

LA CAPACIDAD DE LOS CONSORCIOS Y LAS UNIONES TEMPORALES

ESTUDIO JURÍDICO

Los abogados siempre tuvimos impresa en la mente con cincel, desde que iniciamos la carrera en la universidad, que la capacidad jurídica sólo era atribuible a las PERSONAS, de tal suerte que aquello que no tuviese la categoría de PERSONA no tenía ni podía tener ni se podría atribuirle capacidad jurídica.

Tal idea se ha visto especialmente reforzada por el contenido de normas tales como los textos de los artículos 13 y 14 de la Constitución Política y 1502 a 1504 del Código Civil, dado que en ellos sólo se habla de personas.

La CAPACIDAD tiene dos grandes categorías: una es la llamada CAPACIDAD DE GOCE y la otra la denominada CAPACIDAD DE EJERCICIO o capacidad legal o capacidad negocial.

La CAPACIDAD DE GOCE puede definirse como la capacidad o aptitud para ser titular de derechos y obligaciones y la tienen, sin excepción, todas las personas ya sean naturales o jurídicas. Podemos decir que esta capacidad está consagrada en los artículos 13 y 14 de la Constitución Política.

La CAPACIDAD DE EJERCICIO (o legal o negocial) es la capacidad o aptitud para crear, modificar, o extinguir derechos y obligaciones. De ella tratan, principalmente, los arts. 1502 y 1503 del Código Civil.

C. POL. ARTICULO 13. Todas **las personas** nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.
(.....)

C. POL. ARTICULO 14. Toda **persona** tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica.

CÓDIGO CIVIL, ARTICULO 1503. PRESUNCIÓN DE CAPACIDAD. Toda **persona** es legalmente capaz, excepto aquéllas que la ley declara incapaces.

CÓDIGO CIVIL, ARTICULO 1502. REQUISITOS PARA OBLIGARSE. Para que una **persona** se obligue a **otra** por un acto o declaración de voluntad, es necesario:

- 1o.) que sea legalmente capaz.
- 2o.) que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio.
- 3o.) que recaiga sobre un objeto lícito.
- 4o.) que tenga una causa lícita.

La capacidad legal de una **persona** consiste en poderse obligar por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra.

Y puesto que la capacidad tiene su manifestación más frecuente en la celebración de contratos, recordemos la noción de contrato:

CÓDIGO CIVIL, ARTÍCULO 1495. Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas.

Puede observarse que las normas sobre capacidad y la definición de contrato hablan con referencia a las **personas** solamente y de allí que la interpretación inmediata es que para poder tener capacidad se requiere ser persona. Además esa es la posición fácil, por ser la tradicional, antigua, y por ser la aparentemente más lógica cuando uno se pregunta ¿Quiénes tienen capacidad? La sola pregunta ya involucra necesariamente la idea de persona puesto que la palabra “quiénes” ya excluye las cosas y eso facilita y lleva a la respuesta: las personas.

Dentro de este escenario y habida cuenta que según el artículo 73 del Código Civil las personas son naturales o jurídicas, siempre afirmamos que la capacidad jurídica (de goce y de ejercicio) sólo podía predicarse de las personas naturales y de las personas jurídicas. De acuerdo con el Código Civil dichas personas se definen:

Persona natural. **Art. 74 del C.C.** Son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición.

Persona jurídica. **Art. 633 del C.C.** Se llaman persona jurídica, una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente.

Puesto que los consorcios y las uniones temporales, de acuerdo con su definición legal respecto de la contratación estatal (art. 7º de la L.80/93), no son otra cosa que la presentación conjunta de una misma propuesta por dos o más personas para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato (estatal, se entiende), y vistas desde el punto de vista del derecho privado no son cosa distinta que un contrato de colaboración empresarial, hay acuerdo total en que los consorcios y uniones no son personas. La discusión ha sido sobre si esas “no personas” podían o no ser revestidas de capacidad legal como lo hizo el artículo 6º de la Ley 80, es decir, si la esta norma era inconstitucional o no.

La jurisprudencia, como veremos, ha definido ya que es constitucional (exequible) porque la atribución de capacidad es materia que la Constitución no se reservó para sí sino que la asignó a la ley.

Ahora el debate es cuál es la extensión de la capacidad de los consorcios y uniones, lo cual también empieza a definirse jurisprudencialmente, como veremos aquí. Tal definición es muy importante puesto que la práctica, en especial la de las empresas de ingeniería, ha tomado por mal rumbo, a causa de

ausencia de asesoría jurídica o de la mala prestación de a misma por parte de los abogados. La sensación que se palpa, cuando se habla de este tema entre los medios de la contratación estatal, es que “aunque está mal, todo anda bien porque no pasa nada”. No demora, sin embargo, que algún contratista empiece a pagar los platos rotos y cada uno espera que no sea él el primero.

LA CAPACIDAD EN LOS ESTATUTOS CONTRACTUALES PÚBLICOS

El Decreto-Ley 150 de 1976.

En la misma línea de pensamiento anotada arriba, según la cual sólo las personas tienen capacidad, estaban los dos estatutos de contratación pública anteriores a la Ley 80/93, como fueron el Decreto-Ley 150 de 1976 y el Decreto-Ley 222 de 1983. Veamos:

D.L. 150/76, “Artículo 2º. De quienes son capaces de contratar. Son capaces para contratar con las entidades a que se refiere el artículo anterior, las **personas** consideradas como tales en las disposiciones legales vigentes.

Y en “el artículo anterior”, o sea en el 1º, solamente se mencionaban entidades estatales que tenían personería jurídica, a saber, la Nación (cuyo representante legal es el Presidente y por ello firmaba los contratos de los ministerios y los departamentos administrativos, salvo aquellos que el Presidente les delegara), los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta. No estaban las entidades departamentales ni municipales ni distritales por cuanto el decreto sólo regulaba la contratación de “la Nación y sus entidades descentralizadas”. En cuanto a los consorcios (no se llamaban así y no existían las uniones temporales), se tenía:

D.L. 250/76, “Artículo 3º. De los casos en que varias personas pueden proponer conjuntamente. Cuando se considerare que de la ejecución conjunta de una obra se derivan beneficios para la entidad contratante, ésta dispondrá que dos o más personas pueden formular una misma propuesta.

Nótese que lo que luego se llamaron consorcios, aquí, uniendo el título del artículo con su contenido, se llamarían simplemente “*propuestas conjuntas para la ejecución de un contrato de obra*”, y que ello sólo era posible si la entidad autorizaba tal modalidad para el proceso concreto y sólo podía ser para contratos de obra. De acuerdo con el artículo 2º, no tenían capacidad para contratar con el Estado pues sólo lo estaban las personas y de acuerdo con el art. 3º no eran personas sino que sólo eran una modalidad de formular la propuesta.

El Decreto-Ley 222 de 1983.

Vino luego el Decreto-Ley 222 de 1983. Igual que su antecesor, sólo regulaba la contratación de la Nación y sus entidades descentralizadas. Así mismo, en su artículo 1º sólo se incluían las entidades del orden nacional que tenían la categoría de personas jurídicas, si bien incluyendo a las Superintendencias pero anotando que se aplicaba a los contratos que ellas celebraran por conducto de los Ministerios a los cuales estuviesen adscritas. El artículo 2º reiteraba lo del 2º de su antecesor:

D.L. 222/83, ARTICULO 2o. DE QUIENES SON CAPACES DE CONTRATAR - Son capaces para contratar con las entidades a las cuales se aplica este estatuto, las personas consideradas como tales en las disposiciones legales vigentes.

En cuanto a las propuestas conjuntas, se mantuvo el mismo criterio que en su decreto antecesor, pero se le asignó a esta figura el nombre de “consorcio”, y ya era posible no sólo para los contratos de obra sino para cualquier contrato y se mantuvo que su procedencia debería ser previamente autorizada por el representante legal de la entidad y consignarse en el pliego de condiciones respectivo. Finalmente, se estableció que la responsabilidad por la celebración y ejecución del contrato, en el caso del consorcio, sería solidaria entre sus integrantes. Veamos:

ARTICULO 3o. DE LOS CASOS EN QUE VARIAS PERSONAS PUEDAN PROPONER CONJUNTAMENTE - Cuando se considere que de la ejecución conjunta de un contrato se derivan beneficios para la entidad contratante, ésta podrá autorizar que dos o más personas puedan presentar conjuntamente la misma propuesta, generándose así el consorcio.

ARTICULO 4o. DE LA PRESENTACIÓN CONJUNTA DE PROPUESTAS - La autorización para presentar propuestas en los términos del artículo anterior deberá ser otorgada por el representante legal de la entidad con anterioridad a la apertura de la licitación o concurso de méritos o la celebración del contrato, según el caso.

En el pliego de condiciones o en la invitación deberá figurar expresamente la posibilidad de proponer conjuntamente y no podrá ser motivo de adendo.

ARTICULO 5o. DE LA RESPONSABILIDAD DEL CONSORCIO -. Las personas a quienes en el evento previsto en los artículos anteriores se les adjudicara un contrato, responderán solidariamente por su celebración y ejecución.

Vemos que el consorcio sigue siendo simplemente la presentación conjunta de una misma propuesta por dos o más personas y no se le confiere capacidad de contratación (capacidad de ejercicio) y tampoco capacidad de goce (titularidad de derechos y obligaciones, pues todas continúan en cabeza de sus integrantes como deudores solidarios). Al no tener capacidad de goce ni de ejercicio, tampoco tienen capacidad para comparecer en juicio, es decir, no pueden demandar ni ser demandados, sino que quienes deben demandar (o pueden ser demandados) son los integrantes del consorcio, no el consorcio. Tampoco se les pide la designación de un representante y entonces, de hecho, se firmaba por

todos los representantes legales de los integrantes que eran personas jurídicas y por los integrantes personas naturales o bien por un apoderado designado por todas ellas, que era lo más usual.

La Ley 80 de 1993.

En el año 1993 se expidió la Ley 80 de dicho año y en ella aparecen cambios fundamentales en la materia que nos ocupa.

Por una parte, ya no es el estatuto contractual de las entidades del orden nacional, sino que pretende ser el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, según se expresa en su enunciado, en todos los órdenes. Pretende, decimos, porque siguieron existiendo regímenes especiales de contratación.

De otra parte, en el artículo 1º se hace una extensa enumeración de las entidades a las cuales se les aplica el Estatuto, y en ella, para sorpresa de los abogados, aparecen incluidas dependencias de entidades estatales, dependencias que obviamente no tienen personería jurídica puesto que ella radica en la entidad de la cual tales dependencias forman parte.

Dice esta ley en su artículo 1º que ella rige los contratos de **“las entidades estatales”** y en el 2º, que define qué se entiende por tales, en su numeral 1º literal a), incluye como **“entidades estatales”** a dependencias de entidades y a otros entes que no tienen personería jurídica, es decir que no son personas, tales como por ejemplo, las “regiones”, las “provincias”, las “áreas metropolitanas”, los “territorios indígenas” y en el literal b) ibídem incluye el Senado, la Cámara, los Ministerios, la Contraloría General, las departamentales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, las unidades administrativas especiales (antes ninguna tenía personería), etc. y al final de este literal expresó *“y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la Ley otorgue capacidad para celebrar contratos.”*

Y la primera ley que corre a otorgarle capacidad de contratación a los precitadas “no personas” y a los innominados “organismos y dependencias del Estado”, es la propia Ley 80 puesto que en su artículo 6º señala quiénes pueden celebrar contratos **“con las entidades estatales”** que equivale a decir o es otra forma de decir que las **“entidades estatales”** pueden contratar con tales y cuáles, formas ambas que implican, lógica y necesariamente, darle a todos los citados en la definición de “entidades estatales” capacidad de contratación. Si decimos quiénes pueden celebrar contratos con Pedro, estamos a la vez afirmando que Pedro puede contratar con tales quienes.

En el artículo 11, numeral 3º, se otorga competencia para celebrar contratos a nombre de la respectiva entidad, a los correspondientes jefes, incluyendo a los de las dependencias sin personería jurídica, como por ejemplo el Presidente del

Senado, el de la Cámara, el Presidente Administrativo del Consejo Superior de la Judicatura y de sus Consejos Seccionales, etc.

Fueron demandados ante la Corte Constitucional, entre otras, las disposiciones de los arts. 2º, literal b) y 11 numerales 1 y 3 literales a) y b) de la Ley 80, por violación de un cúmulo de disposiciones constitucionales, teniendo en cuenta que incluían a dependencias sin personería jurídica y a jefes que no tenían la calidad de representantes legales, con fundamento en que tales dependencias no son personas jurídicas, que Colombia es un estado de derecho, fundado en el respeto del orden jurídico, uno de cuyos principios generales, quizá el más importante, es el que prescribe que “sólo la persona es sujeto de derecho y obligaciones” y sólo a quien es persona se le puede exigir el cumplimiento de obligaciones por ser la persona la que tiene capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones; que uno de los requisitos para que exista un contrato es el acuerdo de voluntades y sólo tienen voluntad las personas y esas personas deben tener la capacidad de obligarse y ser sujetos de derechos, por lo cual los artículos precitados eran, según la demanda, inconstitucionales.

Concluyó el demandante:

“Por tanto, las ramas del poder público, así como los organismos de control, no pueden actuar por sí solos, deben hacerlo a través de la Nación, que para todos los efectos es persona jurídica. Por esta razón, la ley acusada no puede concederles a los organismos mencionados en el literal b), una personalidad jurídica distinta a la de la Nación.”

“Si no se goza de personería jurídica, no se tiene capacidad para contraer derechos y obligaciones. La capacidad es un atributo de la personalidad, por tanto, si falta ésta no puede gozarse de aquélla. Es por estas razones, que la ley 80 al otorgar capacidad para contratar a organismos que carecen de personalidad jurídica, vulnera el artículo 14 de la Constitución, al desconocer la personalidad jurídica de la Nación, y el artículo 150, numeral 9, al conceder a unos organismos que no constituyen el “Gobierno” la facultad de contratar.”

Admitía si el actor que una ley puede conferir personería jurídica a cualquiera de tales dependencias y organismos, pero siempre que lo haga de manera expresa y clara y no de una forma en que haya que deducirlo de interpretaciones.

Esta demanda se tramitó en el expediente D-513 y se falló mediante Sentencia C-374 de 1994 (25 de agosto), con ponencia de Jorge Arango Mejía. En ella se dijo:

“C. Análisis de las normas demandadas

No son necesarias abstractas lucubraciones para concluir que no le asiste razón al demandante, pues las normas acusadas se ajustan a la Constitución.

Sea lo primero decir que los artículos 2º. y 11 de la ley 80 de 1993, en los aspectos demandados son un cabal desarrollo de la Constitución. En efecto, veamos:

10.- Las entidades estatales están expresamente mencionadas en el artículo 352 de la Constitución, norma según la cual "Además de lo señalado en esta Constitución, la ley orgánica del Presupuesto regulará lo correspondiente a la programación, aprobación, modificación, ejecución de los presupuestos de la Nación, de las entidades territoriales y de los entes descentralizados de cualquier nivel administrativo, y su coordinación con el Plan Nacional de Desarrollo, **así como también la capacidad de los organismos y entidades estatales para contratar.**" (Negrillas fuera de texto)

Hay que recordar que la ley 80 dice en su artículo 2 que "para los solos efectos de esta ley" se denominan entidades estatales, con lo cual, evidentemente, se está refiriendo a la capacidad para contratar de que trata el artículo 352.

20.- Según el último inciso del artículo 150 de la Constitución, "Compete al Congreso expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional." Que fue, precisamente, lo que hizo el Congreso al dictar la ley 80, "Por la cual se expide el estatuto general de contratación de la administración pública."

Y es de elemental lógica, desde el punto de vista estrictamente jurídico, que en el mencionado estatuto se determine qué entidades estatales tienen capacidad para contratar y cuáles son los funcionarios que obran en sus respectivos nombres.

Hay que aclarar que, a primera vista, podría pensarse en una contradicción entre los artículos 352 y 150, inciso final. ¿Por qué? Porque la última parte de la primera norma establece que es la ley Orgánica del Presupuesto regulará "la capacidad de los organismos y entidades estatales para contratar", y, según el último inciso de la segunda, "Compete al Congreso expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional". Tal contradicción, sin embargo, es apenas aparente, como se explicará.

En la ley orgánica pueden hacerse definiciones sobre la capacidad de contratar, para efectos de la ejecución presupuestal. En el Estatuto General de Contratación, por el contrario, se hace la determinación concreta de los funcionarios que contratarán, como se ha hecho por medio de la ley 80 de 1993. No existe, pues, contradicción alguna.

30.- La asignación de competencias en el campo de la contratación, se hace, además, de conformidad con dos normas de la Constitución, así:

Primero.- El artículo 121, según el cual "Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuye la Constitución y la ley." En este caso, la ley 80 atribuye unas funciones a determinados funcionarios, en materia de contratación.

Segundo.- El artículo 122, de conformidad con el cual, "No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en la ley o reglamento..."

Por estos aspectos, en consecuencia, la demanda no está llamada a prosperar.

Citó también la Corte, otros argumentos de la misma corporación en otros fallos, entre los cuales destacamos pronunciamientos tales como el de que "... las funciones de ejecución administrativa y de representación en juicio no están supeditadas a la circunstancia que los entes respectivos sean personas jurídicas." y "Que la personalidad jurídica, así como la personería jurídica o de representación y para comparecer en juicio, son de mera estirpe legal pero no de

rango constitucional y pueden por tanto ser modificadas por la ley sin violar la Constitución" (Las subrayas no son de la sentencia)

Recordó también la Corte que el legislador de la Ley 80/93 dio capacidad a dependencias estatales que no son personas y competencia a sus jefes para contratar, no de manera accidental, sino plenamente consciente por cuanto en la Exposición de Motivos de la Ley 80 se dice:

"El proyecto respecto de la competencia para contratar alude a entidades estatales, sin que sean identificadas con la noción de personalidad jurídica. Lo anterior significa que al referirse a la competencia y por tanto, a los sujetos del contrato, no se "hable solamente de personas como ocurría en el pasado, sino por lo que hace al sector oficial de la contratación, a la parte pública del contrato, al extremo público del contrato hablamos de entidades públicas y al hablar de entidades públicas no es necesario que ellas tengan personería jurídica." (Gaceta del Congreso No. 75 de septiembre 23 de 1992, pág. 16)

Por lo anotado, la sentencia declaró exequibles las disposiciones acusadas.

Otra novedad que trajo la Ley 80/93, fue lo dispuesto en el artículo 6º, que es justamente la que da base al tema del presente estudio, norma que en su primer inciso determina:

Artículo 6o. De la capacidad para contratar. Pueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes. También podrán celebrar contratos con las entidades estatales, los consorcios y uniones temporales. (Nuestro el destacado)

La novedad aquí es que la ley les reconoce, de entrada, capacidad de contratación, vale decir capacidad de ejercicio o negocial, a los consorcios y a las uniones temporales, figuras ambas que define en el artículo 7º como la presentación conjunta de una misma propuesta por dos o más personas para la celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente por las obligaciones del mismo, siendo la diferencia entre consorcios y uniones temporales únicamente el régimen sancionatorio aplicable, puesto que en las uniones las sanciones por incumplimiento se aplican exclusivamente al integrante incumplido y en proporción a su participación.

Es este un nuevo punto que hizo a muchos rasgarse las vestiduras, habida cuenta que a ambos tipos de asociación se les confiere capacidad sin tener personería jurídica.

Quienes entendieron que la capacidad es una potestad cuya asignación corresponde a la ley y que por tanto esta puede otorgarla, modificarla o quitarla, aceptaron inmediatamente esta situación, así algunos tuviesen reticencia frente al hecho de que la capacidad se le otorgara a unos entes que no tienen personería jurídica, y también, según vimos atrás, a dependencias de entidades estatales que, como tales, no tienen personería, la cual pertenece a las entidades de las que esas dependencias forman parte, y a organismos que tampoco la

tienen sino que antes debían contratar por intermedio de la entidad a la cual están adscritas y, finalmente, que se les diese capacidad de contratación a los jefes de tales dependencias.

Para el caso de los consorcios y uniones temporales, pronto vino la jurisprudencia a pronunciarse sobre el tema, siendo la tesis del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional que el artículo 6º de la Ley 80 les dio a ellos capacidad para presentar propuestas y para celebrar contratos, exclusivamente, con las entidades estatales mas no para comparecer en juicio como demandantes o demandados, tesis en virtud de la cual los consorcios y las uniones temporales que demandaban en esa condición, se encontraron con la inadmisión de la demanda por falta de personería en el demandante (falta de capacidad para ser parte, falta de capacidad para comparecer en juicio o personería adjetiva o falta de legitimación en la causa), y así mismo quienes demandaban a los consorcios y uniones sufrían la inadmisión por falta de lo acabado de enunciar pero en el demandado, teniendo en tales casos que instaurarse las demandas por todos y cada uno de los integrantes del consorcio o unión o instaurarse la demanda contra dichos integrantes.

Todo ello, bajo el convencimiento de que por no ser personas, los consorcios y las uniones no podían ser titulares de derechos y obligaciones (capacidad de goce o personería sustantiva) ni de la capacidad de crearlos, modificarlos o extinguirlos (capacidad de ejercicio) y por ende de hacerlos valer (capacidad para ser parte o capacidad para comparecer en juicio o personería adjetiva o legitimación en la causa por activa o por pasiva)

Y así como se demandaron por inconstitucionalidad los artículos 2º y 11 de la Ley 80/93 que denominaban como “entidades” y le otorgaban capacidad a dependencias y organismos estatales que no tenían personería jurídica y se les daba su representación a los jefes de dichas dependencias u organismos, lo que fue declarado exequible mediante la Sentencia C-374 de 1994 atrás citada, también fue demandada la frase del Artículo 6º de la Ley 80, que arriba destacamos y que dice que *“También podrán celebrar contratos con las entidades estatales, los consorcios y uniones temporales”*, demanda que culminó con la **Sentencia C-949-01 del 5 de Septiembre de 2001, M.P. Clara Inés Vargas Hernández**, que declaró exequible la frase demandada, sentencia a la cual pertenecen los siguientes apartes:

“En torno a la capacidad contractual de los consorcios y uniones temporales la jurisprudencia constitucional ha expresado que el Estatuto de contratación les reconoce este atributo sin exigirles como condición de su ejercicio la de ser personas jurídicas. También ha dicho que el consorcio 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.”
(.....)

“No es la primera vez que esta Corporación tiene la oportunidad de pronunciarse respecto de una argumentación como la presentada en esta ocasión por el impugnante. En efecto, habiéndose censurado el artículo 2o. de la Ley 80 de 1993, por considerar que le otorgaba capacidad contractual a ciertas entidades que carecen de personería jurídica, la Corte fue enfática al expresar que siendo éste un atributo de naturaleza legal nada impedía que el legislador no lo tuviera en cuenta para efectos de regular lo concerniente a la capacidad para contratar.”

(.....)

“No hay que olvidar que el legislador facultado por el Constituyente para expedir el estatuto general de contratación artículo 150, inciso final Superior, le otorgó capacidad para señalar a los consorcios y uniones temporales como sujetos capaces para celebrar contratos, reconociendo que son un instrumento de cooperación entre empresas, que les permita desarrollar ciertas actividades, a través de la unión de esfuerzos técnicos, económicos y financieros con el fin de asegurar la más adecuada y eficiente realización de las mismas.”

“Así las cosas y como corolario de lo expresado, resulta claro para la Corte que las normas acusadas no desconocen ningún principio ni regla constitucional, y por lo tanto serán declaradas exequibles.”

Desde la expedición de la Ley 80/93 y con el correr de los años, en el Consejo de Estado se produjeron decisiones contradictorias sobre el tema de la falta de capacidad para comparecer en juicio y por ello la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, se reunió en sala plena con el fin de hacer unificación de la jurisprudencia, la que se produjo mediante la **Sentencia de Unificación de fecha 25 de septiembre de 2013, expediente No. 19933**, demandante Consorcio Glonmarex, demandado el Consejo Superior de la Judicatura (Dirección Ejecutiva de Administración Judicial), ponente Mauricio Fajardo Gómez. Por ser de tan alta importancia y altura jurídica, reproducimos de ella los siguientes de los apartes más importantes, si bien hay muchos otros raciocinios que refuerzan el tema. Se dijo en el fallo:

“3. Rectificación y unificación de la jurisprudencia en relación con la capacidad con la cual cuentan los consorcios y las uniones temporales para comparecer como parte en los procesos judiciales.

“A juicio de la Sala, en esta ocasión debe retomarse el asunto para efectos de modificar la tesis jurisprudencial que se ha venido siguiendo y, por tanto, debe puntualizarse que si bien las uniones temporales y los consorcios 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 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 –legitimatío ad processum–, por intermedio de su representante.

El planteamiento que acaba de esbozarse en modo alguno desconoce que el artículo 44 del Código de Procedimiento Civil —CPC—, atribuye “(...) capacidad para comparecer por sí al proceso (...)”, a las personas, naturales o jurídicas, que pueden disponer de sus derechos, sin embargo se precisa que esa condición no se encuentra instituida en la norma como una exigencia absoluta, puesto que resulta claro que incluso

la propia ley procesal civil consagra algunas excepciones, tal como ocurre con la herencia yacente⁽⁴³⁾ o con los patrimonios autónomos, los cuales, a pesar de no contar con personalidad jurídica propia, sí pueden ser sujetos procesales⁽⁴⁴⁾, de lo cual se desprende que el hecho de que los consorcios y las uniones temporales carezcan de personalidad jurídica independiente, no constituye fundamento suficiente para concluir que carecen de capacidad para ser sujetos, activos o pasivos, en un proceso judicial.

La jurisprudencia reiterada de la Corte Suprema de Justicia puso de presente, desde hace varios lustros, que la capacidad para comparecer en juicio no se encuentra, en modo alguno, supeditada al requisito de la personalidad jurídica, tal como lo evidencian los pronunciamientos consignados en el fallo emitido por su Sala Plena, en agosto 23 de 1984, oportunidad en el cual sostuvo:

“2. Que las funciones de ejecución administrativa y de representación en juicio no están supeditadas a la circunstancia de que los entes respectivos sean personas jurídicas (se deja resaltado).

3. Que la personalidad jurídica, así como la personería jurídica o de representación y para comparecer en juicio, son de mera estirpe legal pero no de rango constitucional y pueden por tanto ser modificadas por ley sin violar la Constitución.

(...).

4. Y siendo la ley y no de Constitución la determinación de la personalidad jurídica, así como de ley es la facultad de modificar la ley y lo que por esta se puede hacer, según lo previsto en el artículo 76-1 de la Carta, en la resulta se tiene que la mera circunstancia de que por norma con fuerza legal se invista a la procuraduría de capacidad o aptitud para disponer del Presupuesto Nacional asignado al Ministerio Público, sin ser aquella persona jurídica, no depende sino del legislador; nadie se lo prohíbe, ni siquiera la Constitución ...

Ante lo cual, atendidas las amplias facultades otorgadas al legislador extraordinario, según lo examinado atrás, era de su resorte, al reorganizar la procuraduría, otorgar las funciones señaladas de ordenación del gasto, de contratación y de colaboración en la tarea de ejecución presupuestal, de que tratan los tres preceptos demandados, sin parar mientes en que la procuraduría o el Ministerio Público sean o no personas jurídicas de derecho público, cosa que solo atañe a la ley, acaso también a la técnica y a la estética, pero que no interfiere con la Constitución” (45) Corte Suprema de Justicia. Sala Plena. Sentencia de agosto 23 de 1984. Expediente 1157, M.P. Manuel Gaona Cruz.

Las anteriores consideraciones y directrices fueron reafirmadas por esa misma corporación, a través de las sentencias proferidas en febrero 28 de 1985 (46 Corte Suprema de Justicia. Sala Plena. Sentencia de febrero 28 de 1985. Expediente 1251, M.P. Manuel Gaona Cruz) y en mayo 29 de 1990 (47 Corte Suprema de Justicia. Sala Plena. Sentencia de mayo 29 de 1990. Expediente 1985, M.P. Hernando Gómez Otálora.)

(.....)

[Aquí la sentencia de unificación se extiende demostrando con argumentos adicionales que la capacidad jurídica es un asunto que corresponde a la Ley y no a la Constitución. Entre ellos destaca el art. 149 del C.C.A. (hoy 150 del CPACA, que le da capacidad para comparecer en juicio a entidades públicas que no son personas jurídicas y a particulares que cumplen funciones públicas; recuerda que el párrafo 1º de dicho art. 149 C.C.A. determinó que en materia contractual el representante de las “dependencias” a que se refiere el artículo 2º, numeral 1º, literal b) de la Ley 80 de 1993, será “el servidor público de mayor jerarquía en estas”; cita numerosas normas legales que le otorgan a la Procuraduría la capacidad para ser parte, y luego continúa como aparece enseguida]

“Nótese que la característica común de las disposiciones antes aludidas estriba en el hecho de que las mismas prevén, autorizan o consagran funciones o facultades para que órganos, entidades o dependencias sin personalidad jurídica independiente, puedan ejercer acciones ante los jueces competentes o intervenir en los respectivos procesos.

“Tiénese de lo anterior que la personalidad jurídica no es exigida, en el ordenamiento jurídico colombiano, como un requisito absoluto, sine qua non, para el ejercicio de las acciones judiciales o, lo que a la postre es lo mismo, para actuar válidamente en los procesos, ora en calidad de demandante ora de demandado o, incluso, como tercero interviniente, según cada caso.

(.....)

(Continúa la sentencia de unificación haciendo cita extensa de la Sentencia C-414 de 1994, M.P. Antonio Barrera Carbonell, en la que la Corte Constitucional se pronunció sobre la capacidad para contratar que el art. 6º de la L.80/93 les confirió a consorcios y uniones y luego hace propios y mayores e importantes análisis en que se incluyen temas como la extensión y alcance de la representación de los consorcios y uniones, lo cual no se transcribe aquí por razones de espacio pero que es importante leer en la Sentencia 19933 de unificación que aquí nos ocupa. No obstante incluimos los siguientes apartados.

“Para abundar en razones que conducen a concluir que los consorcios y las uniones temporales se encuentran debidamente facultados para comparecer a los procesos judiciales que se promuevan u originen en relación con los procedimientos de selección o con los contratos estatales en los cuales aquellos pueden intervenir o asumir la condición de parte, según el caso, importa destacar que el inciso segundo del parágrafo primero del artículo séptimo de la citada Ley 80, determina que “[l]os miembros del consorcio y de la unión temporal deberán designar la persona que, **para todos los efectos**, representará al consorcio o unión temporal (...)”, cuestión que obliga a destacar que el legislador no limitó y no condicionó, en modo alguno, el amplio alcance de las facultades que, por mandato normativo, acompaña a quien se designe como representante de una de esas organizaciones, lo cual se opone por completo a las indicaciones anteriormente formuladas por la Sala en cuanto se venía sosteniendo que el representante de un consorcio o unión temporal tendría facultades para **los solos efectos** relativos a la celebración y ejecución del contrato.”

“Así, en la medida en que la ley no hizo distinción alguna acerca de la **totalidad** de los efectos para los cuales se hará la designación del representante del consorcio o unión temporal, es claro que no podrá hacerlo el intérprete. De manera que al determinar que las facultades correspondientes comprenderán **todos los efectos**, en ellos deben entenderse incluidas las actuaciones de índole precontractual y contractual que puedan y deban desplegarse en sede administrativa, como por ejemplo aquellas encaminadas a definir los términos de la oferta y la presentación de la misma; notificarse de la decisión de declaratoria de desierta, si a ella hubiere lugar e interponer el correspondiente recurso de reposición; notificarse de la resolución de adjudicación; celebrar el correspondiente contrato; constituir y presentar, para aprobación, las garantías que aseguren su cumplimiento; formular cuentas de cobro o facturas; recibir los pagos; efectuar las entregas o cumplir las prestaciones a que hubiere lugar; convenir modificaciones, ajustes, adiciones o prórrogas; concurrir a la liquidación del contrato y acordar los términos de la misma; lograr acuerdos o conciliaciones; notificarse de los actos administrativos de índole contractual que expida la entidad contratante e impugnarlos en vía gubernativa, etc.”

“Como resulta apenas natural, ha de entenderse también que la representación del consorcio o de la unión temporal, en los términos de la ley, para todos los efectos, comprenderá por igual las actuaciones procesales que deban emprenderse o desplegarse con el propósito de reclamar o defender en juicio los derechos derivados de la propuesta o del contrato. Es más, resultaría contradictorio e inadmisibles suponer que el representante de una de esas agrupaciones empresariales pudiese celebrar el contrato, convenir su liquidación y hacer salvedades acerca de su contenido o

notificarse válidamente de los actos administrativos contractuales e incluso recurrirlos en sede administrativa, pero que una vez agotada la vía gubernativa no pudiere demandar esos actos o el contrato mismo ante el juez competente o formular demandas en relación con las salvedades consignadas en el acta de liquidación final.”

“Surge aquí un efecto adicional que importa destacar, consistente en que la notificación que de los actos contractuales expedidos por la entidad estatal en relación o con ocasión de un contrato celebrado con un consorcio o una unión temporal, se realice con el representante de la respectiva agrupación, será una notificación que se tendrá por bien hecha, sin que resulte necesario entonces, para que el acto administrativo correspondiente produzca la plenitud de sus efectos, que la entidad contratante deba buscar y hasta “perseguir” por el país o por el mundo entero, a los múltiples y variados integrantes del consorcio o de la unión temporal contratista.” (Subrayas nuestras)

“Lo anterior porque el representante de los consorcios y de las uniones temporales, concebido y exigido por la ley para todos los efectos, es mucho más que un representante o mandatario de cada uno de los integrantes de la agrupación, individualmente considerados, al cual cada quien pudiere modificarle o revocarle su propio y particular mandato a través de actos igualmente individuales, situación que llevaría a admitir entonces que cada integrante de la agrupación podría iniciar, por su propia cuenta, gestiones ante la entidad contratante en relación con el contrato estatal o designar otro representante diferente para que vele por sus propios y respectivos intereses particulares, de suerte que la entidad estatal contratante, en una situación que resultaría abiertamente contraria a los principios constitucionales y legales de economía, de eficacia y de eficiencia, tendría que entenderse, a propósito de un solo y único contrato estatal, con tantos representantes o interesados como integrantes tuviese el respectivo consorcio o unión temporal.”

“Por el contrario, la norma legal en cita lo que pretendió es que en el caso de la celebración de contratos estatales con consorcios o con uniones temporales, por ella misma autorizados de manera expresa (L. 80, art. 6°), la administración pública pueda contar con un solo y único interlocutor válido que, a la vez, disponga de facultades amplias y suficientes, esto es para todos los efectos, que le permitan, de manera ágil y eficiente, ventilar, discutir, convenir, decidir o notificarse de aquellos asuntos de índole contractual que por su naturaleza están encaminados a satisfacer el interés general, como es propio de los contratos de derecho público.” (La subraya es nuestra)

“Así pues, el representante del consorcio o de la unión temporal, que por ley debe ser designado para todos los efectos, lo es de la agrupación empresarial en su conjunto, del ente al cual se refiere la ficción legal y no de cada uno de sus integrantes individualmente considerados, cuestión que se condensa en la máxima que enseña que el todo es más que la simple suma de sus partes.”

(...)

“En este orden de ideas se modifica la tesis que hasta ahora ha sostenido la Sala, con el propósito de que se reafirme que si bien los consorcios y las uniones temporales no constituyen personas jurídicas independientes, sí cuentan con capacidad, como sujetos de derechos y obligaciones (C.P.C., art. 44 y C.C.A, art. 87⁽⁵⁸⁾), para actuar en los procesos judiciales, por conducto de su representante, sin perjuicio, claro está, de observar el respectivo jus postulandi.”

“También debe precisarse que la tesis expuesta sólo está llamada a operar en cuanto corresponda a los litigios derivados de los contratos estatales o sus correspondientes procedimientos de selección, puesto que la capacidad jurídica que la Ley 80 otorgó a los consorcios y a las uniones temporales se limitó a la celebración de esa clase de contratos y la consiguiente participación en la respectiva selección de los contratistas particulares, sin que, por tanto, la aludida capacidad contractual y sus efectos puedan extenderse a otros campos diferentes, como los relativos a las relaciones jurídicas que, de manera colectiva o individual, pretendan establecer los integrantes de esas agrupaciones con terceros, ajenos al respectivo contrato estatal, independientemente de que tales vínculos pudieren tener como propósito el desarrollo de actividades encaminadas al cumplimiento,

total o parcial, del correspondiente contrato estatal.” (Negrillas y subrayas no son de la sentencia)

(58) Como de igual modo, según se ha indicado ya dentro de este pronunciamiento, lo establecen los artículos 141 de la Ley 1437 de 2011 y 53 y 54 de la Ley 1564 de 2012.

El párrafo final que acaba de transcribirse, cuyas negrillas y subrayas no son del original sino nuestras, reviste suma importancia puesto que precisa que la capacidad contractual que la Ley 80/93 confiere a los consorcios y a las uniones temporales no se extiende a contratos que no sean estatales, habida cuenta que el artículo 6º expresamente se la confiere únicamente para celebrar contratos estatales, por lo cual no puede extenderse, por ejemplo, a la celebración de contratos laborales a nombre del consorcio o unión ni a contratos de compraventa de insumos para el contrato estatal ni a la compra de equipos para dicho contrato, etc. pues, con toda razón, la sentencia excluye incluso los que tengan como propósito el desarrollo de actividades encaminadas al cumplimiento total o parcial del contrato estatal. Tales contratos deben celebrarse a nombre de los integrantes y si no lo hacen podría hablarse de nulidad por falta de capacidad o bien de contratantes solidarios, según las circunstancias. Esto corregiría esta práctica por parte de los consorcios y uniones pero es posible que ni aún así los contratistas actúen de conformidad y es factible que los hechos sigan desbordando el Derecho y algún día este tenga que adecuarse a la realidad fáctica). Mientras tanto, esos contratos adolecen de nulidad por falta de capacidad de los consorcios y uniones temporales

*El criterio unificado de la Sentencia 19933 de 2013 se ha ratificado por la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, mediante **Sentencia 30250 del 29 de enero de 2014**, ponente Mauricio Fajardo Gómez, es decir el mismo magistrado ponente y también en la **Sentencia 32427 del 9 de abril de 2015**, ponente Olga Mélida Valle de De La Hoz, en las cuales se citan apartes de la mencionada sentencia de unificación y se incluyen otros importantes razonamientos, por lo cual incluimos enseguida los siguientes apartes de la Sentencia 30250-2014, relativos especialmente a la representación de los consorcios y uniones temporales. Dice:*

*“El Consejo de Estado en Sala Plena de la Sección Tercera, mediante sentencia de 25 de septiembre de 2013⁽²¹⁾, resolvió **“UNIFICAR la Jurisprudencia** en relación con la capacidad con la cual cuentan los consorcios para comparecer como partes en los procesos judiciales en los cuales se debaten asuntos relacionados con los derechos o intereses de los que son titulares o que discuten o que de alguna otra manera les conciernen.”*

“En lo que importa para el presente caso se destacan las siguientes consideraciones de la jurisprudencia unificada:

“A juicio de la Sala, en esta ocasión debe retomarse el asunto para efectos de modificar la tesis jurisprudencial que se ha venido siguiendo y, por tanto, debe puntualizarse que si bien las uniones temporales y los consorcios 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 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 –*legitimatío ad processum*–, por intermedio de su representante.”

(...)

“Para abundar en razones que conducen a concluir que los consorcios y las uniones temporales se encuentran debidamente facultados para comparecer a los procesos judiciales que se promuevan u originen en relación con los procedimientos de selección o con los contratos estatales en los cuales aquellos pueden intervenir o asumir la condición de parte, según el caso, importa destacar que el inciso segundo del párrafo primero del artículo séptimo de la citada Ley 80, determina que “[l]os miembros del consorcio y de la unión temporal deberán designar la persona que, **para todos los efectos**, representará al consorcio o unión temporal (...)”, cuestión que obliga a destacar que el legislador no limitó y no condicionó, en modo alguno, el amplio alcance de las facultades que, por mandato normativo, acompaña a quien se designe como representante de una de esas organizaciones, lo cual se opone por completo a las indicaciones anteriormente formuladas por la Sala en cuanto se venía sosteniendo que el representante de un consorcio o unión temporal tendría facultades para **los solos efectos** relativos a la celebración y ejecución del contrato.”

Así, en la medida en que la ley no hizo distinción alguna acerca de la **totalidad** de los efectos para los cuales se hará la designación del representante del consorcio o unión temporal, es claro que no podrá hacerlo el intérprete. De manera que al determinar que las facultades correspondientes comprenderán **todos los efectos**, en ellos deben entenderse incluidas las actuaciones de índole precontractual y contractual que puedan y deban desplegarse en sede administrativa, como por ejemplo aquellas encaminadas a definir los términos de la oferta y la presentación de la misma; notificarse de la decisión de declaratoria de desierta, si a ella hubiere lugar e interponer el correspondiente recurso de reposición; notificarse de la resolución de adjudicación; celebrar el correspondiente contrato; constituir y presentar, para aprobación, las garantías que aseguren su cumplimiento; formular cuentas de cobro o facturas; recibir los pagos; efectuar las entregas o cumplir las prestaciones a que hubiere lugar; convenir modificaciones, ajustes, adiciones o prórrogas; concurrir a la liquidación del contrato y acordar los términos de la misma; lograr acuerdos o conciliaciones; notificarse de los actos administrativos de índole contractual que expida la entidad contratante e impugnarlos en vía gubernativa, etc.”

“En relación con la citada providencia de unificación resulta útil para el caso sub lite, mencionar el efecto que se desprende de la misma regulación del artículo 7 de la Ley 80 de 1993, en cuanto a la suficiencia y pertinencia de la notificación al representante del consorcio adjudicatario, sin que sea necesario ni procedente notificar a todos los miembros o integrantes del mismo, puesto que la condición de parte tanto en el respectivo procedimiento administrativo de selección contractual, como en el proceso judicial de lo contencioso administrativo, en tratándose del contrato estatal, la tiene el consorcio y, por lo tanto, es ese consorcio el que puede y debe ser notificado, a través de su representante legal, por lo cual esa notificación resulta idónea para producir los efectos propios de la misma.”

“En el aspecto de la notificación, la sentencia de unificación puntualizó la siguiente consideración:

“Surge aquí un efecto adicional que importa destacar, consistente en que la notificación que de los actos contractuales expedidos por la entidad estatal en relación o con ocasión de un contrato celebrado con un consorcio o una unión temporal, se realice con el representante de la respectiva agrupación, será una notificación que se tendrá por bien hecha, sin que resulte necesario entonces, para que el acto administrativo correspondiente produzca la plenitud de sus efectos, que la entidad contratante deba

buscar y hasta ‘perseguir’, por el país o por el mundo entero, a los múltiples y variados integrantes del consorcio o de la unión temporal contratista.”

(21) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena: Radicación No.:25000 23 26 000 1997 13930 01, expediente No. 19.933, actor: Consorcio Glonmarex, demandado: Consejo Superior de la Judicatura –Dirección Ejecutiva de Administración Judicial

A lo dicho por la jurisprudencia agregaríamos que, vistas las cosas desde un punto de vista panorámico, se aprecia que, en nuestro criterio, realmente hay una regla general consistente en que la capacidad se predica de las personas (naturales o jurídicas) y que la atribución de capacidad a “cosas” que no son personas sólo se produce por excepción a la regla general, lo cual sucede por disposición de la ley pues la atribución de capacidad jurídica es potestad de la ley y esta ha dado capacidad a “cosas” que no son personas, como es el caso de la herencia yacente, los patrimonios autónomos (p. ej. los que manejan las fiduciarias, entre ellos los anticipos de los contratos estatales, por hablar de algo reciente y relativo a la contratación estatal), y así mismo a los consorcios y las uniones temporales, y a algunas dependencias u organismos estatales que tampoco tienen personalidad, según vimos en este escrito.

Y siendo la atribución de capacidad a algo que no es persona una excepción a la regla general de que la capacidad legal la tienen solamente las personas (naturales y jurídicas) cabe aplicar, como a todas las excepciones, el principio jurídico según el cual la interpretación de las normas exceptivas es de carácter restrictivo y no puede extenderse más allá del caso o casos para los cuales se ha creado la excepción, pues de no ser así, la excepción se convierte en regla general. En el caso que nos ocupa, la capacidad para contratar otorgada por el Art. 6º de la Ley 80/93 a los consorcios y uniones es única y exclusivamente para celebrar contratos estatales y no cabe su interpretación extensiva a otra naturaleza de contratos.

CONSECUENCIAS DE LA FALTA DE CAPACIDAD

Aunque el texto del Artículo 6º de la Ley 80 de 1993 es absolutamente nítido en cuanto a que la capacidad jurídica que él le otorga a los consorcios y uniones temporales es exclusivamente para celebrar contratos estatales, los gremios de contratistas del Estado han dado en hacer lo contrario y celebran contratos con los proveedores de bienes y servicios para la ejecución del contrato estatal y así mismo contratos laborales con personal para dicho fin, a nombre del consorcio o unión temporal como parte contratante.

La advertencia que el Consejo de Estado hace en su Sentencia 19933 de 2013 de unificación de jurisprudencia, acerca de que la capacidad del artículo 6º es exclusivamente para contratos estatales y que por tanto no puede extenderse a la celebración, por parte de consorcios y uniones, a la celebración de otros

contratos, ni siquiera para aquellos que tengan *“como propósito el desarrollo de actividades encaminadas al cumplimiento, total o parcial, del correspondiente contrato estatal”* debería poner coto a una práctica tan alejada de la juridicidad. Las entidades estatales, por su parte, deberían precaverse de cohonestarla, admitiéndola al darle validez, por ejemplo reconociendo al consorcio o unión costos con base en contratos celebrados por el consorcio o unión en calidad de compradores, consumidores o patronos, puesto que tales contratos son nulos.

Y son nulos por las siguientes razones que exponemos esquemática y sucintamente:

Para que alguien se obligue válidamente con otra mediante un acto o declaración de voluntad es necesario, de acuerdo con el Art. 1502 del Código Civil, ya transcrito en su integridad en la primera página de este estudio, que se reúnan todos y cada uno de los siguientes requisitos: 1) Que sea legalmente capaz; 2) Que su consentimiento esté libre de vicios; 3) Que la obligación tenga objeto lícito 4) Que la obligación tenga una causa lícita.

La falta de cualquiera de ellos, genera que la obligación no sea válida.

En relación con el primer requisito, se tiene que puesto que a los consorcios y las uniones temporales sólo se les dio capacidad para celebrar contratos estatales, un contrato que no sea estatal, celebrado por ellos a nombre del consorcio o unión (como parte, se entiende), no cumple con el primero de dichos requisitos, es decir, es un contrato celebrado por alguien (algo, deberíamos decir) que NO TIENE CAPACIDAD LEGAL para contratar, según quedó definido por la jurisprudencia que se ha citado, en especial sobre la salvedad que hizo la sentencia de unificación de jurisprudencia 19933 de 2013, acerca de la no extensión de la capacidad de los consorcios y uniones temporales a la suscripción de contratos distintos a los estatales por parte, que queda circunscrita por el Art. 6º de la Ley 80, exclusivamente a la de los estatales.

Al faltarle el requisito falta de capacidad en una de las partes, las obligaciones pactadas no son válidas según los requisitos enlistados en el citado Art. 1502 del C.C. y además el contrato es nulo a las voces del Art. 1740 de mismo Código, según el cual:

ARTICULO 1740. CONCEPTO Y CLASES DE NULIDAD. Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes.

La nulidad puede ser absoluta o relativa.

Respecto del segundo requisito, o sea al consentimiento libre de vicios, no queremos aquí pronunciarnos dada cierta complejidad jurídica que haría extender estas líneas contra la idea y propósito de este escrito pero podríamos

enunciar que en la generalidad de los casos podría el consentimiento estar libre de los vicios de fuerza y dolo, siendo eventualmente posible el decir que la celebración de los contratos no estatales por los consorcios y uniones actuando como parte, podría afectar el consentimiento con el vicio de error en las cualidades de la parte llamada consorcio o unión temporal. Por la brevedad que anunciamos, dejamos este punto abierto.

En lo que atañe al tercer requisito, es decir, que el objeto lícito, cabe señalar que los Artículos 1519 y 1523 del Código Civil prescriben:

ARTICULO 1519. OBJETO ILÍCITO. Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación. Así, la promesa de someterse en la república a una jurisdicción no reconocida por las leyes de ella, es nula por el vicio del objeto.

ARTICULO 1523. OBJETO ILÍCITO POR CONTRATO PROHIBIDO. Hay así mismo objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes.

Si se tiene en cuenta que la Ley 80/93 es el Estatuto General de Contratación Pública y que por tanto es una norma de Derecho Público, que las normas sobre la capacidad legal, incluso las que están en el derecho privado, son de Orden Público, y que las normas de la actuación administrativa sobre competencia de las entidades estatales y de sus funcionarios son normas de Derecho Público y de Orden Público, de rango constitucional y legal, la celebración de contratos privados por parte de los consorcios y uniones temporales contraviniendo al Art. 6º de la Ley 80/93 que sólo les otorga capacidad para contratos estatales, constituye violación de normas de derecho público y por tanto esos contratos tienen objeto ilícito, a las voces del Art. 1519 del C.C. y al faltarles el requisito de objeto lícito, son nulos según el Art. 1740 del mismo Código.

De otra parte, el darles a los consorcios y uniones capacidad para celebrar contratos estatales, comporta la prohibición tácita de celebrar contratos no estatales y violar esta prohibición implica objeto ilícito del contrato según el Art. 1523 del C.C. que no distingue entre si la prohibición es expresa o tácita.

Frente al cuarto requisito, o sea al de la causa lícita, es preciso recordar que el Artículo 1524 del Código Civil prescribe:

ARTICULO 1524. CAUSA DE LAS OBLIGACIONES. No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente.

Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público. (Subrayamos)

Así, la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa; y la promesa de dar algo en recompensa de un crimen o de un hecho inmoral, tiene una causa ilícita. (Nuestras las subrayas)

La causa de los contratos privados celebrados por los consorcios y uniones como partes contratantes, entendida la causa como el motivo que induce a contratar puede ser lícita, como por ejemplo, la compra de materiales para ejecutar el contrato estatal de obra suscrito por el consorcio o unión, o el contrato laboral para el personal de la obra, pero tales contratos no tienen causa lícita en cuanto que tales contratos son contrarios al orden público, en vista de la pretermisión de normas de orden público como son las relativas a la capacidad legal para contratar. Esto puede agravarse si la intención que mueve a celebrar así los contratos es la de eludir la responsabilidad frente a los proveedores y los trabajadores del consorcio o unión.

En conclusión si un consorcio o unión temporal celebra como tal, es decir como parte, cualquier contrato no estatal, incurre, en celebración de un contrato sin reunir al menos tres de los cuatro requisitos esenciales que el Art. 1502 exige para poder obligarse, como son el de la capacidad legal, el objeto lícito y la causa lícita y, consecuentemente tal contrato es nulo de acuerdo con lo prescrito por el Art. 1740 del C.C. (atrás transcrito).

En cuanto a la clase de nulidad en que se incurre en esos contratos, la misma sería de carácter absoluto, si se tienen en cuenta las siguientes disposiciones:

ARTICULO 1741. NULIDAD ABSOLUTA Y RELATIVA. La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas.

Hay así mismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces.

Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato.

ARTICULO 1742. OBLIGACIÓN DE DECLARAR LA NULIDAD ABSOLUTA. (Luego de ser subrogado por el artículo 2o. de la Ley 50 de 1936). La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede así mismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley. Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria.

ARTICULO 1756. CAPACIDAD PARA RATIFICAR. No vale la ratificación expresa o tácita del que no es capaz de contratar.

Como los contratos no estatales suscritos como partes por los consorcios y las uniones temporales tienen objeto y causa ilícitos de conformidad con las normas citadas, la nulidad que ello genera es nulidad absoluta según el primer inciso del Art. 1741 del C.C. y por tanto no es saneable según la misma disposición.

En cuanto a la falta de capacidad de los consorcios y uniones para celebrar contratos de naturaleza privada, la misma genera también nulidad absoluta por la carencia del requisito naturaleza “estatal” exigido por el Art. 6º de la Ley 80/93 para que el consorcio o unión temporal pueda gozar de la capacidad para contratar que dicha ley le otorga en virtud de tal naturaleza, según se aprecia del primer inciso del Art. 1741 del C.C., en concordancia con el Art. 1756 del mismo Código que le quita al incapaz de contratar incluso la posibilidad de saneamiento por ratificación posterior.

Finalmente, cabe poner de presente que el Artículo 44 de la Ley 80 establece las causales de nulidad de los contratos estatales y en su primer inciso prescribe:

Ley 80/93, Art. 44. De las causales de nulidad absoluta. Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando (.....)

De manera que todas las disposiciones sobre nulidad que se han citado del Código Civil (“derecho común”) son causales de nulidad de los contratos estatales.

NOTA: Resulta interesante y paradójico anotar que a los consorcios y uniones temporales, la única norma que les ha dado capacidad de contratación, como dijimos por vía de excepción, es una norma de Derecho Público y sólo para contratos estatales (Art. 6º L.80/93), mientras que en el Derecho Privado no existe ninguna norma que les de la más mínima capacidad de contratación a tales figuras asociativas.

Así las cosas, los contratos de colaboración empresarial que se firman entre empresas son perfectamente válidos pues son expresión del derecho constitucional fundamental de libertad de asociación, entre otros, y aplicación del principio de autonomía de la voluntad. Pero como no pasan de ser un contrato (no son persona jurídica), un contrato no puede contratar con terceros y menos en ausencia de ley que les haya otorgado capacidad para hacerlo, como en cambio si lo ha hecho la Ley 80 para tales figuras asociativas frente a los contratos estatales.

CONCLUSIONES

Sintetizando todo lo que ha quedado expuesto, podemos concluir:

1. De acuerdo con el inciso final del Artículo 150 de la Constitución Política, corresponde al Congreso expedir el estatuto general de contratación de la administración pública, es decir, tal facultad le quedó asignada por la Constitución a la ley.

2. En materia de contratación estatal, el Congreso lo hizo mediante la Ley 80 de 1993 en sus arts. 2º, 6º y 11, pues lo menos que se espera de un estatuto contractual es que allí se diga cuáles entidades estatales tienen capacidad de contratación y quienes pueden contratar con el Estado, y dicha Ley determinó otorgarle capacidad de contratación no sólo a las personas jurídicas estatales, sino además a distintas dependencias y organismos estatales que no tienen personería jurídica [Artículo 2º, literal b) del numeral 1], englobando a unos y otros bajo la designación de “**entidades estatales**” y le dio la calidad de representante legal a los jefes de dichas dependencias y organismos (Artículo 11) y además determinó (Artículo 6º) que tienen capacidad para contratar con el Estado, todas las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes y también dos figuras denominadas consorcios y uniones temporales que no son personas sino formas de asociación para presentar conjuntamente una propuesta y celebrar un contrato estatal.
3. La capacidad para contratar, y así mismo la de comparecer en juicio, no es exclusiva de las personas ni dependiente de la condición de persona y por ello las leyes pueden otorgarle dicha capacidad a organismos, dependencias o cosas que no son personas. El caso de la Ley 80/93 precitado, no es el primero puesto que las leyes civiles le han dado capacidad jurídica, por ejemplo, a la herencia yacente y a los patrimonios autónomos. Dichas capacidades, al ser de rango legal, pueden ser establecidas, modificadas o suprimidas por las leyes sin que por ello violen la Constitución y por tanto lo dispuesto por la Ley 80/93 en sus artículos 2º [literal b) del numeral 1], 11 y 6º es constitucional y fueron declarados exequibles por la Corte Constitucional en las Sentencias C-374 de agosto 25 de 1994, M.P. Jorge Arango Mejía, en el caso de los dos primeros, y C-949 de septiembre 5 de 2001, M.P. Clara Inés Vargas, para el caso del Artículo 6º.
4. El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, mediante Sentencia de Unificación de jurisprudencia, de fecha 25 de septiembre de 2013, expediente No. 19933, M.P. Mauricio Fajardo Gómez, unificó la jurisprudencia sobre la materia y se dio fin al debate sobre la capacidad plena de los consorcios para contratar con el Estado, estableciendo los criterios siguientes:
 - La capacidad que el Artículo 6º de la Ley 80 de 1993 le dio a los consorcios y a las uniones temporales, comporta la de ser titulares de derechos y obligaciones y la de ejercerlos y hacerlos valer en juicio (C.P.C. art. 44 y C.C.A. art. 87). Esto último comporta que pueden demandar y ser demandados como tales.
 - Puesto que el inciso segundo del párrafo primero del artículo 7º de la Ley 80, establece que “Los miembros del consorcio y de la unión temporal deberán designar la persona que, para todos los efectos, representará al consorcio o unión temporal”, se tiene que no hay limitación o

condicionamiento legal alguno a la extensión de dicha representación, por lo cual el intérprete no puede hacer distinciones sobre dicha totalidad de los efectos para los cuales los consorcios y uniones temporales deben designar representante, y por ello en la expresión “todos los efectos”, *“deben entenderse incluidas las actuaciones de índole precontractual y contractual que puedan y deban desplegarse en sede administrativa”* de los cuales la sentencia de unificación hace extensa relación de ejemplos, haciéndose énfasis en que también se incluye la representación del consorcio o unión *“en las actuaciones procesales que deban emprenderse o desplegarse con el propósito de reclamar o defender en juicio los derechos derivados de la propuesta o del contrato.”* y subraya la sentencia que como efecto adicional debe destacarse *“que la notificación que de los actos contractuales expedidos por la entidad estatal en relación o con ocasión de un contrato celebrado con un consorcio o una unión temporal, se realice con el representante de la respectiva agrupación, será una notificación que se tendrá por bien hecha, sin que resulte necesario entonces, para que el acto administrativo correspondiente produzca la plenitud de sus efectos, que la entidad contratante deba buscar y hasta “perseguir” por el país o por el mundo entero, a los múltiples y variados integrantes del consorcio o de la unión temporal contratista.”*

- Enfatiza la sentencia que el representante del consorcio o unión temporal, que por ley debe designarse para todos los efectos, es representante de la agrupación empresarial en su conjunto y no de cada uno de sus integrantes individualmente considerados.
5. Finalmente, la misma sentencia de unificación de jurisprudencia pone de relieve que puesto que la capacidad jurídica otorgada por el Artículo 6º de la Ley 80 le fue conferida a los consorcios y uniones sólo para la contratación estatal, dicha capacidad no puede extenderse a la celebración de contratos no estatales, como son los relativos a las *“relaciones jurídicas que, de manera colectiva o individual, pretendan establecer los integrantes de esas agrupaciones con terceros, ajenos al respectivo contrato estatal, independientemente de que tales vínculos pudieren tener como propósito el desarrollo de actividades encaminadas al cumplimiento, total o parcial, del correspondiente contrato estatal.”*

De nuestra parte agregamos que la consecuencia jurídica obligada de la celebración de contratos no estatales a nombre de un consorcio o unión temporal (compra de equipos, de materiales, contratos de trabajo o de prestación de servicios, etc.), es la misma que acarrea la celebración de contratos por cualquier incapaz (un menor de edad, un demente o disipador interdicto, etc.) como es la nulidad del contrato por cuanto le faltan tres de los cuatro requisitos esenciales que el Art. 1502 del Código Civil exige para que

alguien se pueda obligar válidamente, como son la capacidad legal, el objeto lícito y la causa lícita, requisitos todos tres cuya ausencia genera nulidad absoluta, es decir, no saneable según disponen los Arts. 1741, 1742 y 1756 del C.C. y demás normas concordantes citadas.

6. Después de la Sentencia de Unificación, el Consejo ha aplicado los criterios en ella expuestos, por ejemplo en la **Sentencia 30250 del 29 de enero de 2014**, ponente Mauricio Fajardo Gómez, y en la **Sentencia 32427 del 9 de abril de 2015**, ponente Olga Mérida Valle de De La Hoz.

En la primera se hace énfasis en lo relacionado con las notificaciones y la capacidad para comparecer en juicio y en la segunda resulta interesante además la reiteración de sentencias relacionadas con la tesis según la cual los consorcios y uniones temporales que no fueron favorecidos con la adjudicación, se extinguen por ese hecho, pues estas ficciones jurídicas están sujetas a la condición resolutoria tácita de que les sea adjudicado el contrato, razón por la cual la no adjudicación resuelve el vínculo entre los asociados y entonces en caso de acciones judiciales, ha de tenerse en cuenta que los actos previos a la adjudicación implican que cualquier demanda basada en ellos debe tener en cuenta que allí no hay Litis consorcio necesario sino facultativo y que, por el contrario, en el caso del consorcio o unión temporal adjudicatario, hay Litis consorcio necesario y entonces debe demandarse por todos o a todos.

Como nota especial para los no abogados, queremos resaltar que lo dicho en el presente estudio sobre la capacidad de los consorcios y uniones exclusivamente para celebrar contratos estatales y su incapacidad para celebrar contratos privados, con base en la advertencia final de la Sentencia 19933 de 2013 de unificación de jurisprudencia en el sentido de subrayar que la capacidad de los consorcios y uniones no se extiende a la de celebrar contratos privados, ni siquiera los que tengan por fin la ejecución del contrato estatal, debe siempre concretarse en que en tales contratos no puede ser parte el consorcio o unión temporal, sino el integrante al que le corresponda hacer la respectiva compra de materiales o el arrendamiento o compra de equipos o inmuebles o el contrato laboral o el de prestación de servicios profesionales, pues de figurar como contratante el consorcio o la unión temporal, el contrato es nulo absolutamente (insaneable), tiene objeto y causa ilícitos y el consorcio o unión no tienen capacidad legal para contratos privados sino sólo para contratos estatales.

Las entidades estatales deben abstenerse totalmente de avalar contratos privados que se hayan suscrito a nombre de consorcios o uniones temporales, dada la nulidad por objeto y causa ilícitas y la falta evidente, de bulto, manifiesta, de falta de capacidad de tales contratos de asociación para celebrar contratos que no sean estatales, según se ve de manera patente en el artículo 6º de la Ley

80/93 y así debe proceder la entidad tanto en la fase precontractual como en la contractual.



LUIS RAFAEL BARRERA MARQUEZ
C.C.N° 17.157.491