

OFICIO 220-196738 DEL 19 DE OCTUBRE DE 2016

REF: LOS CONSORCIOS NO PUEDEN EQUIPARARSE A SOCIEDADES ANÓNIMAS

Aviso recibo del escrito radicado bajo N. 2016-01-469646 -16/09/2016 mediante el cual formula consulta sobre el tema de la referencia, en los siguientes términos:

“1. Cuando se constituye un consorcio (sic) para participar en una licitación pública, sin que en el documento de constitución se especifique la existencia de órganos de decisión, así como las obligaciones y deberes del representante legal, ni el momento de repartición de utilidades. ¿es viable aplicar para dichos efectos las normas generales del Código de Comercio, en especial las que rigen las sociedades anónimas?.

“2 Existe alguna norma o lineamiento que exija al representante legal de un consorcio emitir periódicamente la información contable y financiera a los miembros del consorcio?

“3 Existe alguna norma o lineamiento que determine el momento en que se deben repartir las utilidades de un consorcio?.

Sobre el particular, es pertinente señalar que por delegación del Presidente de la República (artículo 82 de la Ley 222 de 1995), esta Superintendencia ejerce “...*la inspección, vigilancia y control de las **sociedades comerciales**, en los términos establecidas en las normas vigentes. También ejercerá inspección y vigilancia sobre otras entidades que determine la ley. De la misma manera ejercerá las funciones relativas al cumplimiento del régimen cambiario en materia de inversión extranjera, inversión colombiana en el exterior y endeudamiento externo*” (Se subraya)

Por su parte, el artículo 84 de la ley 222 citada, determina que estarán sometidas a la vigilancia de la misma entidad, las sociedades que determine el Presidente de la República, en los términos del Decreto 4350 del 4 de diciembre de 2006.

En este orden de ideas, es claro que la competencia asignada por el legislador a la Superintendencia de Sociedades es eminentemente reglada, lo que explica que no sean de su resorte los asuntos relacionados con los consorcios y uniones temporales.

Bajo esa precisión, a título meramente ilustrativo procede efectuar las siguientes consideraciones normativas y conceptuales de carácter general.

-En primer lugar, hay que remitirse al artículo 7° de la Ley 80 de 1993, el cual prescribe lo siguiente:

(...)

“Artículo 7°.- De los Consorcios y Uniones Temporales. Para los efectos de esta Ley se entiende por:

“1. Consorcio: 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.

(...)

“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.” (Negrilla y subraya fuera de texto).

A ese propósito ilustra la providencia del Consejo de Estado, emitida por la Sala de Consulta y Servicio Civil - 23 de julio de 1987. Consejero ponente: Jaime Betancur Cuartas, Radicación número 128, que en torno a la naturaleza jurídica de los consorcios, precisó:

“El Consorcio no genera una nueva sociedad mercantil, porque al no estar constituida con todos los requisitos legales, no forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados (art. 98 del C. de Co.). Por similares razones tampoco es una sociedad irregular (art. 500 del C. de Co.). Tampoco es una sociedad de hecho en definición legal, y por esta misma carece de personería jurídica (C. de Co., arts. 498 y 499). Ni la ley lo considera Cuenta en Participación, que además, carece de personería jurídica (art. 509 del C. de Co.) De otra parte, el Registro del Consorcio como Establecimiento de Comercio en una Cámara de Comercio constituye un mero instrumento de publicidad que no genera por ley personería jurídica. Como el Consorcio se trata de aunar los esfuerzos, conocimientos, capacidad técnica y científica, por parte de dos o más personas

con el objeto de contratar con el Estado, sin que ello ocasione el nacimiento de una nueva persona jurídica por cuanto cada uno de los integrantes conserva su independencia, su autonomía y facultad de decisión. El término de duración del consorcio, así como la forma e intensidad de colaboración de quienes lo integran dependerá del contrato o de la obra pública a ejecutar”.¹

Precisado lo anterior, se tiene que el consorcio responde a un instrumento negocial que permite a las sociedades aunar esfuerzos, experticias, recursos económicos, técnico y jurídicos, de manera que en razón de esa autorización legal, puedan dos o más personas en forma conjunta presentar una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un *contrato* estatal.

De tal forma, es necesario que los proponentes indiquen si su participación es a título de consorcio o unión temporal y, en este último caso, señalen los “*términos y extensión de la participación en la propuesta y en su ejecución.*”

Ciertamente los consorciados en la configuración de contrato de colaboración económica deberán precisar los alcances del mismo, la estructura de toma de decisiones atendiendo a esa participación interna que le permitan al representante actuar sin que se vea sorprendido y sujeto situaciones que puedan considerarse por fuera del mandato, fijar los derechos (repartición de las utilidades), y obligaciones de los consorciados, forma de resolver los conflictos entre los participantes, la contabilidad negocial del consorcio², la periodicidad de la información contable y financiera, la evolución del negocio e informe a que tiene derecho los consorciados, como todos aquellos aspectos inherentes con la dinámica del contrato; así mismo, deberán indiscutiblemente designar la persona quien para todos los efectos legales, representará al consorcio, **señalando las reglas básicas que regulen las relaciones entre ellos y su responsabilidad**, a tono con lo previsto en el párrafo primero del artículo 7° de la Ley 80 de 1993.

¹ Puede verse el **Concepto de la Sec. de Hacienda 1245 de 1997**

2ARTICULO 33. RENTA GRAVABLE DE LOS CONSORCIADOS. Por el año gravable de 1990, los miembros de un consorcio declararán como renta gravable, la parte que les corresponda en la renta gravable que resultaría para el consorcio si fuere contribuyente, y podrán solicitar, la parte que les corresponda en la retención efectuada al consorcio o los saldos a favor, pendientes de devolución o compensación, que figuren en su declaración de renta correspondiente al año gravable de 1989.

Para estos efectos, se tendrá como soporte de la contabilización respectiva y de la declaración de renta de los consorciados, la contabilidad del consorcio y la certificación que al respecto emita un contador público.

A partir del año gravable 1991, para determinar la renta gravable de los miembros del consorcio, se podrá optar por una de las siguientes alternativas:

1. Los miembros del consorcio deberán llevar en su contabilidad y declarar de manera independiente, los ingresos, costos y deducciones que les correspondan, de acuerdo con su participación, en los ingresos, costos y deducciones del consorcio.

2. El consorcio contabilizará los ingresos, costos y deducciones que se deriven del respectivo contrato, e informará de manera agregada la parte que les corresponda a los miembros del consorcio en dichos valores, con el fin de que éstos los contabilicen e incorporen a su declaración de renta.

Para efectos de la retención en la fuente, la entidad que efectúe los pagos o abonos en cuenta, efectuará la retención en la fuente a quien figure como beneficiario de los mismos.

Cuando el beneficiario de los pagos o abonos en cuenta sea el consorcio, la retención se imputará a los consorciados, según la información que al respecto suministre el consorcio.

PARAGRAFO. Para efectos de la retención en la fuente, los consorcios continuarán teniendo vigente la tarjeta NIT expedida por la Dirección General de Impuestos Nacionales. (NEGRILLA FUERA DE TEXTO).

Todas esas reglas, como las demás que se consideren apropiadas sobre el manejo y control del consorcio, deberán establecerse previamente en el contrato de colaboración en aras de definir los asuntos sobre su gobernabilidad, tanto para su constitución, ejecución y liquidación, lo que proporciona claridad, estabilidad, seriedad, transparencia, y confianza para los consorciados frente a la inversión y utilidades esperadas y por los terceros.

En suma, las premisas jurídicas que destaca el Consejo de Estado, como las disposiciones legales sobre esa figura contractual, confirman que los consorcios éstas no pueden equipararse, ni por tanto les aplican las reglas de la sociedad anónima.

-Finalmente, en cuanto a las utilidades del consorcio, este despacho mediante Oficio 115-065694 del 22 de agosto de 2012, precisó lo siguiente:

“Las utilidades generadas por el consorcio durante cada ejercicio, se reflejarán en la contabilidad del partícipe al incorporar periódicamente los ingresos y gastos originados en las operaciones del consorcio. El mantenimiento como utilidades acumuladas o su distribución, dependerá de la decisión del máximo órgano social, atendiendo las disposiciones legales y estatutarias que rigen la materia”.³

En los anteriores términos, su solicitud ha sido atendida en el plazo y con los efectos dispuestos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sustituido por la Ley 1755 del 30 de junio de 2015.