

LA IDENTIFICACION DEL CONSORCIO CON LA SOCIEDAD DE HECHO

Enrique Gaviria Gutiérrez
Abogado Universidad de
Antioquia. Profesor
Universitario.

II

IDEAS GENERALES

Es bien sabido que los elementos esenciales del contrato de sociedad son el acuerdo de voluntades en torno a la realización de una cierta actividad económica, la obligación de hacer aportes y el propósito de distribuir las utilidades que se obtengan.

De esta manera, cuando se hallen presentes estos tres elementos básicos, será imposible negar que el negocio que los contenga corresponde a una sociedad auténtica y, si además de ellos, el contrato ha sido celebrado por escritura pública, la compañía tendrá personería jurídica y disfrutará de capacidad de goce y ejercicio dentro de los límites de su objeto; faltando, en cambio, la formalidad indicada, el acuerdo se identificará necesariamente con una sociedad de hecho.

El planteamiento anterior, que podría ser dudoso respecto de ciertas legislaciones extranjeras, no admite vacilación en el ámbito de la ley colombiana, ya que esta, al contrario de aquellas, no ofrece, para los negocios asociativos con ánimo de lucro, esquemas diferentes del de sociedad, como por ejemplo las uniones transitorias de empresas, reconocidas y reguladas en el derecho positivo argentino.

Además, aun dentro del esquema legal de la sociedad, las normas colombianas no permiten la formación de compañías atípicas o inno- minadas, puesto que las que se formen deben corresponder necesaria- mente a alguna de las cuatro clases de sociedad regular (anónima, limitada, en comandita y colectiva) o, en último término, a la sociedad de hecho.

En consecuencia, cuando varias personas naturales o jurídicas han acordado realizar conjuntamente una cierta actividad económica, obligándose al aporte de bienes o servicios y pactando además la distribución de las utilidades que eventualmente se obtengan, estos contratantes no podrán negar que han formado una sociedad ni sus- traerse a alguno de los cuatro tipos de compañía regular o al de la sociedad de hecho.

En otros términos: Si las partes celebran un negocio cuyos elementos esenciales coinciden con los de alguno de los esquemas contractuales previstos en la ley, ellas no podrán escapar a las regulaciones y a los efectos del tipo legal dentro del cual se han colo- cado voluntariamente.

Así por ejemplo, si alguien transfiere a otro un determinado bien a título gratuito, ambos estarán en la imposibilidad de sustraerse a los efectos propios de la donación, tal como están regulados en el Código Civil, a pesar de que le hayan dado al contrato una denomi- nación diferente.

II

EL CONSORCIO ES SOCIEDAD DE HECHO

Las anteriores reflexiones son exactamente aplicables al caso de los consorcios, esto es, de los contratos de asociación que celebran, cada vez con mayor frecuencia, personas naturales o jurídicas, casi siempre con finalidad de realizar en común una determinada obra pública.

No solo no podrá negarse que estos consorcios son auténticas sociedades de hecho, sino desconocerse que corresponden, preci- samente, al ejemplo más claro y actual de tal tipo legal de compañía.

En efecto, los miembros de un consorcio siempre se ponen de acuerdo para la realización de una cierta actividad económica, concre- tada en la obra o labor que han licitado de manera previa; además, a esta manifestación de voluntad, que contiene un inequívoco pro- pósito de asociación, se agrega la obligación a cargo de cada parte de cumplir en beneficio del consorcio ciertas prestaciones de dar, como la transferencia de determinados bienes, o por lo menos de hacer, como la ejecución de ciertos servicios, a todo lo cual se añade el pacto de distribuir las ganancias que se obtengan, o las pérdidas que se sufran, en las proporciones convenidas.

Se configura así una identificación completa entre el acuerdo consorcial y el esquema legal de la sociedad, puesto que aquel contiene exactamente los mismos elementos esenciales de esta; y además esa sociedad no puede ser otra que la de hecho, a menos que, por excepción, los integrantes del consorcio opten por la realización de la obra o la ejecución de la labor por conducto de una determinada sociedad regular, debidamente constituida por escritura pública, siempre y cuando así lo permitan las normas administrativas pertinentes.

Más aún: Estos consorcios reúnen no solamente los tres elementos citados, del acuerdo, los aportes y la distribución de las ganancias, sino también otros dos, que el Código de Comercio no ha exigido en forma expresa, pero que también son propios de la estructura de toda sociedad mercantil y aún civil; se trata de una cierta estabilidad o duración y de una relación de igualdad entre las partes; en efecto, es obvio que el consorcio nunca se forme para la realización de una operación momentánea y resulta igualmente claro que entre los consorciados no hay una relación jerárquica, puesto que ninguno de ellos está subordinado al otro, con todo lo cual resulta todavía más completa, si se quiere, la identificación entre consorcio y sociedad de hecho.

Naturalmente, no se niega que puedan existir casos en los cuales un determinado consorcio no sea sociedad, porque falten aportes o porque no exista pacto de distribución de ganancias; pero, se repite, esto no es lo que ocurre en la práctica sino, exactamente, todo lo contrario, puesto que con frecuencia se observa que los miembros del consorcio celebran por escrito su pacto de asociación, con numerosas y minuciosas estipulaciones acerca de sus aportes, de los órganos de dirección, administración, representación y control, de la distribución de las utilidades, de la forma de repartirlas, etc., etc., conformando así un estatuto contractual muy similar a los estatutos propios de las sociedades regulares.

III

CRITICA DE LA TESIS CONTRARIA

La Cámara de Comercio de Bogotá, en concepto del 26 de marzo de 1984, que posteriormente fue acogido por Confecámaras, ha sostenido la opinión contraria, defendiéndola con diversos argumentos tendientes a comprobar que consorcio y sociedad de hecho no son susceptibles de asimilación.

Con todo respeto, es necesario discrepar de esta opinión y, para mayor claridad, se analizarán y desvirtuarán a continuación, una a una, las distintas razones expuestas por dicha entidad:

1. Dice ella, en primer término, que, mientras el consorcio está supeditado a la autorización de la entidad administrativa contratante, la sociedad de hecho es de libre formación. La observación es correcta pero equivale a expresar una diferencia en extremo accidental, de la cual solo podría concluirse que ciertas sociedades de hecho, como son los consorcios, no pueden formarse si las condiciones de la licitación no lo permiten. En este orden de ideas podría decirse adicionalmente que, a pesar de que algunas sociedades comerciales estén sometidas a control oficial y otras no, a nadie se le ha ocurrido afirmar que las primeras son sustancialmente distintas de las segundas.

2. Dice la Cámara que, mientras el objeto del consorcio será siempre la ejecución de un contrato, en las condiciones fijadas por la entidad pública respectiva, el de la sociedad de hecho puede consistir en cualquier actividad de libre ejecución; la distinción es también accidental en este caso, porque de la simple diferencia en las modalidades atinentes al objeto social no puede deducirse contraposición alguna entre consorcio y sociedad de hecho; muchas sociedades tienen objetos sociales diferentes pero ello no impide que todas sean auténticas compañías.

3. Agrega la Cámara que en el consorcio las obligaciones de los contratantes frente a la entidad pública son solidarias, no así las que se contraigan con otras personas, porque estas últimas quedarán sujetas al régimen contractual que se estipule o, en último término, a la naturaleza civil o mercantil del negocio; en cambio, como bien se sabe, en la sociedad de hecho existe solidaridad a favor de todos los acreedores. No es posible compartir esta tesis porque la solidaridad, tanto respecto de la entidad pública como de cualquier otro acreedor, no puede ser eliminada por estipulación contractual, ya que el Art. 501 del Código de Comercio lo prohíbe al establecer perentoriamente que "las estipulaciones tendientes a limitar esta responsabilidad se tendrán por no escritas" Aparte de lo anterior, sería en extremo difícil concebir la existencia de un consorcio civil, puesto que las actividades propias de estos están catalogadas como mercantiles por el Art. 20 del Código de Comercio y de manera especial por sus numerales 15, 16 y 18.

4. Argumenta adicionalmente la Cámara de Comercio de Bogotá que, como la sociedad de hecho carece de personalidad jurídica, los derechos respectivos deben considerarse radicados en cabeza de sus miembros, mientras que en el consorcio ello dependerá de la cláusula contractual pertinente. No podría ser así, sin embargo, porque ninguna estipulación contractual permitiría desplazar de los consorciados los derechos que se adquirieron; esto solo sería posible si ellos acordaran crear una persona jurídica diferente, mediante la celebración del correspondiente contrato de sociedad o si acudieran al modelo de las cuentas en participación; pero seguramente ninguna de las dos so-

luciones encontraría aceptación en la entidad contratante, por excluir la responsabilidad solidaria de todos, a menos que la sociedad formada fuera una colectiva.

5. Dice la Cámara que el consorcio solamente se extingue con el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato, mientras que la sociedad de hecho puede concluir por la ocurrencia de cualquier causal de disolución y aún por la voluntad anticipada de alguno de los asociados. Este no podría ser un criterio de distinción sino más bien una consecuencia de esa misma distinción; en otros términos, el argumento expuesto solo sería correcto si previamente se hubiese comprobado la diferencia sustancial entre consorcio y sociedad de hecho; pero como no existe tal comprobación y como, por tanto, el consorcio no es más que una especie particular de sociedad de hecho, puesto que reúne todos los elementos esenciales de esta, hay que aceptar que puede disolverse aun antes de la terminación de la obra, por las causales consagradas en el Código e inclusive por disponerlo así cualquiera de los consorciados; si así llega a ocurrir, existirá naturalmente un incumplimiento frente a la entidad contratante y un grave perjuicio para esta, circunstancias que hacen inconveniente en extremo la utilización de la forma consorcial; sin embargo, los inconvenientes no son nunca argumentos jurídicos.

6. Finalmente, la Cámara dice que los socios de hecho son siempre comerciantes, mientras que los miembros de un consorcio no tienen necesariamente esta condición profesional. Cabría dudar de una y otra afirmación, porque el socio de hecho es un simple inversionista que, como tal, no ejerce el comercio, de manera que no sería ineludible calificarlo como comerciante; pero si lo fuera, también tendría que serlo el miembro de un consorcio, dado que las operaciones propias de este son mercantiles como ya se hizo notar.

Se concluye de todo lo anterior que las diferencias expuestas por la Cámara de Comercio de Bogotá, o no existen o son simplemente accidentales, de modo que lo único que permiten afirmar es que el consorcio es una sociedad de hecho que vive y actúa en ciertas circunstancias especiales.

Pero además, si el consorcio no fuera sociedad de hecho ¿Qué podría ser? No sería correcto calificarlo como sociedad innominada o atípica, porque estas no están legalmente autorizadas en Colombia, ni podríamos colocarlo dentro de ciertos esquemas asociativos especiales, como el de los "grupos de interés económico" de la legislación francesa, porque estos tampoco están consagrados en el derecho positivo nuestro.