

Oficio 220-024926 Del 27 de Abril de 2010

ASUNTO: LOS CONSORCIOS, UNIONES TEMPORALES Y EL REGIMEN DE INSOLVENCIA- LEY 1116 DE 2006

Me refiero a su escrito radicado con el número 2010- 01- 061730, mediante el cual consulta a esta Entidad sobre si los consorcios y uniones temporales pueden acogerse al régimen de insolvencia de que trata la Ley 1116 de 2006 y la situación de éstos frente a los contratos estatales celebrados, en los siguientes términos:

1. En el caso de consorcios y uniones temporales a los que hace referencia el artículo 7 de la Ley 80 de 1993, ¿en qué situación se mantiene la ejecución de contratos estatales cuando uno de sus miembros está acogido a la Ley 1116?
2. ¿Cuál es la situación cuando tratándose de uniones temporales o consorcios conformados por dos (2) sociedades, ambas están acogidas a la Ley 1116?
3. En materia de supuestos de admisibilidad, ¿es necesario que la sociedad que pretenda acogerse se encuentre cumpliendo los mismos tanto individualmente considerada, como en la totalidad de consorcios y uniones temporales de las que hace parte?
4. Ante la solidaridad que se genera por mandato legal en los casos de consorcios y uniones temporales, ¿puede el socio que no se encuentra en Ley 1116, para los casos en que sólo esté uno de ellos, hacer acuerdos, cancelar obligaciones, y demás situaciones que están prohibidas de forma expresa para las sociedades acogidas a la reorganización?
5. ¿Las sociedades cobijadas por la Ley 1116 tienen algún tipo de restricción que les impida participar en procesos de selección de contratistas adelantados por entidades públicas?
6. Una vez presentada la solicitud de admisión a la Ley 1116, que pagos pueden realizar las sociedades que se acogen a dicha ley para no incurrir en incumplimientos a la misma.

Al respecto, me permito manifestarle que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 25 del Código Contencioso Administrativo y 2-18 del Decreto 1080 de 1996, es función de la Superintendencia de Sociedades la de absolver las consultas de carácter general y abstractas que se le formulen sobre temas de derecho estrictamente societario regulado por la legislación mercantil, y no sobre temas contractuales, procedimentales o jurisdiccionales, y que dicho sea de paso no asesora sobre hechos particulares como resulta ser el caso planteado.

No obstante lo anterior, este Despacho se permite, a título meramente informativo hacer las siguientes precisiones de orden legal:

a.- Al tenor de lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 1116 de 2006, El Régimen de Insolvencia Empresarial tiene por finalidad la protección del 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, siempre bajo el criterio de agregación de valor.

El proceso de reorganización pretende a través de un acuerdo preservar empresas viables y normalizar sus relaciones comerciales y crediticias, mediante su reestructuración operacional, administrativa, de activos y pasivos. En otros términos, dicho proceso persigue la salvación de los negocios del deudor, que aunque afronta dificultades económicas tiene perspectivas de salir de la crisis financiera en que se encuentra.

El proceso de liquidación judicial persigue la liquidación pronta y ordenada, buscando el aprovechamiento del patrimonio del deudor.

b.- Ahora bien, el artículo 3º de la Ley 1116 de 2006, preceptúa que No están sujetas al régimen de insolvencia previsto en la presente ley:

1. Las Entidades Promotoras de Salud, las Administradoras del Régimen Subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud y las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud.
2. Las Bolsas de Valores Agropecuarias.
3. Las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia. Lo anterior no incluye a los emisores de valores, sometidos únicamente a control de la referida entidad.
4. Las entidades vigiladas por la Superintendencia de Economía Solidaria que desarrollen actividades financieras, de ahorro y crédito.

5. Las sociedades de capital público, y las empresas industriales y comerciales del Estado, nacionales y de cualquier nivel territorial.
6. Las entidades de derecho público, entidades territoriales y descentralizadas.
7. Las empresas de servicios públicos domiciliarios.
8. Las personas naturales no comerciantes.
9. Las demás personas jurídicas que estén sujetas a un régimen especial de recuperación de negocios, liquidación o intervención administrativa para administrar o liquidar.

Parágrafo. Las empresas desarrolladas mediante contratos que no tengan como efecto la personificación jurídica, salvo en los patrimonios autónomos que desarrollen actividades empresariales, no pueden ser objeto del proceso de insolvencia en forma separada o independiente del respectivo o respectivos deudores□. (El llamado es nuestro).

Del estudio de la norma antes transcrita, se desprende, de una parte, que la enumeración de las personas jurídicas no sujetas al régimen de insolvencia allí señaladas es taxativa y no meramente enunciativa, toda vez que dichas personas se encuentran expresamente determinadas, y por ende, las mismas no se encuentran dentro del ámbito de aplicación del susodicho régimen de insolvencia por mandato legal, y de otra, que solo las personas jurídicas que no cuenten con un régimen especial de recuperación o liquidación, pueden acceder a cualquiera de los mecanismos concursales previstos en la mencionada ley, es decir, al proceso de reorganización empresarial y liquidación judicial.

c.- Luego, las personas jurídicas no comerciantes, tales como las cooperativas, corporaciones, fundaciones y asociaciones sin ánimo de lucro, y sindicatos, no pueden acceder al régimen de insolvencia por cuanto las mismas están sujetas a un régimen especial de recuperación de los negocios, liquidación o intervención administrativa para administrar o liquidar, en los términos del numeral 9 del artículo 3º ejusdem.

La justificación de tal exclusión está dada por los fines perseguidos por la norma y por el no desarrollo de actividades empresariales, pues si la finalidad del régimen es la protección de la empresa, del crédito y del empleo, la misma no se cumpliría plenamente tratándose de personas jurídicas no comerciantes.

d.- Los consorcios y uniones temporales, al no ser personas jurídicas tampoco podrían acceder a uno u otro régimen. En efecto, el consorcio es una figura en virtud de la cual varias personas naturales o jurídicas unen sus esfuerzos, conocimientos, capacidad técnica y científica para la gestión de intereses comunes o recíprocos, y aunque parte de una base asociativa, no hay socios propiamente dichos sino un modelo de colaboración para la ejecución de uno o varios proyectos, pero cada uno de los asociados conserva su independencia, asumiendo un grado de responsabilidad solidaria en el cumplimiento de las obligaciones contractuales.

Igual circunstancia se predica de las uniones temporales, salvo en cuanto a la responsabilidad, toda vez que las sanciones por el incumplimiento derivadas de la propuesta y del contrato se impondrán de acuerdo a la participación en la ejecución de cada uno de los miembros de la unión temporal.

Los consorcios y uniones temporales no son sociedades mercantiles, toda vez que en su formación no se dan los elementos esenciales del contrato de sociedad cuáles son, el acuerdo de voluntades en torno a la realización de cierta actividad económica, la obligación de hacer aportes y el propósito de distribuirse las utilidades que se obtengan; presentes estos elementos y celebrado el contrato por escritura pública, la compañía forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados. El consorcio, a contrario sensu, es un grupo económico organizado como instrumento de colaboración entre las empresas cuando quieren asumir un proyecto económico de gran envergadura, permitiéndoles de algún modo distribuirse riesgos, aunar recursos financieros y tecnológicos, fortalecer sus equipos, y aunque su responsabilidad es solidaria respecto todas y cada una de sus obligaciones, cada una conserva su independencia jurídica, en tanto que las uniones temporales se da 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.

Bajo esta perspectiva, se concluye que los consorcios y uniones temporales no corresponden a empresas que se realicen a través de personas jurídicas. En el momento en el que las personas jurídicas y/o naturales se unen en una de estas formas de asociación, no hacen otra cosa que hallar una manera de optimizar recursos, aprovechando las cualidades y calidades técnicas, administrativas, financieras o de infraestructura de cada uno de ellos, y en tal virtud no pueden acceder al régimen de insolvencia de que trata la Ley 1116 de 2006.

e.- Cosa distinta es que uno de los miembros que conforman el consorcio y/o unión temporal sea una persona natural comerciante o jurídica, y en tal virtud éstas pueden acceder a cualquiera de los procesos concursales

de que trata la Ley 1116 de 2006, a saber de reorganización empresarial o liquidación judicial, siempre y cuando no se encuentre excluida del mismo (artículo 3 ibídem) y cumpla con los supuestos o presupuestos de admisibilidad a que aluden los artículos 9 y 10 ejusdem, en cuyo caso las obligaciones a cargo de tales personas, incluidas las adquiridas en desarrollo de los contratos celebrados como miembro de un consorcio y/o unión temporal, se rigen por los efectos previstos en la mencionada ley.

d.- Finalmente, se observa que cuando uno o todos los miembros que conforman un consorcio o unión temporal hayan accedido a la apertura de un proceso de reorganización empresarial, no es óbice para que los mismos puedan participar en la selección de contratistas por parte de entidades públicas o continuar ejecutando los previamente firmado, pues dicho tramite concursal le permite al deudor seguir desarrollando su objeto social, con las restricciones o prohibiciones del artículo 17 de la Ley 1116 de 2006, dentro de las cuales se encuentra la de abstenerse de efectuar pagos o arreglos con sus acreedores, salvo autorización previa, expresa y precisa del juez del concurso, mandato que gobierna la conducta del sujeto en el trámite concursal.

En efecto, los destinatarios de las prohibiciones de ley serán los sujetos que participen en el acto censurado, bien sean los administradores y los acreedores del deudor que accede al referido tramite concursal, las cuales tienen efectos a partir de la fecha de presentación de la solicitud de admisión al proceso de reorganización con respecto al deudor.