

OFICIO 220-067661 DEL 20 DE JUNIO DE 2019

REF: INTERVENCIÓN DE LOS CONSORCIOS DENTRO DE LOS PROCESOS DE LIQUIDACIÓN JUDICIAL.

Acuso recibo de la consulta sobre la intervención de los consorcios dentro de los procesos de liquidación judicial, que se sirvió formular mediante la comunicación radicada bajo el número atrás indicado, la cual procede atender en su orden, conforme al artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, es decir, en ejercicio de una competencia impersonal, general y abstracta, en los términos que se describen a continuación.

- 1.- *¿Puede un Consorcio actuar dentro de un procedimiento de liquidación judicial adelantado por la Superintendencia de Sociedades?*
- 2.- *De ser afirmativa la primera respuesta, ¿en qué calidad podría hacerlo?*
- 3.- *¿Un Consorcio puede hacerse parte como acreedor de un procedimiento de liquidación judicial adelantado por la Superintendencia de Sociedades?*
- 4.- *En caso de que se decida que existe un crédito a favor de un Consorcio ¿cuál es la forma adecuada de realizar la adjudicación de bienes a favor del mismo? ¿Existe algún parámetro determinado por la Delegatura para Procedimientos de Insolvencia para estos casos?*
- 5.- *¿Podrían adjudicarse bienes a un Consorcio que no contempla tal posibilidad dentro de su objeto? ¿El liquidador del proceso de liquidación judicial puede hacer caso omiso al objeto y motivo de conformación del Consorcio para adjudicar bienes a favor del mismo?"*

En primer lugar, es de precisar que si bien en virtud de lo dispuesto por el artículo 13 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sustituido por el artículo 13 de la Ley 1755 de 2015, a este Despacho le corresponde emitir conceptos con motivo de las consultas que le son formuladas sobre las materias de su competencia, estos son expresados de manera general puesto que sus respuestas no pueden estar dirigidas a resolver situaciones particulares y concretas, en tanto se trata de una labor eminentemente pedagógica que busca ilustrar a los particulares sobre los temas que le competen, lo que explica, a su vez, que las mismas no tengan carácter vinculante ni comprometan su responsabilidad.

Sobre el asunto objeto de la consulta se anota que la Ley 1116 de 2006, determina que el régimen judicial de insolvencia tiene por objeto "la protección del



SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

*crédito y la recuperación y conservación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo, a través de los procesos de reorganización y de liquidación judicial*¹; está orientado por los principios de universalidad e igualdad, entre otros, conforme a los cuales la totalidad de los bienes del deudor y todos sus acreedores quedan vinculados al proceso de insolvencia a partir de su iniciación, y a todos los acreedores se les da un tratamiento equitativo, sin perjuicio de la aplicación de las reglas sobre prelación de créditos y preferencias², y conocen del mismo *“como jueces del concurso”* la Superintendencia de Sociedades *“en uso de facultades jurisdiccionales”*, tratándose de sociedades, empresas unipersonales, sucursales de sociedades extranjeras y, a prevención, de deudores personas naturales comerciantes, y el juez civil del circuito en los demás casos, no excluidos del proceso³.

1 Artículo 1.

2 Artículo 4.

3 Artículo 6.

4 Artículo 48.

5 Artículo 57.

6 Artículo 59.

7 Inciso final del artículo 124.

Además establece que la providencia de apertura del proceso de liquidación judicial se dispondrá el nombramiento del liquidador, la imposibilidad de realizar operaciones en desarrollo del objeto social, la fijación de un aviso para informar el inicio del trámite y el lugar donde los acreedores puedan presentar sus créditos, la elaboración del inventario de los activos y pasivos del deudor y del proyecto de graduación y calificación de créditos y derechos de voto, así como la inscripción del inicio del proceso en el registro mercantil⁴.

También consagra que una vez en firme la calificación y graduación de créditos y el inventario de bienes del deudor, el liquidador enajenará los activos inventariados; con los dineros recibidos y los activos no enajenados elaborará el acuerdo de adjudicación, para la posterior aprobación de los acreedores y la confirmación del juez⁵; confirmado el acuerdo de adjudicación el liquidador entregará los bienes a los adjudicatarios y el remanente a los socios; una vez ejecutadas las órdenes del juez presentará la rendición de cuentas finales de su gestión⁶, y que *“en los casos no regulados expresamente en esta ley, se aplicarán las disposiciones del Código de Procedimiento Civil”*⁷ hoy Código General del Proceso.

A su vez, la Ley 80 de 1993, prescribe que pueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes, los consorcios y la uniones temporales⁸; que se entiende por consorcio la asociación de dos o más personas para presentar en forma conjunta una misma propuesta para “la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato”, y que las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato, afectan a todos los miembros que conforman el consorcio, por lo que sus integrantes deben designar a la persona que represente al consorcio *“para todos los efectos”*⁹.



SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

8 Artículo 6.
9 Artículo 7.
10 Artículo 2.
11 Artículo 73.

Por su parte, el Código General del Proceso indica que: “*toda persona*” tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio de sus derechos y la defensa de sus intereses, con sujeción a un debido proceso¹⁰.

De estas disposiciones se infiere que el proceso de liquidación judicial tramitado por la Superintendencia de Sociedades tiene carácter jurisdiccional y se rige por las disposiciones de la Ley 1116 de 2006 y, en lo no regulado expresamente, por lo previsto en el Código General del Proceso, y que si bien la Ley 1116 de 2006 faculta al acreedor para comparecer al proceso a hacer valer su crédito, no le exige cualificación alguna, y por ello es menester acudir al Código General del Proceso, que consagra la tutela judicial efectiva a favor de “*toda persona*”, esto es, natural o jurídica, según la clasificación del Código Civil¹¹.

Teniendo en cuenta que los consorcios carecen de personalidad jurídica, la jurisprudencia consideró inicialmente que, como meras formas asociativas, no era factible reconocerles capacidad para comparecer como parte a los procesos judiciales a través del representante designado en el documento consorcial, exigiendo entonces que acudieran todos los integrantes del consorcio individualmente considerados bajo la figura del litisconsorcio necesario.

En efecto, en el auto del 7 de diciembre de 2005, proferido dentro del expediente 27651, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, con ponencia del Magistrado Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez, señaló:

“(…) En principio dirá la Sala que las uniones temporales, figuras admitidas en el artículo séptimo de la ley 80 de 1993 para efectos de contratación estatal, no configuran una persona jurídica nueva e independiente de los miembros que conforman dichas asociaciones. Al no poseer tal naturaleza jurídica, carecen de capacidad para comparecer en proceso ante autoridades judiciales, conforme a lo prescrito en el artículo 44 del Código de Procedimiento Civil.

“(…) Al no constituir la unión temporal, ni el consorcio, una persona jurídica diferente de los miembros que la conforman, la capacidad para comparecer en proceso reposa en cabeza de las personas naturales o jurídicas que los integran.

Por ello, la Sala sostuvo en diversas oportunidades que si un consorcio, lo cual es igualmente válido para la unión temporal, comparecía a un proceso como demandante o demandado, cada uno de los integrantes debía hacerlo de manera individual integrando un litisconsorcio necesario, es decir que la parte solo se conformaría con la vinculación de todos sus miembros al proceso (…).”

De igual manera, en sentencia inhibitoria del 13 de septiembre de 2006, expediente 8001-31-03-002-2002-00271-01, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, con ponencia del Magistrado Dr. Jaime Alberto Arrubla Paucar, precisó:

“1.- Discurre el cargo en función de la aptitud que tendrían los consorcios conformados con el propósito de ofertar y contratar con las entidades de derecho público, para constituirse en elementos subjetivos de una relación procesal, y colmar el presupuesto de capacidad para ser parte, problemática que obliga a indagar por su naturaleza jurídica.

(...) Por supuesto que si la capacidad legal es la aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones, es decir, para ser titular de unos y otros, y para hacerlos valer, en juicio o fuera de él, lo cierto es que también en materia de contratación estatal esa potestad termina atribuyéndose, siguiendo la regla general, a las personas que integran el consorcio, pues es en ellas en quienes se radican los efectos del contrato y sus consecuencias jurídicas. Así, son los consorciados y no el consorcio quienes se hacen responsables, solidariamente, “de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y el contrato”. Son ellos quienes resultan comprometidos por “las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato”, como paladinamente lo dispone el art. 7º, es decir, son ellos y no el consorcio los que asumen los compromisos que de la propuesta y el contrato resultan y los que deben encarar las consecuencias que de allí se desprendan, de ahí que se les exija indicar “si su participación es a título de consorcio o unión temporal”, y en el último caso, “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”, amén de señalar “las reglas básicas que regulen las relaciones entre ellos y su responsabilidad” –parágrafo 1- pues será dentro del marco del acuerdo consorcial y de la reglamentación del citado estatuto como deban hacerse efectivos, frente a ellos, los derechos y obligaciones originados en la oferta y el negocio concertado con la entidad del Estado.

Por ese motivo y porque el consorcio no constituye una persona jurídica independiente de quienes lo conforman, todos ellos deben suscribir tanto la propuesta como el contrato, si resultan favorecidos en la licitación o concurso, para obligarse directamente y marcar así su solidaridad en el compromiso que asume con los otros, con independencia, por supuesto, de que deban designar, por exigencia del mismo texto legal, “la persona que, para todos los efectos, representará al consorcio o unión temporal”, pues lo que en realidad asume el designado es la dirección o coordinación del proyecto, lo mismo que la canalización de la actividad de los consorciados frente a la entidad pública contratante, en todo lo que tiene que ver con el negocio celebrado, más no la representación legal del consorcio, que como tal, carece de personería, condición sin la cual no es susceptible de ser representado. Obrará entonces, como



SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

representante convencional de sus integrantes, en los términos del art. 832 del C. de Co., aplicable por la remisión a las normas mercantiles y civiles del caso que se hace en el art. 13 de la ley 80, cuyo radio de acción estará delimitado por los términos del acto de apoderamiento, que bien puede incluir, desde luego, la facultad para suscribir, en nombre de los consorciados, el contrato con la entidad pública de que se trate.

Viene de lo dicho que el Tribunal incurrió en el error jurídico por el cual se le emplaza, pues no obstante reconocer que los consorcios “no son personas, sino entes que las agrupan, bien sea naturales o jurídicas, para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato estatal, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 7º de la ley 80 /93”, terminó por aceptar que el consorcio (...) oficiare como parte en la contienda, pese a que esa aptitud corresponde, en los términos del art. 44 – 1 del C. de P.C. a “toda persona natural o jurídica”, personalidad que no ostenta quien accionó, y sin la cual no está autorizada su gestión procesal, amén de que, tampoco es dable predicar que goce de capacidad excepcional para ese fin, como antes se explicó. Como lo anotó la Corte en pronunciamiento reciente, sabido es “que los consorcios no son personas jurídicas, motivo por el cual no pueden demandar directamente ni ser demandados, a menos que se haga por intermedio de las personas que de manera independiente lo integran” (auto del 7 de junio de 2006).

(...) Por supuesto que la ausencia de personalidad del consorcio no se superaría, como pretende el replicante, con la designación de un representante para tal laborío, pues ese acto de apoderamiento no tendría virtualidad para dotarlo de personería y habilitar su libre intervención en el tráfico económico y jurídico, habida cuenta que no va más allá de autorizarlo, como se anotó, para obrar en nombre de cada uno de los sujetos que lo integran, como resulta además del texto de las cláusulas contractuales en las que el impugnador respalda su tesis, de acuerdo con las cuales se autoriza a la persona designada para “interponer recursos o adelantar actuaciones judiciales o extrajudiciales, sin la aprobación previa y escrita de los representantes de las firmas integrantes del consorcio. Podrá recibir, confesar, transigir, conciliar o comprometer a los miembros del consorcio”, estipulaciones que como se dijo explicitan sin duda la atribución para obrar en nombre de los integrantes del consorcio y no de éste (...).

Posteriormente, en la Sentencia de Unificación 19933 del 25 de septiembre de 2013 proferida por la Sala Plena de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado con ponencia del Magistrado Mauricio Fajardo Gómez, se reconoció que los consorcios previstos en el artículo 7 de la Ley 80 de 1993 si bien “no constituyen personas jurídicas distintas de quienes integran la respectiva figura plural de oferentes o de contratistas, lo cierto es que además de contar con la aptitud para ser parte en el correspondiente procedimiento administrativo de selección de contratistas –comoquiera que por ley cuentan con capacidad suficiente para ser titulares de los derechos y obligaciones derivadas tanto de los procedimientos administrativos de selección contractual



SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

*como de los propios contratos estatales—, también se encuentran facultados para concurrir a los procesos judiciales que pudieren tener origen en controversias surgidas del mencionado procedimiento administrativo de selección de contratistas o de la celebración y ejecución del contrato estatal respectivo –legitimario ad processum-, **por intermedio de su representante**”.*

En lo que respecta al tratamiento de los consorcios dentro de los procesos de insolvencia, en el Auto 400-010088 del 19 de julio de 2018, el Delegado para Procedimientos de Insolvencia señaló:

“Como consecuencia de lo anterior, esta Entidad considera pertinente reiterar el caso de Lab Construcciones S.A.S., donde se realizaron algunas precisiones respecto de la definición, personalidad jurídica y tratamiento de los consorcios al interior del concurso de acreedores¹²:

12 Acta 400-000935 del 31 de mayo de 2018, Sociedad Lab Construcciones.S.A.S., Exp. 87414.

13 Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Civil, Sentencia del 13 de septiembre de 2006, expediente 2002-27101.

‘(ii) En primer lugar esta Superintendencia acogió los parámetros establecidos por la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil e indicó que “el consorcio 1 Acta 400-000935 del 31 de mayo de 2018, Sociedad Lab Construcciones.S.A.S., Exp. 87414 3/5 AUTO 2018-01-328513 H L INGENIEROS S A EN REORGANIZACION es una expresión de esas formas de colaboración que presupone una acción concordada de un número plural de sujetos’¹³.

Por otra parte, la misma corte manifestó que el estatuto de la contratación estatal, Ley 80 de 1993, dispuso que pueden celebrar contratos con las entidades estatales, personas consideradas legalmente capaces de las disposiciones vigentes; pero de igual forma, pueden celebrar contratos con las entidades estatales, los consorcios y las uniones temporales (art.6).

Así mismo, el estatuto de la contratación estatal, establece que el consorcio es entendido 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 del contrato y en consecuencia de las actuaciones, hechos y omisiones que se presentan en desarrollo de la propuesta y el contrato, circunstancias que afectan a todos los consorciados.

(iii) En segundo lugar y siguiendo los parámetros establecidos por la Honorable Corte respecto de la definición del consorcio, el mismo tribunal manifestó que no constituye una persona jurídica independiente de quienes lo conforman, pues todos los consorciados, deben suscribir la propuesta tanto del contrato como la ejecución en caso de ser adjudicatarios; conservando en todo caso su personalidad, circunstancia que conlleva a la obligatoriedad y surgimiento de la solidaridad entre todos los responsables de la figura contractual.

En consonancia con lo anterior, la Corte Suprema de Justicia, estableció que el consorcio es un contrato y no una persona jurídica, y como figura contractual los sujetos de derechos y obligaciones que actúan para efectos contractuales o para actuar ante las autoridades jurisdiccionales en virtud de las relaciones jurídicas, son los consorciados de manera independiente y no el consorcio; pues al ser una figura colaborativa no tiene capacidad para ser parte, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 52 del Código General del Proceso.

(iv) En tercer lugar y en atención a la aplicabilidad del consorcio en el concurso de acreedores, se advierte entonces que la información revelada por la deudora, así como los proyectos de calificación, graduación de créditos y derechos de voto, las solicitudes para el beneficio de los consorciados, las proposición de objeciones de alguno de los consorcios; deberá revelarse de manera independiente y su actuación deberá ser directa respecto de cada uno de estos en ejercicio de la solidaridad que por ministerio de la ley se aplica en este tipo de contratos; sin que exista el mandato a favor de quien se asigne la representación, para gestionar ante autoridades jurisdiccionales los intereses de cada uno de los consorciados.

*(v) Finalmente, inmersos en el concurso, se debe revelar (i) la información financiera de manera adecuada, (ii) discriminar los integrantes de cada uno de los consorcios junto con su porcentaje de participación y (iii) quienes son los acreedores específicos de cada uno de los consorcios; pues se insiste que el **consorcio no es el acreedor ni tiene personería jurídica**, pues en cada caso es particular es el consorciado como persona jurídica independiente, es decir, el acreedor de la operación del consorcio, cuyo crédito recae como solidaridad en cada uno de los consorciados, según lo dispuesto en la Ley 80 de 1993 y tal como lo desarrolla la Corte Suprema de Justicia". (Subrayado y negrilla fuera del texto).*

Presente lo anterior, se procede a resolver su consulta, así:

1.- Sobre la primera, segunda y tercera preguntas, referidas a la posibilidad de que un consorcio intervenga dentro de un proceso de liquidación judicial, es de anotar que ante la carencia de personalidad jurídica, esta Entidad no convoca a los consorcios a los procesos de insolvencia, aunque sí permite su intervención como acreedor dentro de los mismos, atendiendo de esta manera a la protección de las relaciones comerciales y crediticias que constituyen su finalidad, como lo pregona el artículo 1 de la Ley 1116 de 2006.

A este respecto, en el Oficio 220-082385 del 18 de septiembre de 2012, esta Oficina señaló que:

"(...) 6.- De lo expuesto anteriormente, se colige que el consorcio, necesariamente surge de la celebración de un contrato entre personas naturales o jurídicas debidamente constituidas, quienes deben ponerse de acuerdo sobre las condiciones particulares para desarrollar el proyecto propuesto, sin que exista un

procedimiento preestablecido, distinto al que consagra el artículo 1602 del Código Civil, sobre la formación de los contratos, regla aplicable en materia comercial, por virtud del artículo 822 del Código de Comercio.

Los consorciados tienen derecho a percibir los beneficios económicos fruto de la actividad desarrollada por el consorcio.

Si bien es cierto que en materia de contratación pública y privada se le otorga la capacidad a los consorcios para que presenten propuestas y suscriban contratos de naturaleza, también lo es que el consorcio como tal no adquiere obligaciones ni derechos, son los consorciados los que tienen que asumir tales responsabilidades y disfrutar de los beneficios que se generen.

Si existen créditos a favor del consorcio cada uno de los consorciados es titular de una cuota de crédito y por ende tiene derecho a cobrarlo incluso judicialmente, salvo que se haya pactado la solidaridad activa del consorcio, caso en el cual será el consorcio quien deberá demandar dicho cobro. Para este efecto, el consorcio puede estar representado por la persona que los consorciados hayan designado para la representación del consorcio.

En caso de incumplimiento de uno de los consorciados de sus deberes para con el contratante, los demás consorciados deben suplir este incumplimiento pero tienen derecho a exigir del consorciado incumplido el resarcimiento de los perjuicios causados (...).

2.- A las **cuarta y quinta** preguntas, en las que se indaga sobre la forma de efectuar la adjudicación de bienes cuando el acreedor es un consorcio, se informa que cuando un consorcio comparece a un proceso de liquidación como acreedor del comerciante insolvente, la adjudicación respectiva se hace a los integrantes de la forma asociativa y en la proporción a su participación en la misma.

En los anteriores términos su solicitud ha sido atendida, no sin antes observar que para mayor ilustración puede consultar en la página WEB la normatividad, los conceptos que la Entidad emite y la Circular Básica Jurídica, entre otros.