectivamente certificados y por ende, implican una obligación de la entidad estatal de hacerlos efectivos.

Cordialmente,


ALFONSO COVALEDA SALAS
Asesor jurídico

Aj/Alfonso Andres Covaleda S / Claudia Toro