

REPÚBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE RIOHACHA
SALA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA-LABORAL

JHON RUSBER NOREÑA BETANCOURTH

Magistrado Ponente

AUTO CIVIL

4 de Julio de 2019

RAD: 44-.001-31-03-001-2018-00056-01 Proceso Ejecutivo promovido por TERRAPIN SAS contra LA MACUIRA INVERSIONES Y CONSTRUCCIONES.

1. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decidir sobre el recurso de apelación en contra la decisión de proferida el 12 de Febrero de 2019 por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Riohacha, La Guajira, que rechazó decretar medidas cautelares.

2. ANTECEDENTES

2.1. Se puede apreciar en el expediente como hechos relevantes:

- a) El apoderado judicial de la parte demandante mediante oficio radicado el día 13 de septiembre de 2018, solicita el embargo y secuestro de los derechos patrimoniales que le pudieren corresponder a la sociedad demandada, como participe en los consorcios relacionados en la medida; específicamente requiere al Juzgado *“el embargo y secuestro de los derechos patrimoniales que solicito incluye su participación en dichos contratos, en anticipos, utilidades y demás derechos que se desprendan del mismo”*.
- b) Mediante auto del 4 de octubre de 2018, el Juzgado Primero Civil del Circuito de Riohacha, **negó** la medidas cautelares sosteniendo *“NIEGUESE la solicitud de medias cautelares que antecede toda vez que la empresa demandada actúa*

en los contratos mencionados en consorcio con otras personas y siendo así las cosas, los contratantes no giran los dineros individualmente a los consorciados”.

- c) Mediante oficio del 20 de noviembre, el demandante nuevamente eleva solicitud de decreto de medida cautelar esta vez argumenta: *“El embargo y secuestro **de la participación** que tiene la empresa demandada LA MACUIRA INVERSIONES Y CONSTRUCCIONES S.A.... incluyendo utilidades, cuentas por cobrar y demás derechos que le correspondan:...”*
- d) Mediante auto del 12 de febrero de 2019 el Juzgado se pronuncia de la siguiente manera: *“**NIEGUESE** la solicitud de medidas cautelares que antecede teniendo en cuenta que viso a folio 25 del cuaderno de medidas cautelares el despacho por medio de auto adiado cuatro (04) de octubre de 2018, ya se había pronunciado sobre dicha solicitud.”*
- e) Con fecha 14 de febrero de 2019, el apoderado de la parte demandante, interpone recurso de reposición y en subsidio el de apelación frente al auto del 12 de febrero. Básicamente argumenta que la solicitud es diferente porque en la primera solicitó el embargo de los derechos patrimoniales de la sociedad demandada en los consorcios relacionados y de los cuales hace parte; decisión que se encuentra ajustada a derecho en el auto del 4 de octubre de 2018. Pese a lo anterior en esta nueva solicitud lo pedido es diferente, al solicitar el *“embargo y secuestro de la participación, utilidades, cuentas por cobrar, y demás derechos en diferentes consorcios...”*
- f) Con fecha del 5 de junio de 2019, el *a-quo* resuelve el recurso de reposición haciendo un recuento de las actuaciones procesales anteriores, realiza un somero comentario sobre los consorcios, avisorando que pese al cambio de derechos patrimoniales sobre el término participación el efecto es el mismo, razón por la cual no repone y da curso al recurso de apelación.
- g) Por reparto corresponde a este despacho judicial, el cual fuera recibido el día 18 de junio de 2019.

3. CONSIDERACIONES

3.1. PROBLEMA JURÍDICO

¿Debe accederse al decreto de medida cautelar de embargo y retención de la participación de la sociedad demandada **LA MACUIRA INVERSIONES Y CONSTRUCCIONES S.A.**, en los diferentes contratos consorciales de los cuales hace parte, representadas en utilidades, cuentas por cobrar, y demás derechos que le correspondan?

Los insumos que se tendrán para evaluar de forma crítica el problema sumido serán los siguientes:

3.2. FUNDAMENTO JURÍDICO

Dígase de manera oportuna que vale la pena traer a colación el juicioso estudio realizado por el profesor Camilo E. Quiñones Avendaño, en su artículo *Consortio* y

RAD: 44-001-31-03-001-2018-00056-01 Proceso Ejecutivo promovido por TERRAPIN SAS contra LA MACUIRA INVERSIONES Y CONSTRUCCIONES.
esenciales del contrato de sociedad, amén de conservar cada cual su personalidad y capacidad para ejecutar las actividades distintas del negocio común”.

El Consejo de Estado, en Auto de Marzo 30 de 2006. Consejero ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez, define al consorcio como:

“... un convenio de asociación, o mejor, un sistema de mediación que permite a sus miembros organizarse mancomunadamente para la celebración y ejecución de un contrato con el Estado, sin que por ello pierdan su individualidad jurídica, pero asumiendo un grado de responsabilidad solidaria en el cumplimiento de las obligaciones contractuales”.

La Superintendencia en Concepto 220 - 45384, Julio 11 de 2003, ha definido los consorcios así:

“... 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, y, asumiendo un grado de responsabilidad solidaria en el cumplimiento de las obligaciones contractuales”.

La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN, en Conceptos 024187 Abril 28 de 2005 y 013765 del 9 de Marzo de 2004, ha expresado que:

“El consorcio y la unión temporal son figuras propias del derecho privado, utilizadas ordinariamente como un instrumento de cooperación entre empresas de personas naturales o jurídicas, cuando requieren asumir una tarea económica particularmente importante, que les permite distribuirse de algún modo los riesgos que pueda implicar la actividad que se acomete, aunar recursos financieros y tecnológicos, y mejorar la disponibilidad de equipos según el caso, pero conservando los consorciados su independencia jurídica”.

Concepto tributario 013765 de 09/03/2004.

“... es un convenio de asociación, o mejor, un sistema de mediación que permite a sus miembros organizarse mancomunadamente para la celebración y ejecución de un contrato con el Estado, sin que por ello pierdan su individualidad jurídica, pero asumiendo un grado de responsabilidad solidaria en el cumplimiento de las obligaciones contractuales”.

Marco Legal

Las disposiciones legales que constituyen el marco jurídico de los consorcios y uniones temporales, son la Ley 80 de 1993 (Estatuto general de contratación pública), el Decreto 624 de 1989 (Estatuto tributario), el Decreto 856 de 1994 y la orden administrativa de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) 00001 de 2005. El objeto de regulación se presenta al detalle a continuación:

Ley 80 de 1993:

1. Permite a las entidades estatales celebrar contratos con consorcios y uniones temporales (Art. 6).

2. Señala que hay 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”.

Art. 7.

3. *Respecto a uniones temporales señala que se presenta "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". Art. 7.*

4. *Impone a los proponentes en una contratación los siguientes deberes Art. 7: Indicar si su participación adopta la modalidad de consorcio o unión temporal; No modificar los términos del acuerdo celebrado entre los miembros del consorcio o unión temporal sin el consentimiento de la entidad pública contratante; Designar la persona que, para todos los efectos, representará al consorcio o unión temporal; Señalar las reglas básicas que regulen las relaciones entre ellos y su responsabilidad; Permite aplicar a las sociedades constituidas bajo cualquiera de las modalidades previstas en la ley, con el único objeto de presentar una propuesta, celebrar y ejecutar un contrato estatal, las disposiciones previstas en esta ley para los consorcios respecto a responsabilidad y efectos. Parágrafo 3. Art. 7.*

5. *Impone que de presentarse una inhabilidad o incompatibilidad sobreviniente a uno de los miembros de un consorcio o unión temporal, éste cederá su participación a un tercero previa, autorización escrita de la entidad contratante y advierte que en ningún caso podrá haber cesión del contrato entre quienes integran el consorcio o unión temporal. Art. 9.*

6. *Los consorcios y uniones temporales responderán por las acciones y omisiones de sus integrantes. Art. 52*

Decreto 624 de 1989:

Esta disposición es conocida como Estatuto Tributario Colombiano. En ella el tratamiento de los consorcios se dispone en:

- 1. Impone el deber de inscribirse en el Registro Único Tributario 4, no obstante que no son contribuyentes del Impuesto a la renta (Art. 18 modificado por Ley 223 de 1995). Los miembros del consorcio o la unión temporal deben 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 o Unión Temporal.*
- 2. Atribuye responsabilidades relacionadas con retención en la fuente e impuesto a las ventas: a) Impuesto a la renta: No son contribuyentes del Impuesto sobre la Renta Retención en la Fuente. Son agentes de retención. (Art. 368 modificado por Ley 448 de 1998). b) Impuesto sobre las ventas: Son responsables de este impuesto, en el Régimen Común cuando en forma directa sean ellos quienes realicen actividades gravadas. (Art. 437 literal f).*

Decreto 856 de 1994

Mediante esta disposición legal se reglamentó el funcionamiento del registro de proponentes en las Cámaras de Comercio. Se dispuso la obligatoriedad a cada uno de los miembros o partícipes de la unión temporal o consorcio, de estar inscritos, clasificados y calificados en el registro de proponentes.

Orden Administrativa DIAN 00001 de 2005

Requisitos para la formalización del RUT de Consorcios: a) *Presentación del documento privado donde conste la conformación del consorcio o la unión temporal, el que debe contener por lo menos: nombre del consorcio o de la unión temporal, domicilio consorcial, representante legal y el objeto del consorcio;* b) *Certificado de existencia y representación legal vigente de cada una de las sociedades o certificado de registro mercantil para personas naturales que conformen el consorcio o la unión*

El Registro Único Tributario, RUT, es el mecanismo único para identificar, ubicar y clasificar las personas y entidades que tengan la calidad de contribuyentes declarantes del impuesto sobre la renta y no contribuyentes declarantes de ingresos y patrimonio; los responsables del régimen común y los pertenecientes al régimen simplificado; los agentes retenedores; los importadores, exportadores y demás usuarios aduaneros y los demás sujetos de obligaciones administradas por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, respecto de los cuales se requiera su inscripción. (Art 555-2 del E.T).

El Registro de Proponentes tiene por objeto la inscripción, la clasificación y la calificación de todas las personas naturales o jurídicas que aspiren a celebrar con las entidades estatales los contratos señalados en el Art. 22 de la Ley 80 de 1993. Es administrado por las Cámaras de Comercio y la información que en ellos reposa es pública, es decir, puede ser consultada por cualquier persona temporal, expedido por la Cámara de Comercio o entidad competente; c) *Fotocopia del documento de identificación del representante legal del consorcio o unión temporal.*

RASGOS DISTINTIVOS

El marco referencial permite caracterizar al Consorcio y Unión temporal, a partir de elementos que en el ámbito empresarial son considerados como parámetros de definición de la forma de organización necesaria para formular y ejecutar un proyecto. Los elementos tomados por el autor de este escrito son: naturaleza, sujetos, objeto, forma, contenido y capacidad:

Naturaleza

La descripción legal tanto de consorcio como unión temporal contenida en el Art. 7 de la Ley 80 de 1993, no le atribuye el carácter de persona jurídica, por lo que se reconoce en una y otra forma de organización, un carácter eminentemente contractual, específicamente un contrato de colaboración empresarial entre dos o más sujetos de derecho, que voluntariamente han decidido unir esfuerzos para lograr un objetivo sin que se establezca entre ellos sociedad.

Su celebración es jurídicamente viable tanto en el ámbito del derecho público como en el derecho privado. Esto significa, que es incorrecto afirmar que sea una figura exclusiva del derecho público, específicamente de la contratación estatal. Lo que se reconoce es que su incorporación al derecho colombiano se realizó desde esta disciplina.

No le reconoce el derecho colombiano, el atributo de la personalidad jurídica, lo que significa que celebrado el contrato de consorcio o de unión temporal, los derechos y obligaciones que surjan en la ejecución del acuerdo consorcial estarán en cabeza de todos y cada uno de los miembros de la colaboración.

El Art. 6 de la ley 80 de 1993, respecto a la responsabilidad de los miembros del consorcio o unión temporal señala que responden "...solidariamente de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato". Se trata de una responsabilidad solidaria o in solidum⁶, que emana de la ley y como mandato imperativo es irrenunciable e inmodificable por voluntad de quienes suscriben el contrato de colaboración empresarial. Esta solidaridad implica que:

- a) *Todos los miembros del consorcio o unión temporal responden por la totalidad de las obligaciones contraídas en ejecución del contrato de*

colaboración, independientemente de la naturaleza y grado de participación en la colaboración;

- b) El patrimonio de cada uno de los miembros del consorcio o unión temporal es prenda general de los acreedores con quienes se obtenga vinculación en ejecución del contrato de colaboración empresarial;*
- c) Quien contrate con un consorcio o unión temporal puede exigir la totalidad del cumplimiento de la obligación a cualquiera de los miembros del consorcio, sin que éstos puedan invocar a su favor el beneficio de división ni de excusión;*
- d) El cumplimiento de la prestación que se debe hecha por uno de éstos, extingue la obligación respecto a los demás;*
- e) La constitución en mora de uno de los deudores solidarios acarrea igual situación para los demás;*
- f) Si uno de los miembros del contrato de colaboración empresarial cumple por cualquiera de los medios equivalentes al pago, con las obligaciones contraídas en ejecución del consorcio o unión temporal, queda subrogado en la acción del contratante, con todos los privilegios y seguridades, pero limitada respecto de cada uno de los codeudores a la parte o cuota que tenga este codeudor en la deuda.*

Sujetos

Respecto a los sujetos consorciados o miembros de la unión temporal, ha de señalarse que el marco jurídico vigente reclama dos o más personas sin calificación alguna, puede estar integrado sólo por personas naturales, sólo por personas jurídicas, por unas y otras, de derecho público o privado, con o sin ánimo de lucro, que han decidido unir esfuerzos (capital, trabajo, conocimiento, experiencia) para emprender un proyecto que de ejercerse individualmente no tendría la potencialidad de producir el mismo resultado.

Las condiciones de orden personal, financiero y capacidad técnica para unir esfuerzos en torno a un proyecto, no son impuestas por la regulación vigente. Son evaluadas por los miembros del consorcio o unión temporal, no sólo en función de su interés por generar bienes y servicios en una economía o por obtener lucro. Incide la capacidad técnica necesaria para presentar la propuesta, obtener la adjudicación y ejecutar el contrato que le sea adjudicado.

No hay en consorcios y unión temporal socios propiamente dichos, hay un modelo de colaboración para la ejecución de uno o varios proyectos, pero cada uno conserva su independencia y asume un grado de responsabilidad solidaria en el cumplimiento de las obligaciones contractuales."

4. DEL CASO EN CONCRETO

Así las cosas, tenemos que el consorcio no es una persona jurídica, que no goza de patrimonio propio, sino de la suma de un esfuerzo común para lograr un objetivo común y concreto, conservando independencia patrimonial respecto de cada uno de los integrantes, el cual se manifiesta bajo el vínculo contractual y no societario; sin perjuicio de lo anterior debe cumplir con unas condiciones formales, tributarias, y legales, que le exigen nombrar un "Administrador", el cual lejos de un representante legal, es quien debe encargarse del cumplimiento del objeto social, cumplimiento de obligaciones de los contratantes; de tal suerte que el consorcio convierte en solidarios a los contratantes de las obligaciones contraídas **dentro del periodo de vigencia del contrato** frente a terceros; así las cosas no puede pedirse dentro de la vigencia del contrato el embargo de la participación dentro de la ejecución del

contrato, puesto que este es el aporte, que no necesariamente es dinero dentro del contrato de consorcio; ya que tal puede ser diverso, y puede ser capital líquido, Know- How, asistencia técnica, (estudios, diseños, planos, licencias, etc), o en especie como préstamo de maquinaria, mano de obra, insumos, materiales, servicios etc. Por ende inembargables, puesto que entran en el consorcio para la ejecución del contrato consorcial y dar cumplimiento a la labor contratada en este caso todos desarrollos públicos.

Así mismo, el embargo de cuentas por cobrar y utilidades, debe hacerse claridad, que no son susceptibles las que sea "titular" el consorcio; pues no puede exigírsele al contratante que funja como ente liquidador, distribuyendo o determinando cual es el grado de participación para el reparto de la utilidad, situación que está reservada para el contratista y que este normalmente preestablece dentro del contrato inicial por el cual se crea el consorcio; pues ese ejercicio liquidatorio, demanda obligaciones tributarias, mercantiles y contractuales que deben ser establecidas dentro del mismo consorcio y no por el contratante. Así pues no puede, la judicatura ordenar a un contratante de un consorcio, argumentando la falta de personalidad jurídica y la conservación de la individualidad de los integrantes del consorcio para ordenar medidas cautelares contra uno de los participantes por obligaciones contraídas por fuera de la ejecución del contrato consorcial.

Ni que decir de la posibilidad del embargo de anticipos de dineros para la ejecución de obra pública, por obligaciones ajenas al desarrollo del objeto del consorcio para el cual se giraron; pues este dinero, no pertenece al patrimonio del contratista, podría decirse que equivale a un recurso de destinación específica, (guardando la prudente distancia con la figura anunciada) que si y solo si debe destinarse al cumplimiento del objeto contractual entre el contratante y el contratista; solo procedería medida cautelar del contratante ante un eventual incumplimiento por parte del contratista de la obra o del servicio contratado.

Lo que si resulta factible, y así se deja ver en la solicitud de medidas cautelares, es la posibilidad de embargar las utilidades, que genere la participación del demandado en el desarrollo del objeto del contrato de cooperación; y esto es factible entendiendo que se debe condicionar al ejercicio financiero entre los diferentes integrantes de los consorcios a los cuales pertenezca la sociedad demandada; por esta razón, debe accederse a la medida cautelar solicitada, bajo los siguientes entendidos:

- a) Debe decretarse sobre la utilidad del demandado sociedad **LA MACUIRA INVERSIONES Y CONSTRUCCIONES**, en el o los diferentes consorcios en los cuales haga parte.
- b) Debe condicionarse al ejercicio parcial o final que arroje la utilidad del participante, en el contrato cooperativo.
- c) El valor utilitario representado en el ejercicio financiero, debe depositarse a órdenes del Juzgado, para suplir las eventuales condenas que se llegaren a producir; así debe oficiarse a quien contractualmente se le designe como gerente o administrador de él o de los consorcios, en los cuales se afecte la utilidad del demandado.
- d) Al decretar el embargo el Juez deberá observar lo reglado en el artículo 599 inciso 3 del Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto, la Sala Civil Familia Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Riohacha, La Guajira.

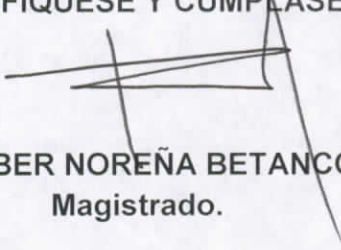
RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el auto proferido por el **JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO**, del 12 de febrero de 2019 por medio del cual se negaron las medidas cautelares en el proceso promovido por **TERRAPIN SAS** contra **LA MACUIRA INVERSIONES Y CONSTRUCCIONES**.

SEGUNDO: ORDENAR al **JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO DE RIOHACHA**, proceder al decreto de las medidas cautelares conforme a la parte considerativa de la providencia.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia por las resultados del recurso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


JHON RUSBER NOREÑA BETANCOURTH
Magistrado.