



Bogotá D.C., 31 de mayo de 2016

Señor
Gabriel Eduardo del Toro Benavidez
Gerente de contratación
Agencia Nacional de Infraestructura
Calle 26 No 59-51 Torre 4 Piso 2
Bogotá D.C.

REFERENCIA: CONCURSO DE MÉRITOS ABIERTO No. VJ-VGC-CM-004-2016 el cual tiene como objeto "CONTRATAR LA INTERVENTORÍA INTEGRAL QUE INCLUYE PERO NO SE LIMITA A LA INTERVENTORÍA TÉCNICA, ECONÓMICA, FINANCIERA, CONTABLE, JURÍDICA, ADMINISTRATIVA, OPERATIVA, MEDIO AMBIENTAL Y SOCIO PREDIAL DEL CONTRATO DE CONCESIÓN BAJO EL ESQUEMA DE ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA DE INICIATIVA PÚBLICA QUE SE DERIVE DE LOS PROCESOS LICITATORIOS VJ-VE-APP-IPB-003-2015, VJ-VE-APP-IPB-004-2015 Y VJ-VE-APP-IPV-001-2016"

ASUNTO: Observación al informe de evaluación del concurso de la referencia, publicado por la ANI en el SECOP el día 24 de mayo de 2016 a las 5:20 PM, INVOCANDO EL DERECHO DE PETICIÓN establecido en el artículo 23 de la Constitución Política de Colombia

Respetado Doctor:

El suscrito **HUGO ALFREDO POSSO MONCADA**, identificado con la cédula de ciudadanía 88.197.628 de Cúcuta, actuando en mi condición de Representante Legal del Proponente N° 14 **CONSORCIO 2GP 2016**, conformado por JOSE GUARDO POLO y GRUPO POSSO S.A.S., de acuerdo con la documentación que obra en nuestra propuesta, con todo respeto y comedimiento presento a usted la siguiente observación al informe de evaluación del concurso de la referencia.

ANTECEDENTES

1. La ANI ha venido desarrollando las interventorías de los contratos de asociaciones público privadas APP y de los contratos de concesión, desde la ruta del sol hasta el concurso de méritos de la referencia, se tienen los siguientes concursos de méritos y contratos ya suscritos con la entidad como se muestra en TABLA 1. CONCURSOS DE MÉRITOS ADJUDICADOS POR LA ANI.

TABLA 1. CONCURSOS DE MÉRITOS ADJUDICADOS POR LA ANI

NUMERO PROCESO CONCURSO DE MERITOS	N°CONTRATOS (MODULOS)	CONTRATO NUMERO Y ADJUDICATARIO	PLAZO EJECUCIÓN	VALOR CONTRATO	NUMERO EN ORDEN CONSECUTIVO
VJ-VGC-CM-010-2015	1	CONTRATO 413-2015 CONSORCIO INFRAESTRUCTURA INTER 4G	84 MESES	\$22,418,257,440	1
	2	CONTRATO 416-2015 JOYCO	84 MESES	\$18,121,926,000	2
	3	CONTRATO 432-2015 CONSORCIO INTERVENTORES 4G - 2	84 MESES	\$30,178,151,681	3
	4	CONTRATO 422-2015 CONSORCIO GESAC	84 MESES	\$34,770,385,142	4
	5	CONTRATO 450-2015 UNION TEMPORAL 4G	84 MESES	\$31,547,708,000	5
	6	CONTRATO 478-2015 CONSORCIO EPSILON 4G	84 MESES	\$31,500,751,200	6
	7	CONTRATO 484-2015 HVM SUPERVISIÓN SAS	84 MESES	\$25,536,176,490	7
VJ-VGC-CM-011-2015	1	CONTRATO 390 de 2015 CONSORCIO CJE PLANES	84 MESES	\$22,088,353,440	8
	2	CONTRATO 419 de 2016 CONSORCIO VIAL COLOMBIA 2015	84 MESES	\$23,133,675,840	9
VJ-VE-CM-002-2015	1	CONTRATO 071-2016 CONSORCIO SERVINC - VQM	84 MESES	\$28,458,338,000	10
VJ-VGC-CM-006-2015	1	CONTRATO 251 -2015 UNIÓN TEMPORAL META	84 MESES	\$34,695,475,764	11
	2	CONTRATO 365 -2015 CONSORCIO METRO ANDINA	84 MESES	\$37,209,043,920	12
VJ-VGC-CM-008-2015	1	CONTRATO 199-2015 CONSORCIO SCA-AHC 2015	7 MESES	\$563,523,360	13
	2	CONTRATO 200-2015 CONSORCIO CONCESION PORTUARIA 2015	7 MESES	\$561,122,160	14
	3	CONTRATO 201-2015 CONSORCIO SOTAVENTO COLOMBIA	7 MESES	\$497,203,840	15
	4	CONTRATO 202-2015 CONSORCIO CONCESION PORTUARIA	7 MESES	\$476,779,885	16
	5	CONTRATO 203-2015 CONSORCIO PUERTOS 008-2015	7 MESES	\$277,135,600	17
	1	CONTRATO 196-2015 CONSORCIO INTERAERPUERTOS	96 MESES	\$19,171,665,576	18
	1	CONTRATO 076-2015 CONSULTORES TECNICOS Y ECONOMICOS S.A. - CONSULTECNICOS	96 MESES	\$37,541,170,016	19
VJ-VGC-CM-010-2014	1	CONTRATO 061 -2015 CONSORCIO HVM-SESAC	12 MESES	\$1,453,574,192	20
VJ-VGC-CM-002-2014	1	CONTRATO 145-20154 CONSORCIO 4C	84 MESES	\$34,477,339,736	21
	2	CONTRATO 049-2014 CONSORCIO	84 MESES	\$38,122,319,620	22

		INTERCONCESIONES 4			
	3	CONTRATO 015-2014 CONSORCIO 4G	84 MESES	\$31,040,096,640	23
	4	CONTRATO 024-2014 UNIÓN TEMPORAL CONCESIONES 4G	84 MESES	\$40,439,864,320	24
	5	CONTRATO 160-2014 CONSORCIO SERVINC ETA	84 MESES	\$30,305,757,341	25
	6	CONTRATO 156-2014 CONSORCIO PROSPERIDAD	84 MESES	\$28,179,889,280	26
	7	CONTRATO 146-2014 MAB CONSORCIO EPSILON COLOMBIA	84 MESES	\$35,092,644,800	27
	8	CONTRATO 169-2014 CONSORCIO INTERVÍAS 4G	84 MESES	\$32,781,516,480	28
	9	CONTRATO 147-2014 MAB INGENIERIA DE VALOR S.A.	84 MESES	\$34,126,747,386	29
VJ-VGC-CM-005-2014	1	CONTRATO VGC-101 -2014 CONSORCIO UNIDO INXI	17 MESES	\$5,875,281,431	30
VJ-VGC-CM-004-2014	1	CONTRATO 098 -2014 CONSORCIO INTERVENTORÍA AEROPUERTO PALMIRA 2014	32 MESES	\$6,541,583,360	31
VJ-VGC-CM-007-2014	1	CONTRATO 098 -2014 CONSORCIO METROCONCESIONES	14 MESES	\$1,931,853,792	32
VJ-VGC-CM-001-2014	1	CONTRATO 049 -2014 CONSORCIO INTERVENTORÍA AEROPUERTOS 2014	96 MESES	\$20,799,737,280	33
VJ-VGC-CM-003-2014	1	CONTRATO 046 -2014 CONSORCIO MALLA VIAL META	11 MESES	\$841,097,440	34
VJ-VGC-CM-017-2013	1	CONTRATO 034 -2014 CONSORCIO CONCESIÓN VIAL NORTE DE SANTANDER	24 MESES	\$3,956,639,360	35
VJ-VGC-CM-010-2013	1	CONTRATO 001 -2014 UNIÓN TEMPORAL CONCESION AEROPUERTO CARTAGENA	84 MESES	\$11,168,046,856	36
VJ-VE-CM-015-2013	1	CONTRATO 553 DE 2013 CONSORCIO BTC	6 MESES	\$1,129,376,000	37
VJ-VE-CM-014-2013	1	CONTRATO 548 DE 2013 CONSORCIO INTERVENTORES ZIPAQUIRA PALENQUE	36 MESES	\$11,786,739,241	38
VJ-VGC-CM-016-2013	1	CONTRATO 537 DE 2013 CONSULTORES DE INGENIERIA UG 21 SUCURSAL COLOMBIA	7 MESES	\$406,609,000	39
	2	CONTRATO 538 DE 2013 CONSULTORES DE INGENIERIA UG 21 SUCURSAL COLOMBIA	7 MESES	\$383,994,800	40
	3	CONTRATO 539 DE 2013 CONSULTORES DE INGENIERIA UG 21 SUCURSAL COLOMBIA	7 MESES	\$441,971,600	41
VJ-VGC-CM-012-2013	1	CONTRATO VJ-456-2013 CONSORCIO ERU CONCESIONES	30 MESES	\$4,703,388,000	42
VJ-VE-CM-011-2013	1	CONTRATO 427-2013 CONSORCIO INTERVENTORÍA VÍAS FÉRREAS	25 MESES	\$7,718,491,520	43
VJ-VE-CM-009-2013	1	CONTRATO 282 DE 2013 CONSORCIO INTERCON	36 MESES	\$4,488,645,026	44
VJ-VE-CM-001-2013	1	CONTRATO 053 DE 2013 UNION TEMPORAL ESTRUCTURADOR APP VIAL BUCARAMANGA-YONDO	8 MESES	\$4,278,121,296	45
VJ-VE-CM-002-2013	1	CONTRATO 038 DE 2013 CONSORCIO PROSPERIDAD_TC	6 Meses	\$6,454,542,999	46
SEA-CM-005-2011	1	CONTRATO 067 DE 2013 CONSORCIO INTERCONCESIONES	71 MESES	\$15,577,545,990	47
	2	CONTRATO 068 DE 2013 CONSORCIO INTERCOL SP	60 MESES	\$11,381,618,400	47
	3	CONTRATO 069 DE 2013 CONSORCIO EPSILON VIAL	60 MESES	\$9,789,974,280	49
	4	CONTRATO 070 DE 2013 CONSORCIO INSERVIAL	72 MESES	\$9,313,673,779	50
	5	CONTRATO 071 DE 2013 CONSORCIO EL PINO	60 MESES	\$10,377,841,400	51
	6	CONTRATO 072 DE 2013 CONSORCIO INFRAESTRUCTURA VIAL	46 MESES	\$4,566,165,072	52
	7	CONTRATO 073 DE 2013 CONSORCIO ICITY	67 MESES	\$6,769,475,800	53

VJ-VE-CM-003-2012	1	CONTRATO 574 DE 2012 UNION TEMPORAL ESTRUCTURACION AEROPUERTOS	16 MESES	\$1,549,996,083	54
SEA - CM - 004 - 2011	1	CONTRATO SEA-15-2012 CONSORCIO INTERPUERTOS	60 MESES	\$9,203,945,000	55
70000004A OF DE 2007	1	CONTRATO DE INTERVENTORIA 8000047 CONSORCIO JFA-A&C	60 MESES	\$18,265,128,000	56
Concurso de Méritos SEA - CM - 001 - 2012	1	CONTRATO 085 DE 2012 CONSORCIO INTERVENTORIA CONCESIONES 2012	53 MESES	\$11,012,084,020	57
	2	CONTRATO 086 DE 2012 JORGE PIDDO SUCURSAL COLOMBIA	36 MESES	\$4,834,240,000	58
	3	CONTRATO 087 DE 2012 CONSORCIO R&Q - SERVINC	60 MESES	\$3,714,447,844	59
	4	CONTRATO 088 DE 2012 CONSORCIO INTERCONCESIONES 2012	24 MESES	\$2,397,933,440	60
	5	CONTRATO 089 DE 2012 CONSORCIO BIC 2014	20 MESES	\$2,424,862,280	61
	6	CONTRATO 090 DE 2012 CONSORCIO SCLV	11 MESES	\$1,779,028,200	62
	7	CONTRATO 091 DE 2012 CONSORCIO INTEGRAL AIM ICONSULTIN	36 MESES	\$7,067,473,035	63
	8	CONTRATO 092 DE 2012 CONSORCIO INTERCONCESIONES	60 MESES	\$9,870,922,792	64
	9	CONTRATO 093 DE 2012 CONSORCIO CONCESIONES COLOMBIA	36 MESES	\$6,558,945,207	65
	10	CONTRATO 094 DE 2012 CONSORCIO INTERCARRETEROS	60 MESES	\$4,386,397,161	66
Concurso Méritos VJ-VGC-CM-013-2015	1	CONTRATO 469-2015 CONSORCIO GESAC	84 MESES	\$26,180,754,096	67
Concurso Méritos VJ- VGC-CM-019-2015	2	CONTRATO 514-2015 CONSORCIO CR CONCESIONES	84 MESES	\$31,442,568,000	68
	3	CONTRATO 793-2015 HNV CONSULTORIA SAS	84 MESES	\$26,901,767,832	69
	4	CONTRATO 469-2015 CONSORCIO INTERVENTOPR PEB ET	84 MESES	\$32,213,708,571	70
VJ-VGC-CM-001-2016	1	CONTRATO 100-2016 CONSORCIO VELNEC - GNG	48 MESES	\$7,240,847,600	71
VJ-VGC-CM-023-2015	1	CONTRATO 071-2016 CONSORCIO SERVIC- VQM	84 MESES	\$28,458,338,000	72

- La ley 590 de 2000, modificada por la Ley 905 de 2004, "Por la cual se dictan disposiciones para promover el desarrollo de las micro, pequeñas y medianas empresa", es claro que la pretensión sobre la concepción de estas Leyes, busca favorecer a las Mipymes es decir que las microempresas cuenten con unos beneficios para que se conviertan en pequeñas empresas, las pequeñas empresas se conviertan en medianas empresas y las medianas empresas se conviertan en grandes empresas, según lo establece la ley 590 de 2000 dejan se ser Mipyme cuando tengan activos totales superiores a 30.000 SMLMV, cuando el número de empleados supere los 200 empleados, por lo cual se evidencia que la ley favorece el crecimiento de las micro, pequeñas y medianas empresas.
- El decreto 1082 DE 2015 "POR MEDIO DEL CUAL SE EXPIDE EL DECRETO ÚNICO REGLAMENTARIO DEL SECTOR ADMINISTRATIVO DE PLANEACIÓN NACIONAL", en su Artículo 2.2.1.1.1.5.2. Información para

inscripción, renovación o actualización. En el numeral 2.5. establece:

"2.5. Certificados de la experiencia en la provisión de los bienes, obras y servicios que ofrecerá a las Entidades Estatales, los cuales deben ser expedidos por terceros que hayan recibido tales bienes, obras o servicios y deben corresponder a contratos ejecutados o copias de los contratos cuando el interesado no puede obtener tal certificado. El interesado debe indicar en cada certificado o en cada copia de los contratos, los bienes, obras y servicios a los cuales corresponde la experiencia que pretende acreditar, identificándolos con el Clasificador de Bienes y Servicios en el tercer nivel. Si la constitución del interesado es menor a tres (3) años, puede acreditar la experiencia de sus accionistas, socios o constituyentes."

En el cual permite acreditar o trasladar la experiencia de los socios, si la empresa tiene menos de 3 años de constituida.

4. Lo que se está presentando en la ANI, como se nos ha reiterado en diversas ocasiones, es que la entidad parte BAJO LA PRESUNCION del principio de la buena fe, argumenta que hasta el momento está dentro de la ley, pero no obstante en mi concepto se está presentando una nueva modalidad de fraude, la cual se puede definir de la participación y acceso de las Leyes que benefician a las Mipymes, la cual denominaremos como "MIPYME FACHADA". Me explico: una empresa (A) puede crear otra empresa la cual será subordinada (B) y a su vez esta será una Mypime; la cual podrá acreditar la experiencia de la empresa matriz (A), pero no obstante la subordinada (B) es la que tiene relación contractual con la entidad y es quien debe contratar el personal en caso de ser adjudicataria, teniendo en cuenta la respuesta que me fue dada por la entidad en las observaciones a los pliegos de condiciones del concurso de la referencia, así como también se evidencia en los documentos precontractuales.

El caso concreto el cual quiero traer a colación es el de la empresa HMV CONSULTORÍA S.A.S con NIT: 900.765.896-1 que en mi concepto en una "2MIPYME FACHADA" DE SU MATRIZ: HMV INGENIEROS LTDA. Con NIT 860.000.656-1, con lo cual se solicita que si esta empresa o cualquier otra de las empresas controladas por HMV INGENIEROS LTDA., en estas condiciones no puede ser la adjudicataria del concurso de méritos de la referencia. Se debe verificar que el personal sea contratado a nombre de la subordinada en este caso HMV CONSULTORÍA S.A.S nueva empresa utilizada por su matriz para no tener que aumentar el número de trabajadores y por ende el numero Personas con Discapacidad para acceder a los beneficios de la ley 361 de 1997 y no a nombre de HMV INGENIEROS LTDA; buscando que no suceda

lo mismo que en los procesos VJ-VGC-CM-010-2015 MODULO 7 y VJ-VGC-CM-019-2015 MODULO 4 los cuales se les adjudico a la empresa HMV SUPERVISIÓN S.A.S con NIT 900.544.891-5 como proponentes individual y al dia de hoy esta empresa no aumento su nómina evidenciando que no contrato el personal para la ejecución de los proyectos a nombre de esta, evadiendo con esto las responsabilidades adquiridas al ser garante de los beneficios de Mipymes, dicha situación la pongo en conocimiento de la ANI y dado que como proponente no soy el ente investigador para establecer y/o definir y/o investigar y obtener las pruebas para determinar que HMV INGENIEROS LTDA, no solo los representantes legales de esta empresa están faltando al Código de Ética establecida en la ley 982 de 2003; sino que además están creando nuevas empresas para colocar en sus nóminas una sola PcD y acceder a los beneficios de la ley 361 de 1997 y que esas nuevas empresas de manera LADINA SIGAN SIENDO FAVORECIDAS EN LA ADJUDICACIÓN DE NUEVOS PROCESOS DE SELECCIÓN APROVECHÁNDOSE DE LA LEY PARA SEGUIR COMO MIPYMES Y SIN AUMENTAR SUS NÓMINAS, Y REITERO NO AUMENTAN EL NÚMERO DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD, POR LO CUAL SE LE SOLICITA A LA ANI TRASLADAR COPIA A LOS ENTES DE CONTROL PERTINENTES.

5. El código de Comercio, establece la conducta del buen hombre de negocios, es claro que no es delito crear Mipimes y que estas se beneficien de las Leyes citadas anteriormente que promuevan su crecimiento en cuanto estas cumplan de manera transparente con los deberes que adquieren al acceder a estos beneficios, en mi concepto lo que es una conducta dolosa y defraudadora es crear "Mipymes fachadas", las cuales solo se utilizan para acceder a los beneficios que otorgan la ley, sin buscar en estas un crecimiento a futuro en sus activos totales y en el número de sus empleados.

Por lo anterior, me permito realizar las siguientes solicitudes de manera respetuosa:

1. Que los miembros del comité evaluador de la ANI, verifiquen que las empresas subordinadas de HMV INGENIEROS LTDA, y en el caso específico HMV CONSULTORIA SAS NO ACCEDA A LOS BENEFICIOS DE MIPYMES POR SER UNA "MIPYME FACHADA", que están participando en el concurso de la referencia, así como las empresas las cuales tienen contratos adjudicados con la entidad y

cuales actualmente se encuentren en ejecución, sean estos como proponentes singulares o plurales, verificando que estos tengan contratado el personal a sus nombres; es decir al proponente sea este singular o plural y contratado el personal a nombre de las empresas controladas con sus números de NIT y no que contraten con los NIT de la empresa controlante o que falten a lo establecido en el artículo 8 de la ley 80 de 1993 dado que los Consorcios y Uniones temporales solo pueden contratar con el Estado, no se les ha permitido a la fecha contratar personal. Para ello nuevamente se adjunta concepto del Dr. Rafael Barrera, Sentencia de Unificación del Magistrado Ponente Mauricio Fajardo y los conceptos de la Oficina asesora jurídica del Ministerio de trabajo.

2. En base al principio de igualdad consagrado en la ley 80 de 1993 se proceda a verificar todas y cada una de las firmas que han sido adjudicatarias de los contratos que relacionamos en la Tabla 1. Los profesionales con dedicación del 100% tanto para los contratos de interventoría; así como también se cotejen las dedicaciones de los profesionales con dedicación de 100 % y dedicación exclusiva en los contratos de las concesiones, los contratos de LAS ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS CELEBRADAS EN AL ANI y los contratos de interventorías a las APP y de las interventorías de las concesiones, verificando que con los profesionales de los contratos principales es decir los de obra enunciados en la Tabla 1., dado que, los contratos de interventoría son contratos accesorios a los de concesión y/o APP, de tal suerte que se pueda establecer en esta etapa de evolución, establecer si existe un detrimento al erario, por la omisión de los funcionarios públicos EN LA ETAPA CONTRACTUAL y por las actuaciones por parte de los representantes de los concesionarios y/o APP y/o LOS REPRESENTANTES DE LAS INTERVENTORÍAS POR TENER PERSONAL CON DEDICACIÓN 100 % ES DE MANERA EXCLUSIVA EN UN SOLO PROYECTO EN VARIOS PROYECTOS CONLLEVANDO A UN DETRIMENTO DEL ERARIO.
3. Se solicita respetuosamente que se traslade copia a la oficina de control interno de la ANI Y a los entes de control que la ANI considere pertinentes para determinar los responsables del detrimento del erario por el inadecuado control por parte de los funcionarios de la ANI en al etapa CONTRACTUAL, que siguen como Ustedes en la etapa precontractual partiendo del principio de la buena fe, y con la información que se ha solicitado a la ANI vía



derecho de petición y las respuestas dadas por los funcionarios de la ANI es claro que esta entidad para el pago de los contratos de concesión, de las APP y sus contratos accesorios; es decir las interventorías de los anteriormente citados todos parten del principio de la buena fe y solo con una declaración bajo gravedad de juramento aceptan y proceden al pago de las interventorías y en ningún momento LA ANI HA VERIFICADO QUE LOS PROFESIONALES, DIRECTORES Y PERSONAL OPERATIVO QUE ESTÁN CON DEDICACIÓN DEL 100 % (CON DEDICACIÓN EXCLUSIVA A UN SOLO PROYECTO), NO ESTÉN SIENDO UTILIZADOS EN VARIOS PROYECTOS LO QUE CONLLEVA UN DETRIMENTO DE LOS RECURSOS PÚBLICOS Y TAL VEZ SEA UNA ESA DE LAS RAZONES POR LAS CUALES SE OBSERVAN TANTAS DIFICULTADES EN LOS CONTRATOS DE LA ANI SEGÚN LO EXPONEN LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN EN LOS ÚLTIMOS MESES.

La respuesta a esta petición, así como cualquier información que ustedes puedan necesitar puede remitirse a:

Dirección: Transversal 60 (Avenida Suba) N° 115-58 Oficina 613 Torre B Centro Ilarco, Bogotá D. C.

Teléfono: (1) 2536417

Atentamente,

HUGO ALFREDO POSSO MONCADA

C.C. N° 88.197.628 de Cúcuta

Representante Legal de la sociedad GRUPO POSSO SAS

Representante Legal Consorcio CJE POSSO

C.C. Oficina de Control Interno ANI
Procurador General de la Nación- Alejandro Ordoñez- Carrera 5ª nro. 15 – 60
Vice Presidencia de la República de Colombia – Dr. German Vargas Lleras
Contraloría General de la República- Edgardo Maya
Fiscalía General de la Nación- JORGE FERNANDO PERDOMO TORRE
Consecutivo

Transversal 60 (Av. Suba) #115-58. Oficina: 613 Torre B Edificio ILARCO Tel. 2536417 - 6434063
Bogotá D.C



P. D.

POSSO en Italiano, Portugués y Papiamentu que es oficial en Aruba desde el 2003 (Lengua criolla cuyo léxico procede del español mezclado con el portugués, la lengua indígena arahuaca, lenguas africanas; reforzado por los enclaves holandeses de Brasil y amalgamado con neerlandés, inglés y francés) significa:

"I CAN"

EN ESPAÑOL: "YO PUEDO"

En Grupo Posso S.A.S, creemos que las Personas con Discapacidad – PcD – los servidores públicos, los estudiantes e Institutos de Educación Superior y la Sociedad Civil en general, para cumplir con el artículo 13 de la Constitución Política de Colombia y Coadyuvar al Gobierno Nacional proclamamos:

"YO PUEDO..."

VELAR POR LA INCLUSIÓN DE PcD

AYUDAR AL ESTADO A CONSTRUIR PAZ

INNOVAR, INVESTIGAR, GENERAR NUEVOS CONOCIMIENTOS Y OPTIMIZAR LOS RECURSOS PÚBLICOS

DENUNCIAR POSIBLES DELITOS QUE SE COMETAN CON RECURSOS DEL TESORO PÚBLICO

SER TRANSPARENTE Y PROPENDER PORQUE LOS GOBIERNOS IGUALMENTE LO SEAN

CONSTRUIR UNA MEJOR COLOMBIA DE MANERA INTEGRAL

YO PUEDO..."

Anexos: Lo Anunciado (85 folios)

1. Concepto Abogados Luis barrera capacidad de los consorcios y uniones temporales (folio 1 a 27)
2. jurisprudencia contratación a nombre de consorcios y uniones temporales –Mauricio Fajardo (folio 28 a 81)
3. Conceptos Oficina de control interno Ministerio de Trabajo –No contratación a nombre de consorcios y uniones temporales (folio 82 a 85)

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.

000004

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 adjudicará 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. 000005

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:

000007

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 **000088**
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 6° 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 2° 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 6° 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 —legitimatio 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

0000111
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 parágrafo 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 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."

"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. 6º), 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 Mérida 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 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."

"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 des 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. 6° 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. 6° 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.

1. ANÁLISIS NORMATIVO SOBRE LA CAPACIDAD DE CONTRATACIÓN

El CÓDIGO CIVIL, en su ARTICULO 1503, establece:

"PRESUNCIÓN DE CAPACIDAD. Toda persona es legalmente capaz, excepto aquéllas que la ley declara incapaces."

Tenemos entonces que esta norma está consagrando una regla general según la cual se presume que TODA PERSONA, es legalmente capaz y que la excepción a dicha presunción nace cuando existe una ley que declare a una PERSONA como incapaz.

Visto desde otro punto de vista, ello quiere decir que para poder afirmar que UNA PERSONA es incapaz, se necesita que una ley lo diga y que de no existir una ley que así lo disponga, opera la presunción de capacidad establecida en el citado artículo 1503 del C.C.

El propio Código Civil, ha señalado PERSONAS incapaces:

Así están por ejemplo el art. 1504 que califica como absolutamente incapaces a los dementes, los impúberes, a los dementes y a los sordomudos que no pueden darse a entender, y como a incapaces relativos a los disipadores bajo interdicción judicial.

Pero como es evidente que la presunción de capacidad se predica por el art. 1503 respecto de las PERSONAS, tal presunción no puede extenderse a lo que no tenga el carácter de PERSONA so pena de incurrir en flagrante infracción al dicho artículo 1503 del C.C. De allí que para que algo que no tenga la condición de PERSONA se requiere que exista una ley que expresamente le otorgue capacidad a ese algo no-persona y mientras ello no suceda, esa no-persona es incapaz, al no estar ni incluido en la presunción de capacidad del 1503 ni tener una ley que le atribuya capacidad.

La presunción de capacidad del 1503 del C.C. se predica por el propio artículo exclusivamente de las personas y como de conformidad con las normas civiles y comerciales las personas pueden ser NATURALES O JURÍDICAS (art. 73 del C.C.), NATURALES (art. 74 del C.C.) o JURÍDICAS (Art. 633 del C.C. y Segundo inciso del Art. 98 del C. de Co., p. ej.), entonces tenemos, recapitulando lo dicho y concretando sujetos, que la presunción de capacidad opera sólo respecto de las PERSONAS NATURALES y de las PERSONAS JURÍDICAS y que para que algo que no sea persona tenga capacidad, se requiere que exista una ley que se la atribuya y que mientras esto no suceda, ese algo no-persona es incapaz pues no se le puede extender a ese ente o cosa la presunción legal de capacidad del art. 1503 del C.C.

Ejemplos patentes de casos en los cuales un algo no-persona ha requerido de ley para poder tener capacidad, son los casos de la herencia yacente y de los patrimonios autónomos, pues sólo tienen capacidad porque las normas del derecho civil de sucesiones y las leyes financieras expresamente les confirieron la capacidad legal. La herencia yacente y los patrimonios autónomos son BIENES o COSAS, no son personas pero tienen por una ley conferida capacidad legal de adquirir derechos y contraer obligaciones, tan sólo porque la una ley se la otorga pues de lo contrario no la tendrían.

También está, en el caso de la contratación estatal, lo establecido en el art. 1º de la Ley 80 que define como "entidades estatales" a muchos entes que no son personas jurídicas sino dependencias u oficinas de personas jurídicas o conjuntos que ni eso son, y a los que luego el artículo 2º de la misma ley les otorga capacidad legal de contratación: tal el caso del numeral 1º literal a) de dicho artículo 2º, que incluye como "**entidades estatales**" a 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 contralorías

departamentales y las 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."*

Esto mismo es lo que ha sucedido con el caso de los consorcios y las uniones temporales en el caso del artículo 6º de la Ley 80/93, titulado **"De la capacidad para contratar"**, pues no siendo los consorcios ni las uniones PERSONAS, el dicho artículo 6º, luego de señalar que pueden "celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes", agrega a dos no-personas diciendo:

"También podrán celebrar contratos con las entidades estatales, los consorcios y las uniones temporales"

Y en el artículo siguiente, es decir el 7º, define en sus numerales 1 y 2 que son los consorcios y las uniones, figuras estas que allí se definen, óigase bien, como un acto, pues tanto el uno y el otro se definen como "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", anotando la ley como única diferencia entre uno y otra, que en el caso de las uniones las sanciones contractuales son individuales (se aplican sólo al integrante responsable del respectivo incumplimiento) y en proporción a su participación en la unión temporal.

Si no existiese el texto del art. 6º de la Ley 80 que les atribuye capacidad legal para contratar con las entidades estatales, los consorcios y las uniones temporales no tendrían capacidad para nada, absolutamente nada. Pero como el texto existe y como además dice exactamente para que se les confiere esa capacidad de contratación, tenemos que sí la tienen y la tienen sólo para aquello para lo cual les fue conferida, como es, literalmente, para **"celebrar contratos con las entidades estatales"** de manera que no es viable que de allí el intérprete se la extienda, como un don caído del cielo, a la celebración de contratos con alguien que no sea entidad estatal, como por ejemplo para celebrar contratos con particulares, como por ejemplo contratos de trabajo, contratos de prestación de servicios profesionales con particulares, contratos de compraventa o de suministro de bienes o servicios, etc., menos si se tiene en cuenta que el otorgamiento de capacidad está reservado a la ley y que la que tienen constituye una excepción a la regla general de la presunción de capacidad otorgada exclusivamente a las PERSONAS y que por tanto no puede ser objeto de interpretación extensiva sino, por el contrario de interpretación restrictiva, amén de que por ser el tema de la capacidad una materia de orden público, también es de interpretación restrictiva.

2. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA SOBRE LA INCAPACIDAD DE CONTRATACION DE LOS CONSORCIOS Y UNIONES TEMPORALES PARA CELEBRAR CONTRATOS PRIVADOS

Veamos ahora la parte jurisprudencial sobre la materia.

Es así que con ocasión de la expedición de la Ley 80 y el otorgamiento que su artículo 6º les otorgó para contratar con el Estado se les confirió, se suscitó el hecho de que la jurisdicción contenciosa administrativa les negó la capacidad para comparecer en juicio, arguyéndose que la norma sólo se la dio para celebrar el contrato (art. 6º), comprendiendo, según el art. 7º, la de presentar la propuesta, celebrar el contrato y ejecutarlo, más no para comparecer en juicio, razón por la cual tenían que demandar y ser demandados los integrantes, no el consorcio o la unión temporal, so pena de rechazo de la demanda por falta de capacidad para ser parte, llamada también falta de capacidad para comparecer en juicio, falta de personería adjetiva o falta de legitimación en la causa en el demandante o en el demandado según la posición del consorcio o unión como demandante o como demandado.

Luego comenzaron algunos magistrados del Consejo de Estado a producir decisiones contradictorias sobre la materia, hasta que ello se decantó a favor de la tesis de que esas instituciones sí tienen la capacidad para comparecer en juicio, punto sobre el cual no nos extendemos más pues no es el aspecto que aquí estamos debatiendo, sino en cuanto que a dicho debate sobre la capacidad para comparecer en juicio de los consorcios y las uniones, se le puso punto final por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, cuando en reunión de Sala Plena con el fin de hacer la unificación de la jurisprudencia para evitar la contradicción entre las salas de decisión, se produjo la unidad de criterio de toda la Sección Tercera 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, sentencia en la cual para poder definir lo de la capacidad para comparecer en juicio tuvo el Consejo que referirse y definir también la extensión de la capacidad de contratación de los consorcios y las uniones, tema que es el que aquí nos ocupa, y sobre el cual reproducimos de ese fallo los siguientes de sus apartes más importantes, si bien hay muchos otros raciocinios que refuerzan el tema pero que son demasiado extensos para incluir aquí. Se dijo en ese el fallo de unificación de jurisprudencia:

"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 –legitimitatio ad processum–, por intermedio de su representante.

(.....)

"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⁽⁶⁸⁾), 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." (Negritas 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.

Puesto que las sentencias de unificación de jurisprudencia tienen por finalidad el acabar con puntos en que las salas de decisión dictan fallos con criterios contradictorios, tales sentencias obligan a todas las salas de decisión y a los jueces, so pena de incurrir en sanciones disciplinarias, y para cambiar una jurisprudencia unificada se requiere que el fallo a adoptar sea decisión de la sala plena de magistrados cuando se solicite estudiar una sentencia de cambio de jurisprudencia, obviamente con posterioridad a la sentencia de unificación que se acaba de comentar le han sucedido las sentencias en que el Consejo ha aplicado los criterios expuestos en la de unificación, 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 Mélida Valle de De La Hoz.

Ciertamente que esas sentencias no obligan sino a las partes del proceso en que se pronuncian y a los jueces y magistrados y que por tanto los funcionarios y los particulares pueden apartarse del criterio y las disposiciones de la sentencia, pero es innegable que como la sentencia de unificación de jurisprudencia si obliga a jueces y magistrados, cualquier controversia jurídica será sentenciada con el criterio de la sentencia de unificación y por tanto el particular, la entidad estatal y los servidores públicos que actúen en sentido diverso al de dichas sentencias, incurren en negligencia grave si se tiene en cuenta que al actuar así, perderá necesariamente el pleito y en consecuencia, de manera culposa y grave pues su actuación en tales circunstancias es colocar a la entidad estatal en una posición "suicida", teniendo luego la entidad que acudir a repetir contra el funcionario responsable en acción de repetición o mediante llamamiento en garantía para que le responda a la entidad por los perjuicios que con su actuación irresponsable le generó.



000028

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA-SALA PLENA

CONSEJERO PONENTE: Mauricio Fajardo Gómez

Bogotá., D.C., septiembre veinticinco (25) de dos mil trece (2013).

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-Consorcio

Procede la Sala Plena de la Sección Tercera a **unificar su Jurisprudencia** en torno al problema jurídico consistente en dilucidar si los consorcios y las uniones temporales cuentan con capacidad para comparecer como parte 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 bien en su condición de contratistas de las entidades estatales o bien como participantes en los correspondientes procedimientos de selección contractual, para cuyo propósito se avoca el conocimiento del presente litigio en segunda instancia con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 31 de enero de 2001 por el Tribunal Administrativo de Descongestión con sede en Bogotá D.C., Sección Tercera, la cual, en su parte resolutive, dispuso:

"PRIMERO. Declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa por activa.

Devolver el expediente al Tribunal de origen" (fls. 178-194, c. 2).



Radicación No.:

Expediente No.: 19.333

Actor: Consorcio Glonmarex

Demandado: Consejo Superior de la Judicatura –Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y otro.

Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

previstos en los artículos 176 a 178 del Código Contencioso Administrativo —fls. 3-7, c. 1—.

1.1.- Los hechos, normas violadas y concepto de la violación.

La demanda dio cuenta de que el 1º de noviembre de 1996, mediante Resolución No. 1276, la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial declaró abierta la licitación pública No. 25 de 1996, cuyo objeto era el de contratar la construcción, por el sistema de administración delegada, de los bloques A, B, C y E, así como los acabados de los bloques A, B, C, D y E de los Tribunales Superior y Contencioso Administrativo en la ciudad de Bogotá; tras referir extensamente y en detalle el contenido del pliego de condiciones que gobernó el procedimiento administrativo de licitación, así como el de las aclaraciones y modificaciones introducidas al mismo, con especial énfasis en los criterios que en ellos fueron definidos para la evaluación y calificación de las propuestas, el demandante expresó que la propuesta presentada por el Consorcio GLONMAREX obtuvo 975 sobre 1000 puntos como máximo posible tras la evaluación técnica; sin embargo, señaló el actor que en la audiencia de adjudicación, con fundamento en diversos argumentos que no comparte, la propuesta del Consorcio GLONMAREX fue calificada en noveno lugar, con un puntaje de apenas 830 puntos, cuando la cabal aplicación de los criterios establecidos en el pliego de condiciones debió conducir a que dicha oferta fuera calificada con el máximo puntaje posible, esto es el de 1000 puntos, por manera que el contrato debió serle adjudicado al mencionado proponente.

En consecuencia, expresó el demandante que la Resolución No. 3498 del 29 de diciembre de 1996, mediante la cual se adjudicó la Licitación Pública No. 25 de ese año, vulneró los artículos 2, 6 y 13 de la Constitución Política, así como los artículos 24, 25, 26, 28 y 29 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 3 del Decreto 679



Radicación No.:

Expediente No.: 19.333

Actor: Consorcio Glonmarex

Demandado: Consejo Superior de la Judicatura –Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y otro.

Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

1.2.- Trámite de la primera instancia.

El libelo introductorio del litigio fue admitido mediante providencia de fecha 22 de mayo de 1997 (fls. 82-83, c. 1); dentro de dicha decisión se dispuso notificar <<por tener interés directo en el resultado del proceso>>, al representante legal del Consorcio Sáenz Ruíz Cadena Ingenieros Civiles Ltda., SADEICO S.A., consorcio que resultó adjudicatario de la licitación pública No. 25 de 1996, cuyo acto de adjudicación fue demandado de nulidad por la parte demandante; el representante legal del aludido consorcio se notificó en forma personal del auto admisorio de la demanda el día 13 de noviembre de 1997 (fl. 87 c 1).

La parte demandada, Consejo Superior de la Judicatura – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, dio oportuna contestación al mismo mediante escrito en el cual manifestó que algunos de los hechos contenidos en la demanda son ciertos, respecto de otros negó su veracidad y en torno a los restantes expuso que no se trataba de hechos sino de apreciaciones subjetivas del actor o de transcripciones incompletas de apartes de los pliegos de condiciones, así como de diferentes documentos de la licitación como el informe de evaluación de las propuestas, entre otros; de igual manera, la entidad demandada se opuso a todas las pretensiones elevadas por la parte actora y propuso cuatro excepciones que denominó y sustentó del modo que a continuación se refiere: (i) "*inexistencia del demandante*", en consideración a que el consorcio GLONMAREX sólo se conformó con el propósito de participar en la licitación pública No. 25 de 1996, por manera que al no haber sido adjudicatario dentro de dicho procedimiento administrativo, desapareció su razón de ser, la cual no incluía la posibilidad de presentar demandas ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo; (ii) "*inepta demanda*", por cuanto el Consorcio demandante carece de personalidad jurídica para actuar en nombre de las sociedades que lo integran; (iii) "*falta de legitimación en la causa por activa*", porque el Consorcio GLONMAREX carecía de



Radicación No.:

Expediente No.: 19.333

Actor: Consorcio Glonmarex

Demandado: Consejo Superior de la Judicatura –Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y otro.

Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

jurisdicción contencioso administrativa, pues en forma expresa se consigna que ella operaría sólo para el evento en que el consorcio resultara beneficiado con la adjudicación de la licitación en cuestión”, de lo cual se sigue que “[C]omo en el consorcio no hay solidaridad por activa, ni tampoco se incluyó la facultad al representante legal de promover acciones jurisdiccionales, la única forma de acudir ante la jurisdicción contenciosa por parte de los consorciados era a través del poder que otorgara cada una de las personas que lo integraron, individualmente consideradas” (fls. 178-194, c. 2).

1.4.- El recurso de apelación.

Inconforme con el referido fallo de primera instancia, la parte demandante interpuso recurso de apelación, el cual procedió a sustentar ante el *ad quem* dentro del término legalmente establecido para ello; en el escrito contentivo de su impugnación, adujo la parte actora que al pronunciarse respecto de las excepciones propuestas por el Consejo Superior de la Judicatura - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, el Tribunal Administrativo de Descongestión con sede en Bogotá D.C., Sección Tercera, confundió el contenido y los alcances de figuras jurídicas disímiles como son la de legitimación en la causa, la de falta de capacidad o la de ausencia de personería adjetiva, si se tiene en cuenta —en criterio del recurrente— que el fallo apelado

“... dentro del mismo estudio de la excepción de inexistencia del demandante, entra a desarrollar otra excepción de naturaleza completamente diversa, esto es, la de LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA, y lo que es más grave, confunde la figura jurídica de la legitimación en la causa con la denominada PERSONERÍA ADJETIVA, para concluir fallando y dando por probada como de legitimación, una excepción cuyo contenido desarrollado corresponde a otro fenómeno procesal bien diferente como es el del presupuesto procesal de la personería adjetiva, o también denominada por los procesalistas como capacidad para comparecer al proceso, capacidad para obrar o legitimación ad processum, con las distintas consecuencias que ello conlleva, pues la ausencia de LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA, tal como lo ha reconocido la H.



Radicación No.:

Expediente No.: 19.333

Actor: Consorcio Glonmarex

Demandado: Consejo Superior de la Judicatura -Dirección Ejecutiva
de Administración Judicial y otro.

Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

ejecutar el contrato en caso de ser adjudicado, incluyó la autorización para que el representante del Consorcio pudiera actuar judicialmente en defensa de los derechos de los consorciados, con el añadido consistente en que, aún si se admitiese que la aludida autorización no hubiere sido expresamente otorgada en el mandato conferido para intervenir en el procedimiento administrativo de selección del contratista, en todo caso los integrantes del Consorcio GLONMAREX ratificaron dicha atribución conferida al representante legal del Consorcio en un acta adicional suscrita por los integrantes del mismo de manera previa a la presentación de la demanda.

Por otra parte, explicó el recurrente que al Consorcio GLONMAREX sí le asistía interés para formular la acción cuyo ejercicio dio origen al presente encuadernamiento y que cuenta con legitimación en la causa para elevar las pretensiones contenidas en la demanda, habida consideración de que participó en el procedimiento administrativo de licitación y fue vencido en el mismo de manera irregular pues, tras reiterar en considerable medida tanto el recuento fáctico como los planteamientos jurídicos esbozados en la demanda y en los alegatos de conclusión en la primera instancia, adujo que a pesar de que el Consorcio GLONMAREX se encontraba en primer lugar de elegibilidad inmediatamente después de efectuada la evaluación técnica y financiera de las propuestas, de manera inexplicable con posterioridad, durante la audiencia de adjudicación, fueron modificados algunos parámetros y criterios de calificación de las ofertas, con la consiguiente pérdida de la licitación por parte del Consorcio demandante debido a que fue valorada su propuesta, de manera irregular, con un puntaje injustificadamente bajo (fls. 203-234, c. 2).

000033



Radicación No.:

Expediente No.: 19.333

Actor: Consorcio Glonmarex

Demandado: Consejo Superior de la Judicatura -Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y otro.

Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

consorciadas suscribieron el 3 de abril de 1997 un documento al cual denominaron "Acta número 01 Consorcio Glonmarex", mediante cuyo contenido autorizaron al representante legal del Consorcio para presentar demanda contra el Consejo Superior de la Judicatura por la adjudicación de la Licitación Pública No. 025 de 1996 y, a tal efecto, para celebrar el contrato de prestación de servicios profesionales con la abogada que obra como apoderada de la parte actora en el *sub lite*. Del otorgamiento de dicha autorización no participó, entonces, la sociedad mexicana MARHNOS S.A. de C.V., cuyo representante legal en Colombia no se encontraba facultado ni para representarla judicialmente ni para ceder los derechos de dicha sociedad en las reclamaciones a las cuales hubiere lugar a raíz de los procedimientos administrativos de licitación o contractuales en los cuales participare la sociedad.

En el anterior orden de ideas, comoquiera que las decisiones que se adopten en el presente proceso afectarán indudablemente a todos los integrantes del Consorcio demandante y que uno de ellos —la sociedad MARHNOS S.A. de C.V.—, no constituyó apoderado para representarla judicialmente, de suerte que pueden verse vulnerados sus derechos con las resultas del presente proceso, el Ministerio Público consideró que se encuentra configurada la causal de nulidad consistente en la indebida representación de una de las partes —falta de capacidad procesal o de *legitimatío ad processum*—, situación que impone la necesidad de que "antes de proferir el fallo respectivo, se ponga en su conocimiento la existencia de esta circunstancia, para que manifieste si ratifica la causal de nulidad o la sana" (fls. 245-260, c. 2).

De la anterior solicitud de nulidad se corrió traslado a las partes mediante providencia del 10 de diciembre de 2001; dentro del término respectivo se pronunció la parte actora y explicó que la sociedad mexicana MARHNOS S.A. en C.V., constituyó un representante legal en Colombia que, a la sazón, era la misma



Radicación No.:

Expediente No.: 19.333

Actor: Consorcio Glonmarex

Demandado: Consejo Superior de la Judicatura –Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y otro.

Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

proceso y ejerza su derecho, o que ratifique su deseo de no comparecer, ya que a nadie se le puede obligar a acceder a la justicia; pero ello no puede ir en detrimento de las demás sociedades integrantes del consorcio" (fls. 263-267, c. 2).

El Consejero de Estado conductor del presente proceso, mediante auto del 18 de febrero de 2002, decidió "[A]bstenerse de pronunciarse sobre la nulidad deprecada por la Procuradora Quinta Delegada ante esta Corporación", por considerar que las circunstancias expuestas por la Vista Fiscal, en principio, no configuran la causal de nulidad invocada, toda vez que la indebida representación sólo puede surgir en relación con quien es parte en el proceso y, en el presente litigio, la sociedad MARHNOS S.A. en C.V., no lo es si se tiene en cuenta que la demanda fue presentada, por conducto de apoderado, por el Consorcio GLONMAREX; además, en el proveído en comento se indicó que la solicitud de nulidad planteada se encuentra directamente relacionada con el objeto del recurso de apelación interpuesto contra el fallo proferido por el *a quo*, por manera que para resolver dicho extremo debía agotarse el trámite de la segunda instancia y decidir lo que corresponda al momento de dictar sentencia (fls. 284-287, c. 2).

En este estado de la actuación, procede la Sala a resolver, previo lo cual realizará las siguientes

2. CONSIDERACIONES

2.1.- Lo que se debate.

De la presente decisión se ocupa la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, según se indicó al inicio de este pronunciamiento, con el fin de unificar su jurisprudencia en torno a la capacidad procesal de los consorcios como modalidad asociativa prevista por el artículo 7 de la Ley 80 de 1993, para



Radicación No.:

Expediente No.: 19.333

Actor: Consorcio Glonmarex

Demandado: Consejo Superior de la Judicatura –Dirección Ejecutiva
de Administración Judicial y otro.Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

pretensiones de quien reclama la reparación del daño que entiende le ha sido irrogado por el acto administrativo mediante el cual se adjudica un contrato estatal, (c) la vocación de prosperidad de los ataques formulados en la demanda que dio origen al presente litigio, en contra de la Resolución No. 3498 del 29 de diciembre de 1996, mediante la cual se adjudicó la Licitación Pública No. 25 de 1996 del Consejo Superior de la Judicatura.

2.2.- Presupuestos procesales.

2.2.1.- Competencia de la Sala.

Sea lo primero advertir que la controversia que aquí se dirime cuenta con vocación de doble instancia por razón de la cuantía atendiendo a los parámetros establecidos tanto en los artículos 2 y 4 del Decreto 597 de 1988 como en el artículo 20-1 del Código de Procedimiento Civil habida consideración de que a la fecha de presentación de la demanda –29 de abril de 1997– el monto mínimo exigido para que un proceso iniciado en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho debiere ser tramitado en dos instancias ascendía a la suma de \$ 3'080.000 y la pretensión mayor de las elevadas en el libelo inicial del proceso, esto es la encaminada a que se le reparen al demandante los daños materiales que le fueron causados, en la modalidad de lucro cesante, con la decisión cuya legalidad cuestiona, resulta superior a dicho mínimo, pues equivale a la cantidad de \$ 1.163'000.000,00, de acuerdo con la pretensión segunda de las formuladas en el escrito introductor del litigio.

Ahora bien, con el propósito de precisar el ámbito comprendido por la competencia de la Sala para realizar su pronunciamiento en el caso materia de examen, resulta menester tener en cuenta la naturaleza jurídica de la entidad demandada, factor determinante de la catalogación como estatal, o no, del



Radicación No.:

Expediente No.: 19.333

Actor: Consorcio Glonmarex

Demandado: Consejo Superior de la Judicatura -Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y otro.

Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

en el análisis particular respecto del tipo de entidad que lo celebra, sin importar el régimen legal que les deba ser aplicable; dicho aserto encuentra soporte legal en lo preceptuado por el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, disposición que al tratar de definir los contratos estatales adoptó un criterio eminentemente subjetivo u orgánico, apartándose así de cualquier juicio funcional o referido al régimen jurídico aplicable a la parte sustantiva del contrato:

"Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación: ...".

Así las cosas, el mencionado artículo 32 del Estatuto Contractual torna ineludible remitirse al catálogo de entidades expresamente calificadas como estatales por el artículo 2º de la misma Ley 80 de 1993, el cual dispone:

"Para los solos efectos de esta ley:

1o. Se denominan entidades estatales:

a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.

b) El Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos ..." (Se ha subrayado).



Radicación No.:

Expediente No.: 19.333

Actor: Consorcio Glonmarex

Demandado: Consejo Superior de la Judicatura –Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y otro.

Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

000037

"A manera de síntesis, puede resumirse la nueva estructura de competencias de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, con la entrada en vigencia de la ley 1.107 de 2006, de la siguiente manera:

"i) Debe conocer de las controversias y litigios precontractuales y contractuales en los que intervenga una entidad pública, sin importar su naturaleza, ni el régimen jurídico aplicable al contrato, ni el objeto del mismo".

La anterior conclusión mantiene vigencia con la modificación introducida al objeto de conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo por la Ley 1437 de 2011, toda vez que así lo establece con claridad su artículo 104-2³, precepto que, de todos modos, ha de precisarse que no resulta aplicable al asunto *sub judice* por virtud de lo establecido en el artículo 308 del mencionado cuerpo normativo⁴.

Todo lo expuesto implica, en el asunto *sub lite*, que habida cuenta de que el Consejo Superior de la Judicatura constituye una entidad estatal a voces de lo normado por la letra b) del artículo 2 de la Ley 80 de 1993, el contrato de obra a cuya celebración conduciría la Licitación Pública No. 25 de 1996 convocada por la

³ La referida disposición establece lo siguiente: "La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa.

Igualmente conocerá de los siguientes procesos:

(...)

2. Los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado (se deja subrayado).

⁴ Precepto del siguiente tenor: "El presente Código comenzará a regir el dos (2) de julio del año 2012.

Este Código sólo se aplicará a los procedimientos y las actuaciones administrativas que se inicien, así como a las demandas y procesos que se instauren con posterioridad a la entrada en vigencia.

Los procedimientos y las actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior".



Radicación No.:

Expediente No.: 19.333

Actor: Consorcio Glonmarex

Demandado: Consejo Superior de la Judicatura –Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y otro.

Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

000038

entrada en vigor de la Ley 80 de 1993, en la cual se dejó de lado la aludida concepción dicotómica que distinguía entre actos previos o “separables” y actos contractuales, para englobar las dos categorías anteriores en una sola, a saber: la de *“los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual”*, al tenor de lo normado por el inciso segundo del artículo 77 del referido conjunto normativo, disposición que, igualmente, dejaba claro que tales decisiones administrativas *“sólo serán susceptibles de recurso de reposición y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo”*.

El aludido precepto dio lugar a que la jurisprudencia de esta Sección entendiera, en un primer momento, que la locución *“con motivo u ocasión de la actividad contractual”* permitía sostener la existencia de una categoría única de actos administrativos proferidos respecto de un contrato estatal, con fundamento en la comprensión en virtud de la cual *“para nadie es un secreto que esa actividad se inicia con la apertura del proceso selectivo y continúa hasta el vencimiento del contrato o hasta la liquidación definitiva del mismo, según el caso”*⁷, por manera que —de conformidad con dicha inteligencia— tan contractuales serían los actos administrativos que ordenan la apertura de la licitación, los que adoptan o

“Artículo 136. Caducidad de las acciones. La de nulidad podrá ejercitarse en cualquier tiempo a partir de la expedición del acto o después de su publicación, si necesita de este requisito para entrar a regir.

La de restablecimiento del derecho caducará al cabo de cuatro (4) meses contados a partir del día de la publicación, comunicación, notificación o ejecución del acto, según el caso. Si el demandante es una entidad pública, la caducidad será de dos (2) años.

(...)

Las relativas a contratos caducarán a los dos (2) años de expedidos los actos u ocurridos los hechos que den lugar a ella.

Los actos separables distintos del de adjudicación de una licitación sólo serán impugnables jurisdiccionalmente una vez terminado o liquidado el contrato”.

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del 17 de enero de 1994; Consejero Ponente: Carlos Betancur Jaramillo; Expediente: 9118; en similar sentido puede verse Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del 10 de marzo de 1994; Consejero Ponente: Juan de Dios Montes Hernández.



Radicación No.:

Expediente No.: 19.333

Actor: Consorcio Glonmarex

Demandado: Consejo Superior de la Judicatura –Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y otro.

Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

000033

Ahora bien, tratándose de las acciones procedentes en contra de los entonces denominados actos “separables” del contrato, la redacción original del C.C.A., de 1984 estableció que las mismas sólo podrían intentarse tras el vencimiento o la liquidación del respectivo contrato, previsión que dificultaba en extremo el control de las decisiones precontractuales de la Administración, salvo el caso del acto administrativo de adjudicación, el cual resultaba pasible de impugnación judicial a partir del momento de su expedición; tal restricción temporal para el ejercicio de las acciones a las cuales hubiera lugar en contra de los actos administrativos precontractuales fue suprimida con la expedición del Decreto ley 2304 de 1989, cuerpo normativo en el cual también se mantuvo la distinción entre actos administrativos previos —o “separables”— y actos contractuales, reservándose a la controversia jurisdiccional de éstos, por regla general, la acción contractual, mientras que la impugnación judicial de aquéllos debía surtirse a través de la instauración de las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, ésta última dentro del término de los cuatro meses contados a partir de la comunicación, notificación o publicación del acto administrativo respectivo, según correspondiere.

Esa situación evidenció un nuevo cambio con la entrada en vigor de la Ley 446 de 1998, cuyo artículo 32, al modificar el artículo 87 del C.C.A., igualmente reiteró en el derecho positivo nacional la distinción entre los actos administrativos proferidos antes de la celebración del contrato y con ocasión de la actividad previa a dicho momento, por una parte y por la otra, las decisiones unilaterales producidas durante la ejecución o la liquidación del contrato, igualmente con

5. Finalmente, en sentido puramente gramatical y lógico sólo cabe hablar de actos de la actividad contractual después de la celebración del contrato, y éste, en la Ley 80 de 1993, sólo nace a la vida jurídica con posterioridad a la notificación de la adjudicación y cuando el acuerdo sobre el objeto y la contraprestación se eleve a escrito”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 18 de septiembre de 1997; Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque; Expediente N° 9118.



Radicación No.:

Expediente No.: 19.333

Actor: Consorcio Glonmarex

Demandado: Consejo Superior de la Judicatura –Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y otro.

Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

000040

aludida acción contra el acto de adjudicación censurado, de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo del artículo 77 de la Ley 80 de 1993, dicho asunto se rige *"conforme a las reglas del código contencioso administrativo"* y, para la época de presentación de la demanda que motivó el presente proceso, el artículo 136 del Decreto 01 de 1984 –subrogado por el artículo 23 del Decreto ley 2304 de 1989– fijó el término en cuestión en 4 meses contados a partir de la publicación, notificación o ejecución del acto, según el caso.

En el anterior orden de ideas, el cómputo del aludido término de cuatro meses para presentar la demanda en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto administrativo de adjudicación, comenzó en la fecha en la cual el mismo fue conocido por el interesado; en el caso *sub examine*, la Resolución No. 3498 mediante la cual el Consejo Superior de la Judicatura adjudicó la Licitación No. 25 de 1996, fue proferida el día 29 de diciembre de 1996, mientras que el libelo introductorio del litigio que esta decisión dirime en segunda instancia se presentó el 29 de abril de 1997, razón por la cual se impone concluir que la acción incoada se ejerció oportunamente.

2.2.3.- La capacidad para ser parte como presupuesto de la acción. Capacidad procesal de los consorcios y legitimación en la causa del Consorcio GLONMAREX en el presente proceso.

2.2.3.1.- La capacidad para ser parte como presupuesto procesal.

Se ha referido doctrinalmente que desde la segunda mitad del siglo XVIII, el profesor alemán Oskar Von Bulow construyó la teoría de los requisitos necesarios para que el proceso tenga nacimiento a la vida jurídica de manera regular, esto es que como el proceso constituye una relación jurídica, al igual que acontece con otras relaciones de la misma naturaleza, precisa de la concurrencia de diversos elementos que determinan su existencia válida o, en otros términos, de *"los*



Radicación No.:

Expediente No.: 19.333

Actor: Consorcio Glonmarex

Demandado: Consejo Superior de la Judicatura –Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y otro.

Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

000041

judicial, sin duda difiere —en veces excesivamente— en el tiempo —cuando no torna el asunto en prácticamente imposible— la solución del pleito respectivo, con evidente afectación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva o al acceso eficaz y oportuno a la Administración de Justicia en condiciones que garanticen la prevalencia y la aplicación del derecho sustancial —artículo 228 de la Constitución Política—.

La anterior circunstancia, sumada a la consistente en que la mayor parte de los casos en que se registra la ausencia de los aludidos *presupuestos procesales* han sido recogidos en el derecho positivo como causales de nulidad procesal, conducen a que, realmente, la constatación de la ausencia de alguno de tales presupuestos abra paso a la aplicación de la regulación legal en materia de nulidades y a que se entre a examinar si la deficiencia de la cual se trata puede ser saneada o lo ha sido ya o, en su defecto, si debe retrotraerse la actuación hasta el punto que resulte menester para rehacerla sin la presencia del defecto que se haya advertido, de suerte que, a pesar de haberse presentado la correspondiente vicisitud, ello no impida que a la postre el proceso culmine con la adopción de una decisión de fondo que zanje definitivamente la controversia ventilada ante el aparato jurisdiccional y que haga tránsito a cosa juzgada.

Así las cosas, sólo de modo muy excepcional la ausencia de alguno de los ~~presupuestos procesales en mención~~ ha de conducir a que se profiera un fallo inhibitorio; pero ello es, precisamente, lo que se impone cuando el requisito que se echa en falta corresponde a la capacidad para ser parte de uno de los extremos de la litis, requisito respecto del cual ha expresado lo siguiente la Sección Tercera del Consejo de Estado:

“La doctrina¹⁶ y la jurisprudencia¹⁷ han coincidido en señalar que la capacidad para ser parte es la aptitud legal que se tiene para ser sujeto de la

¹⁶ Nota original de la sentencia citada: Para el tratadista Hernando Devis Echandía en su libro *Compendio de Derecho Procesal, Teoría General del Proceso* Tomo I., “la capacidad para ser



Radicación No.:

Expediente No.: 19.333

Actor: Consorcio Glonmarex

Demandado: Consejo Superior de la Judicatura –Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y otro.

Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

00004?

que no se ha constituido o que se disolvió y se liquidó¹⁹; tal la razón por la cual se ha afirmado que

“[E]ste caso, no previsto como causal de nulidad pero sí como causal de excepción previa (art. 97, num. 4º) con la denominación de inexistencia, **es tal vez, el único que justificaría la posibilidad del fallo inhibitorio**, aún cuando hubiera sido mejor establecer una causal de no procedibilidad dentro del proceso civil, por la cual, en cualquier estado del proceso en que estuviera acreditada dicha circunstancia, el juez ordene terminar toda la actuación mediante un auto.

(...)

2. Cuando se trata de los llamados presupuestos procesales de la competencia del juez y de la capacidad procesal, el juez y las partes deben ceñirse a lo que sobre causales de nulidad ordena el Código, normas cuya aplicación prevalece sobre cualquier teoría.

3. **Sólo se justifica dictar fallo inhibitorio en caso de que una parte no sea sujeto de derecho**, circunstancia en la práctica inexistente, aún cuando mucho mejor hubiera sido regular la situación como causa de no procedibilidad en el proceso civil, a fin de eliminar la sentencia inhibitoria²⁰ (énfasis añadido).

En este sentido se ha pronunciado la Sección Tercera del Consejo de Estado:

“Definida así la naturaleza del convenio que permite calificarlo como de derecho común, la solución de los conflictos que se originan en este tipo de contratos está radicada, según el texto legal citado anteriormente, en la jurisdicción ordinaria que, por mandato legal, es la competente para ello.

2. **Para el a quo, la decisión es inhibitoria, apreciación que no comparte la Sala, porque esta clase de fallos se presentan cuando en el proceso faltan los presupuestos referidos a la capacidad para ser parte y a la demanda en forma. Los otros aspectos, por tipificar causales de nulidad, conducen a la invalidación de la actuación**²¹ (énfasis añadido).

¹⁹ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio, *Procedimiento Civil*, cit., pp. 963-967.

²⁰ *Idem*.

²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 7 de marzo de 1985; Consejero ponente: Julio César Uribe Acosta; Radicado número: 3923; Actor: Tipografía Gutenberg; Demandado: Municipio de Neiva.



Radicación No.:

Expediente No.: 19.333

Actor: Consorcio Glonmarex

Demandado: Consejo Superior de la Judicatura –Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y otro.

Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

000043

societaria de relación o de vinculación de actividades e intereses entre distintas personas que no genera otra persona jurídica, con miras a obtener la adjudicación, celebración y ejecución de contratos, regida por las condiciones que tienen a bien acordar los participantes del consorcio, y por tanto, correspondiente al ámbito de actividad e iniciativa privada, no obstante la responsabilidad solidaria y la penal establecidas en la ley (arts. 7º y 52, ley 80 de 1993)²³.

Por su parte, la Corte Constitucional, en sentencia C-414 del 22 de septiembre de 1994, por medio de la cual declaró exequible el parágrafo 2o. del artículo 7o. de la Ley 80 de 1993, afirmó que los consorcios no constituyen personas jurídicas y que su representación conjunta tiene lugar para efectos de la adjudicación, de la celebración y de la ejecución de los correspondientes contratos²⁴. No ofrece, entonces, discusión alguna el hecho de que tanto los

²³ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de 30 de enero de 1997, radicación número 942.

²⁴ Así se expresó la Corte Constitucional en la mencionada providencia:

"En nuestro régimen legal, la capacidad es la aptitud que se tiene para ser sujeto de relaciones jurídicas, es decir, para realizar sin el ministerio de otra persona, actos con efectos válidos en la esfera del derecho, y si bien esa habilitación se vincula con la noción de persona, hasta el punto que toda persona, en principio, es capaz, salvo lo que en contrario disponga la ley, no es requisito necesario ser persona para disponer de capacidad jurídica. En estos eventos el Estatuto no se refiere a una persona y sin embargo permite que los consorcios y las uniones temporales puedan contratar con el Estado, lo cual, en resumen significa que la ley les reconoce su capacidad jurídica a pesar de que no les exige como condición de su ejercicio, la de ser personas morales.

El consorcio es una figura propia del derecho privado, utilizado ordinariamente como un instrumento de cooperación entre empresas, cuando requieren asumir una tarea económica particularmente importante, que les permita 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.

El artículo 7o. de la mencionada ley se refiere al consorcio, pero en lugar de definir su contenido esencial, ofrece una relación descriptiva de la figura señalando los elementos instrumentales y vinculantes que lo conforman;según la ley, 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."



Radicación No.:

Expediente No.: 19.333

Actor: Consorcio Glonmarex

Demandado: Consejo Superior de la Judicatura –Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y otro.

Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

000044

mismo, la Sala concluyó que la situación resultaba diferente cuando el consorcio alcanzaba la calidad de adjudicatario o de contratista, porque se estimó que esa sería la condición que daría lugar a una relación jurídica sustancial entre los miembros del consorcio o la unión temporal y la respectiva entidad estatal contratante²⁸.

El consorcio tiene una existencia limitada, generalmente condicionada al tiempo que dure el trámite del proceso de selección del contratista o la ejecución y liquidación del contrato, en el evento de que resulte seleccionado y éste se celebre.

(...)

Ahora bien, cuando se presenta la propuesta y esta no resulta seleccionada, no surgen las referidas obligaciones y el consorcio pierde vigencia.

En consecuencia, la no adjudicación impide la constitución de la relación jurídico sustancial con la entidad y el nacimiento de obligaciones a cargo de los miembros del consorcio, máxime cuando la ley considera que la propuesta es presentada en forma conjunta por los sujetos consorciados, que escogieron esa figura negocial para participar en el procedimiento licitatorio o concursal.

Se tiene así que la privación injusta de la adjudicación al consorcio determina la lesión de los derechos subjetivos de que son titulares cada uno de sus miembros y, en esa medida, pueden éstos, en forma independiente o conjunta, ejercitar la correspondiente acción para demandar la nulidad del acto por medio del cual se adjudicó a otro o se declaró desierta la licitación y la consecuente indemnización de los perjuicios”.

Por su parte, el Consejero Alier Hernández Enríquez, en el salvamento de voto que presentó respecto de la providencia en cita, sostuvo lo siguiente:

“(...) si bien es cierto, como lo expresa la mayoría de la Sala, que, cuando no se produce la adjudicación a favor del consorcio, no se constituye una relación jurídico sustancial entre aquél y la entidad licitante, y no surgen obligaciones correlativas -de manera que los miembros del primero no conforman, como sujeto plural, un extremo activo de una relación jurídica con esa entidad-, si de lo que se trata es de obtener la reparación del perjuicio sufrido por la no ejecución del contrato, tendrá que obtenerse previamente el reconocimiento del derecho del consorcio a ser adjudicatario del mismo, y, por lo tanto, la petición sólo podrá ser formulada mancomunadamente por quienes lo conforman.

(...)

No es cierto, entonces, que la no adjudicación de un contrato al consorcio dé derecho a cada uno de sus miembros para ejercitar, en forma independiente, la correspondiente acción para demandar la nulidad del acto por medio del cual se adjudicó a otro el contrato o se declaró desierta la licitación y la consecuente indemnización de perjuicios”.

²⁸ Al respecto, la Sala señaló:

“2.2 El Consorcio como adjudicatario y contratista.

“La situación es diferente cuando el consorcio es adjudicatario o contratista porque en estos eventos surge una relación jurídico sustancial entre el consorcio, en calidad de adjudicatario o contratista y la entidad adjudicataria o contratante, de la que se derivan facultades y obligaciones correlativas entre los mismos.



Radicación No.:

Expediente No.: 19.333

Actor: Consorcio Glonmarex

Demandado: Consejo Superior de la Judicatura –Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y otro.

Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

000045

En este caso, la Sala debería estudiar si el título ejecutivo aportado por la Unión Temporal Promédica reúne los requisitos exigidos por la ley; no obstante, se observa que la demanda la presentó la Unión Temporal Promédica, por medio de apoderado; por ello, está ausente un presupuesto de la acción que obliga a confirmar la decisión de primera instancia, pues la Unión Temporal carece de capacidad para participar en el proceso.

En efecto, las uniones temporales, figuras admitidas en el artículo séptimo de la ley 80 de 1993 para efectos de contratación estatal, no crean una persona jurídica nueva e independiente de los miembros que conforman dichas asociaciones.

Al no poseer tal naturaleza jurídica, no tiene capacidad para comparecer en proceso ante autoridades judiciales, conforme a lo prescrito en el artículo 44 del Código de Procedimiento Civil. De acuerdo con la jurisprudencia, la capacidad procesal consiste en lo siguiente:

“La capacidad para ser parte en un proceso, no es otra cosa que la aptitud legal que tiene la persona para ser titular de derechos y obligaciones procesales, es la facultad de realizar directamente o por intermedio de sus representantes actos procesales válidos y eficaces así como asumir las cargas y responsabilidades que se desprenden del proceso”²⁹.

En virtud del artículo 6 de la ley 80, las uniones temporales al igual que los consorcios, pueden celebrar contratos con las entidades estatales. Esto significa que, por disposición legal, dicha figura puede participar en la adjudicación, celebración y ejecución de los contratos pero no implica, y así lo ha precisado la jurisprudencia en diferentes oportunidades³⁰, que tenga capacidad para participar en un proceso judicial. Dicha calidad se encuentra en cabeza de las personas naturales o jurídicas que la han integrado para celebrar un contrato con el Estado, conforme al artículo 44 del Código de Procedimiento Civil.

En este caso, los miembros de la unión temporal le otorgaron poder al representante legal en los siguientes términos:

“SEPTIMA: FACULTADES Y LIMITACIONES DEL REPRESENTANTE LEGAL: El representante legal de la unión temporal tendrá las siguientes funciones y facultades:

²⁹ Consejo de Estado, Sección Cuarta, Providencia del 3 de noviembre de 1996, Exp. No. 13.304.

³⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Providencia del 1 de diciembre de 2001, Exp. No. 21.305.



Radicación No.:

Expediente No.: 19.333

Actor: Consorcio Glonmarex

Demandado: Consejo Superior de la Judicatura –Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y otro.

Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

000046

Posteriormente, en providencia de diciembre 7 de 2005, la Sala reiteró que hay lugar a predicar la configuración de un litisconsorcio necesario respecto de los integrantes de los consorcios y de las uniones temporales, tanto adjudicatarios como no adjudicatarios, porque no son personas jurídicas, de tal manera que el litigio debe resolverse de modo uniforme para todos los sujetos que hubieren intervenido en la relación contractual; como corolario de ello, cuando los integrantes de un Consorcio o de una Unión Temporal tienen interés en ejercer el derecho de acción ante la Administración de Justicia o, por cualquier otra circunstancia, deben comparecer ante ella por razón de las actividades del Consorcio, son aquéllos individualmente considerados y no éste, quienes deben presentar la correspondiente demanda y/o intervenir en el proceso judicial correspondiente para defender sus intereses:

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

(...)

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

ROBERTO MALAGÓN BAQUERO, quien fue la persona otorgante del poder, porque según el mismo documento privado, éste representaba a ‘PROMÉDICA LIMITADA’, uno de los integrantes de la UNIÓN TEMPORAL, y además tampoco lo confirió como representante de dicha sociedad, ni se allegó tampoco la certificación legal que acredite esa calidad.

Entonces, queda demostrado que la UNIÓN TEMPORAL al no ser persona jurídica no tiene capacidad para ser parte ni para comparecer (art. 44 del C. P. C), y por lo mismo no puede demostrar su condición de acreedor. Por esta situación la Sala concluye que no puede librarse mandamiento de pago y por tanto confirmará el auto apelado”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del 16 de marzo de 2005; Consejera ponente: María Elena Giraldo Gómez; Radicación número: 25000-23-26-000-2004-01832-01(28362); Actor: Unión Temporal Plusalud; Demandado: Caja Nacional de Previsión Social.



Radicación No.:

Expediente No.: 19.333

Actor: Consorcio Glonmarex

Demandado: Consejo Superior de la Judicatura –Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y otro.

Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

000047

contrato, elemento determinante al momento de imponer una sanción o solicitar una reparación.

Por otro lado en diversos pronunciamientos de esta Corporación³³ y de la Honorable Corte Constitucional, se ha mantenido la posición que las uniones temporales no constituyen una persona jurídica, sin perjuicio de la capacidad para contratar que le ha otorgado la Ley. En sentencia de 22 de septiembre de 1994³⁴, de la Corte Constitucional respecto a los consorcios, aplicable a las uniones temporales, se ha dicho lo siguiente:

“En estos eventos el Estatuto no se refiere a una persona y sin embargo permite que los consorcios y a las uniones temporales puedan contratar con el Estado, lo cual, en resumen significa que la ley les reconoce su capacidad jurídica a pesar de que no les exige como condición de su ejercicio, la de ser personas morales.

“El consorcio es una figura propia del derecho privado, utilizado ordinariamente como un instrumento de cooperación entre empresas, cuando requieren asumir una tarea económica particularmente importante, que les permita 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.

“Se tiene de lo anterior [artículo 7° de la ley 80 de 1993] que según la ley, 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.**(negritas fuera de texto).**

Teniendo claridad sobre la naturaleza jurídica de las uniones temporales, teniendo en cuenta que lo establecido para los consorcios es aplicable a las otras, a continuación procederemos a analizar las figuras del litisconsorcio necesario y facultativo, en concordancia con lo dispuesto por la Constitución Política, en relación con el derecho de acceso a la justicia.

Litisconsorcio facultativo y necesario.

³³ Consejo de Estado, Sección Tercera, auto de trece (13) de diciembre de dos mil uno (2001), Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de tres de mayo de 1995, radicación número 684, referencia: Consulta del Ministerio de Defensa Nacional relacionada con los contratos y la participación de consorcios y uniones temporales.

³⁴ Corte Constitucional, Sentencia No. C-414/94, 22 de septiembre de 1994.



Radicación No.:

Expediente No.: 19.333

Actor: Consorcio Glonmarex

Demandado: Consejo Superior de la Judicatura –Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y otro.

Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

concurzal”.

De esta forma extrayendo el criterio de la anterior jurisprudencia, obviamente traída a la relación entre los miembros del consorcio o unión temporal, afirma la Sala que, en el caso de los consorcios o uniones temporales no seleccionados y si estos consideran que existen méritos suficientes para interponer una demanda, cualquiera de las partes que integraban el mismo podrá ejercer su derecho de acción de manera independiente⁴⁰, ya que en ningún caso nació la relación jurídica sustancial que los obligue a actuar en calidad de litisconsortes necesarios. Agréguese a lo anterior, que en este tipo de negocio jurídico de celebración están sujetos a una condición resolutoria, en el entendido en que se resuelve el vínculo entre los consorciados y los miembros de la unión temporal cuando no se adjudica el contrato, materia u objeto del proceso de selección al cual se presentan bajo esta modalidad.

Adicional a esto, la Sala considera que el derecho en litigio en esta situación (utilidad esperada), es un derecho subjetivo, propio e individual a cada una de las partes del consorcio o unión temporal⁴¹, determinada por el porcentaje o las actividades que desarrollaría en la ejecución del contrato, elemento perfectamente divisible⁴².

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

⁴⁰ “Se tiene así que la privación injusta de la adjudicación al consorcio determina la lesión de los derechos subjetivos de que son titulares cada uno de sus miembros y, en esa medida, pueden éstos, en forma independiente o conjunta, ejercitar la correspondiente acción para demandar la nulidad del acto por medio del cual se adjudicó a otro o se declaró desierta la licitación y la consecuente indemnización de los perjuicios”. Consejo de Estado, Sección Tercera, Bogotá, D.C., trece (13) de mayo de dos mil cuatro (2004), Radicación número: 50422-23-31-000-1994-0467-01 (15.321)

⁴¹ “Como los miembros del consorcio son titulares de relaciones sustanciales independientes y autónomas, no necesitan acudir ante el juez contencioso administrativo en forma mancomunada con los otros integrantes, pues el derecho en litigio - el de reparación de un derecho subjetivo - es propio e individual”. Consejo de Estado, Sección Tercera, Bogotá, D.C., trece (13) de mayo de dos mil cuatro (2004), Radicación número: 50422-23-31-000-1994-0467-01(15.321)

⁴² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, auto de 9 de febrero de 2011, exp. 37.566, M.P. Dra. Olga Mélida Valle de De La Hoz.



Radicación No.:

Expediente No.: 19.333

Actor: Consorcio Glonmarex

Demandado: Consejo Superior de la Judicatura –Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y otro.

Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

debe tener cabida por interpretación extensiva de éste, pues negarles la calidad de parte es tanto como quitarles toda posibilidad de comparecer en un juicio, atributo éste inherente a todos los sujetos de derecho, tal como lo son los patrimonios autónomos.

Quienes representan esos patrimonios, como bien lo afirma REDENTI, no actúan, como representantes legales sino que su carácter o calidad de gestores, autónomos y autodeliberantes, en función de aquellos intereses objetivos previamente establecidos o de los intereses del titular desconocido o incierto. Por ello surge así una figura que no coincide, ni con el estar en el juicio a nombre propio, ni con el estar en el juicio a nombre ajeno.

No hay duda que los patrimonios autónomos constituyen una categoría especial de sujetos de derecho, y como tales pueden ser partes en los procesos, así su naturaleza no encuadre con lo que la normatividad que hoy nos rige, exige para que existan personas jurídicas.

Claro está la elaboración del concepto de "patrimonio autónomo" y su aceptación como sujeto de derechos, obedece más a la estrechez del alcance de la noción de persona jurídica que a una verdadera nueva categoría de sujetos de derecho". Cfr. LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio, *Procedimiento Civil*, Tomo I, pp. 294-295.

En el mismo sentido y a modo puramente ilustrativo, merece la pena tomar en consideración que los artículos 53 y 54 de la Ley 1564 de 2012, Código General del Proceso recientemente aprobado, dejan expresamente abierta la posibilidad de que cuenten con capacidad para comparecer por sí mismos, en los procesos judiciales, sujetos que carecen de la condición de personas jurídicas. No otra cosa es lo que se desprende de la lectura de los preceptos en mención, cuyo tenor literal es el siguiente:

"Artículo 53. Capacidad para ser parte. Podrán ser parte en un proceso:

- 1. Las personas naturales y jurídicas.*
- 2. Los patrimonios autónomos.*
- 3. El concebido, para la defensa de sus derechos.*
- 4. Los demás que determine la ley.*

Artículo 54. Comparecencia al proceso. Las personas que puedan disponer de sus derechos tienen capacidad para comparecer por sí mismas al proceso. Las demás deberán comparecer por intermedio de sus representantes o debidamente autorizadas por éstos con sujeción a las normas sustanciales".

Como de la simple lectura de las disposiciones en mención fácilmente se desprende, el artículo 53 citado expresamente confiere la capacidad para ser parte en un proceso judicial a los patrimonios autónomos —numeral 2—, instituto jurídico éste que da lugar a la existencia de sujetos de derecho que no cuentan con personalidad jurídica; adicionalmente, la misma disposición, en su numeral 4, deja abierta la posibilidad a que los demás sujetos que determine la ley, con independencia de si gozan, o no, del atributo de la personalidad jurídica, puedan comparecer directamente al proceso.

De otro lado, el aludido artículo 54 de la Ley 1564 de 2012 tiene el mismo tenor literal que el ya citado inciso primero del artículo 44 del Código de Procedimiento Civil, razón por la cual al primero de los segmentos normativos en comento le resultan trasladables, *mutatis mutandi*, las apreciaciones a las cuales se viene de hacer alusión respecto de la necesidad de interpretar el segundo de los apartes normativos referido de manera armónica y sistemática con otras



Radicación No.:

Expediente No.: 19.333

Actor: Consorcio Glonmarex

Demandado: Consejo Superior de la Judicatura –Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y otro.

Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

000050

“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 sólo atañía a la ley, acaso también a la técnica y a la estética, pero que no interfiere con la Constitución”⁴⁵.

Las anteriores consideraciones y directrices fueron reafirmadas por esa misma Corporación, a través de las sentencias proferidas en febrero 28 de 1985⁴⁶ y en mayo 29 de 1990⁴⁷.

A la luz de la normativa procesal que regula, de manera especial, el actuar de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, resulta más claro aun que la exigencia de la personalidad jurídica no constituye requisito indispensable para asumir la calidad de parte dentro de un determinado proceso o para actuar dentro del mismo.

Así se desprende con claridad del contenido del artículo 149 del C.C.A., mediante el cual se determina que “[l]as entidades públicas y privadas que cumplan funciones públicas podrán obrar como demandantes, demandadas o intervinientes en los procesos Contencioso Administrativos (...)”, al tiempo que agrega que “[e]llas podrán incoar todas las acciones previstas en este código si las circunstancias lo ameritan”.

⁴⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala Plena. Sentencia de agosto 23 de 1984. Expediente 1157. M. P. Dr. Manuel Gaona Cruz.

⁴⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala Plena. Sentencia de febrero 28 de 1985. Expediente No. 1251. M.P. Dr. Manuel Gaona Cruz.

⁴⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala Plena. Sentencia de mayo 29 de 1990. Expediente No. 1985. M.P. Dr. Hernando Gómez Otálora.



Radicación No.:

Expediente No.: 19.333

Actor: Consorcio Glonmarex

Demandado: Consejo Superior de la Judicatura –Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y otro.

Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

000051

"Ahora bien, el artículo 149 del C.C.A. invocado por la CVC como sustento de la excepción, consagra en primer lugar la vocación que tienen las entidades públicas para "obrar como demandantes y demandadas o intervinientes en los procesos contencioso - administrativos, por medio de sus representantes"; en segundo término, las autoriza para "incoar todas las acciones previstas en este Código si las circunstancias lo ameritan". A renglón seguido, la misma norma determina con precisión cuáles son los funcionarios a quienes corresponde la representación de la Nación, e incluye dentro de ellos al Contralor General de la República.

"Fluye de lo anterior, que este funcionario puede representar a la Nación ya como demandante, ya como demandada, ya como interviniente; y en relación con lo primero, puede incoar todas las acciones previstas en el C.C.A.; incluida obviamente la de nulidad, "si las circunstancias lo ameritan".

"Respecto a esta última expresión -"si las circunstancias lo ameritan"-, la Sala considera que al haber sido incluida en la ley, el legislador extraordinario quiso introducir un factor de razonabilidad y de adecuado ejercicio de las acciones, de tal forma que el asunto a debatirse en los estrados judiciales tenga algún nexo con las funciones que le ha asignado el ordenamiento jurídico a la entidad que pretende accionar; y es lógico que así sea, dentro de una estructura armónica del Estado y una adecuada distribución de competencias.

"En el caso sub - lite al instaurar la Nación - Contraloría General de la República - la presente acción de nulidad, pretende que desaparezca de la vida jurídica una norma que tiene que ver con la liquidación de las cesantías a los empleados de la C.V.C.; vale decir, que se cuestiona la legalidad de una norma jurídica cuya aplicación tiene incidencia directa en el destino de los recursos de la entidad, cuyo manejo está sometido al control fiscal de la entidad demandante, de donde se concluye que esta "circunstancia" amerita el ejercicio de la acción incoada por el Contralor a nombre de la Nación.

"Por ende, al no haber duda acerca de la procedencia de que la acción pública de nulidad fuera incoada en el sub - júdece por dicha entidad fiscalizadora, en orden a obtener que el acto administrativo acusado desaparezca de la vida jurídica, no comparte la Sala la perspectiva expuesta por la excepcionante en el sentido de que ello corresponda única y exclusivamente al Procurador General de la Nación.

"Por lo expuesto, la aludida excepción propuesta no está llamada a prosperar"⁴⁸.

⁴⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 15 de julio de 1994. Consejero Ponente: Joaquín Barreto Ruiz; Radicación No. 4921. Actor: La Nación – Contraloría General de la República.



Radicación No.:

Expediente No.: 19.333

Actor: Consorcio Glonmarex

Demandado: Consejo Superior de la Judicatura –Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y otro.

Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

000052

(artículo 275 C.P.), determina que al *“Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados y agentes”*, le corresponde *“[i]ntervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales (...) cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público o de los derechos y garantías fundamentales”*.

- ii).- De la misma manera, el último inciso del citado artículo 277 constitucional, determina que *“[p]ara el cumplimiento de sus funciones, la Procuraduría (...) podrá interponer las acciones que considere necesarias”*;
- iii).- El inciso 3º del artículo 87 del C.C.A., al consagrar la acción de controversias contractuales, autoriza al Ministerio Público para que pueda demandar la declaratoria judicial de nulidad absoluta de los contratos estatales⁴⁹;
- iv).- El artículo 127 del C.C.A., dispone que *“[e]l Ministerio Público es parte y podrá intervenir en todos los procesos e incidentes que se adelanten ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo (...)”*⁵⁰.
- v).- El artículo 1742 del Código Civil, faculta al Ministerio Público para demandar la declaratoria judicial de nulidad de cualquier acto o contrato, *“(...) en interés de la moral o de la ley”*.

⁴⁹ Exactamente en el mismo sentido conviene mencionar, a modo puramente ilustrativo, lo preceptuado en el inciso tercero del artículo 141 de la Ley 1437 de 2011, de conformidad con el cual *“[E]l Ministerio Público o un tercero que acredite un interés directo podrán pedir que se declare la nulidad absoluta del contrato”*.

⁵⁰ En similar dirección a la anotada, el artículo 303 de la Ley 1437 de 2011 establece lo siguiente: *“El Ministerio Público está facultado para actuar como demandante o como sujeto procesal especial y podrá intervenir en todos los procesos e incidentes que se adelanten ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo en defensa del orden jurídico, del patrimonio público y de los derechos y garantías fundamentales”*.



Radicación No.:

Expediente No.: 19.333

Actor: Consorcio Glonmarex

Demandado: Consejo Superior de la Judicatura –Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y otro.

Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

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.

De otra parte, se impone hacer referencia a la capacidad que a los consorcios y a las uniones temporales les atribuyó, de manera expresa, el artículo 6 de la Ley 80, con el fin de que puedan celebrar contratos con las entidades estatales, asunto en relación con el cual la Corte Constitucional, en la Sentencia C-414 de 1994⁵¹, sostuvo:

"Se ha discutido en la doctrina sobre la identidad jurídica de las uniones temporales y los consorcios, y a éstos últimos se los suele asimilar a la figura del "joint venture" del derecho americano o al "paternish" de los ingleses, y no pocos al de una sociedad de hecho por las informalidades que rodean su organización jurídica.

*"En nuestro régimen legal, la capacidad es la aptitud que se tiene para ser sujeto de relaciones jurídicas, es decir, para realizar sin el ministerio de otra persona, actos con efectos válidos en la esfera del derecho, y si bien esa habilitación se vincula con la noción de persona, hasta el punto que toda persona, en principio, es capaz, salvo lo que en contrario disponga la ley, **no es requisito necesario ser persona para disponer de capacidad jurídica.***

"Con relativa frecuencia en el derecho tributario se encuentran sujetos que no encuadran con exactitud en la noción de persona, y sin embargo pueden ser responsables de obligaciones tributarias. Es así como la ley eleva a la condición de sujetos pasivos de una obligación tributaria a ciertos "entes" colectivos sin personería jurídica o masas de bienes, como las sucesiones ilíquidas, las sociedades de hecho, la comunidad organizada y los consorcios, entre otros.

"La identificación de los sujetos tributarios, en los casos señalados, surge por razón de los fines de sus actividades, objetivamente consideradas y de la relativa autonomía funcional con que operan. La ausencia de personería,

⁵¹ Corte Constitucional, sentencia C-414 de septiembre 22 de 1994. Magistrado ponente: Antonio Barrera Carbonell.



Radicación No.:

Expediente No.: 19.333

Actor: Consorcio Glonmarex

Demandado: Consejo Superior de la Judicatura –Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y otro.

Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

000054

Y acerca de la capacidad para contratar, la Corte Constitucional⁵² ha sostenido:

"4.3. La capacidad para contratar.

"La capacidad es la aptitud y la posibilidad de intervenir como sujeto activo o pasivo de relaciones jurídicas. Dicha capacidad, comprende tanto el poder para ser titular de derechos y obligaciones e igualmente la facultad de actuación o ejercicio para hacer reales y efectivos dichos derechos. Una especie concreta de aquella la constituye la capacidad para contratar.

"La ley 80 de 1993 reguló tanto la capacidad de los sujetos públicos como la capacidad o competencia de los sujetos privados que intervienen en las relaciones jurídicas a que dan lugar los contratos estatales. En tal virtud, estableció que están habilitadas para celebrar contratos con las entidades estatales las personas incapaces, las cuales, según el régimen de la contratación estatal, son quienes se catalogan como tales conforme a la ley civil o comercial u otros estatutos, e igualmente las que están incursas en causales de inhabilidad o de incompatibilidad.

"Con respecto a la capacidad o competencia de los sujetos públicos, la referida ley señaló cuáles eran las entidades estatales, con personería jurídica, y los organismos o dependencias del Estado a los cuales se autoriza para celebrar contratos, obviamente en este último caso con referencia al respectivo sujeto de imputación jurídica (Nación, Departamento, Municipio, Distrito etc), así como los órganos que tienen la representación para los mismo fines (arts. 2 numeral 1º y 11).

"La competencia y la capacidad de los sujetos públicos y privados para celebrar contratos es una materia propia y de obligada regulación dentro de un estatuto de contratación estatal, porque tales materias atañen a las calidades o atributos específicos que deben tener dichos sujetos, con el fin de que puedan ser titulares y hacer efectivos los derechos y obligaciones que emanan de la relación contractual".

Así pues, la capacidad de contratación que expresamente la Ley 80 otorgó y reconoció a los consorcios y a las uniones temporales, en modo alguno puede entenderse agotada en el campo de las actuaciones que esas organizaciones pueden válidamente desplegar en relación o con ocasión de su actividad

⁵² Corte Constitucional. Sentencia C-178 de abril 29 de 1996. Magistrado ponente: Antonio Barrera Carbonell.



Radicación No.:

Expediente No.: 19.333

Actor: Consorcio Glonmarex

Demandado: Consejo Superior de la Judicatura –Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y otro.

Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas”⁵⁴— erigió en titulares de la acción contractual a las **partes del contrato**, entre las cuales se encuentran, precisamente y por expresa autorización del referido artículo 6 de la Ley 80, los consorcios y las uniones temporales, de lo cual se desprende con claridad que esas organizaciones empresariales, dotadas por ley de capacidad jurídica para actuar como **partes de un contrato estatal**, en su calidad de tales también se encuentran legitimadas para ejercer la correspondiente acción contractual.

Es la misma ley la que contempla y establece –como resulta apenas natural–, que **las partes de un contrato estatal** son las que están suficientemente facultadas para acudir a la vía judicial con el propósito de reclamar o de defender los derechos originados en el respectivo contrato, cuestión que permite señalar que cuando el contrato se celebra con un consorcio o con una unión temporal, se ha de entender que una de las partes está constituida por esta clase de agrupación, sin perjuicio de agregar que en esos eventos sus integrantes, individualmente considerados, también resultarán vinculados al respectivo contrato estatal y, por mandato de la ley, deberán responder en forma solidaria por la integridad de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato.

No sobra señalar que el referido artículo 87 del C.C.A., es una norma procesal, de carácter especial en relación con la materia de los contratos estatales y posterior en el tiempo al citado artículo 44 del C. de P. C.⁵⁵, por manera que aún

⁵⁴ En idéntica dirección, el artículo 141 de la Ley 1437 de 2011 preceptúa lo siguiente: “Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas” (se deja subrayado).

⁵⁵ El Código de Procedimiento Civil fue adoptado mediante los Decretos-leyes 1400 y 2019 del año 1970 y el texto vigente de su artículo 44 corresponde a la modificación que introdujo el Decreto-ley 2282 del año 1989, al paso que el Código Contencioso Administrativo corresponde al Decreto-ley



Radicación No.:

Expediente No.: 19.333

Actor: Consorcio Glonmarex

Demandado: Consejo Superior de la Judicatura –Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y otro.

Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

000056

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 pudiese 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



Radicación No.:

Expediente No.: 19.333

Actor: Consorcio Glonmarex

Demandado: Consejo Superior de la Judicatura –Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y otro.

Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

000057

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.

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*.

También hay lugar a señalar que si con sujeción a las previsiones de los artículos 6, 7 y 70 de la Ley 80, en un contrato estatal celebrado por un consorcio o por una unión temporal a través de su representante, se incorpora una cláusula compromisoria, la misma estará llamada a generar importantes efectos de índole procesal, como aquellos relacionados con la determinación del juez del contrato, por lo cual resultaría incompatible tener a esa cláusula, pactada por el representante del consorcio o de la unión temporal, como fuente de la habilitación y determinación de la competencia de los árbitros pero, a la vez, negarle a esa misma organización empresarial la posibilidad de promover o concurrir al respectivo proceso arbitral por intermedio de su representante.

Para corroborar el sentido y el alcance de la norma legal que le atribuye al representante del consorcio o de la unión temporal la facultad de actuar en nombre de la respectiva agrupación **para todos los efectos**, además de lo dicho importa resaltar que la misma Ley 80, en su apartado 22.4, al regular aspectos



Radicación No.:

Expediente No.: 19.333

Actor: Consorcio Glonmarex

Demandado: Consejo Superior de la Judicatura –Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y otro.

Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

000058

Por si lo anterior no fuese suficiente, se agrega que el efecto útil, como criterio rector de interpretación normativa, impone admitir que los artículos 6 y 7 de la Ley 80 tuvieron el claro y evidente propósito de dotar a los consorcios y a las uniones temporales de la capacidad jurídica necesaria tanto para celebrar contratos estatales como para comparecer en juicio, cuando se debatan asuntos relacionados con los mismos; si ello no fuere así y no produjere tales efectos en el campo procesal, habría que concluir entonces que las disposiciones legales aludidas saldrían sobrando o carecerían de sentido, criterio hermenéutico que llevaría a negarles la totalidad o buena parte de sus efectos.

Ciertamente, si la parte final del aludido artículo 6 de la Ley 80 no produjere el efecto de dotar, a los consorcios y a las uniones temporales, de plena capacidad contractual frente a las entidades estatales, incluyendo la obvia facultad de que esas organizaciones puedan exigir o defender en juicio los derechos de los cuales son titulares y que se derivan de tales contratos, bien podría sostenerse entonces que ese segmento normativo ningún agregado habría aportado al ordenamiento colombiano, comoquiera que con base en las normas civiles y mercantiles cuya regulación incorpora el artículo 13 de la Ley 80 en el estatuto de contratación estatal respecto de los asuntos no reglados de manera especial, las entidades públicas perfectamente habrían podido celebrar contratos con pluralidad de contratistas como contraparte, puesto que al denominado Derecho Privado no resultan ajenas, en modo alguno, las relaciones contractuales en las cuales uno o varios de sus extremos se encuentran integrados por multiplicidad de personas, naturales o jurídicas. (artículos 1568 y sts. C.C., y artículo 825 C. de Co.).

Obviamente en el campo regido de manera exclusiva por las normas de los Códigos Civil o de Comercio, en los cuales las agrupaciones respectivas también carecen de personalidad jurídica, la falta de regulación al respecto determina que



Radicación No.:

Expediente No.: 19.333

Actor: Consorcio Glonmarex

Demandado: Consejo Superior de la Judicatura –Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y otro.

Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

000059

temporal, frente a "(...) todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato (...)" –artículo 7-1– o, en otros términos, "(...) por el cumplimiento total de la propuesta y del objeto contratado (...)" –artículo 7-2–, no tuviere propósitos y efectos especiales, amén de que su consagración expresa se justifica e impone en cuanto la propia ley partió del supuesto de que la oferta es formulada, en cada caso, por el respectivo consorcio o unión temporal y que esa 'agrupación' o 'ente' es la **parte** del contrato –que no los diversos integrantes individualmente considerados–, sencillamente habría podido prescindirse de la norma, puesto que en tal hipótesis y por la incorporación dispuesta en el aludido artículo 13 de la Ley 80, habría que concluir que a los contratos estatales a cuya celebración concurrieren uno o más comerciantes –artículo 22 C. de Co.– bajo la figura de consorcio o de unión temporal, sencillamente resultaría aplicable la presunción de solidaridad pasiva que el estatuto mercantil recoge en su artículo 825.

Razonando de la misma manera habría lugar a sostener entonces que el segmento normativo del citado artículo 7 de la Ley 80, por cuya virtud se regulan la necesidad, las facultades y los efectos de la designación de un representante del consorcio o de la unión temporal, igual estaría sobrando y ningún efecto útil contendría en cuanto se entendiese, simplemente, que dichos apartes estarían limitados a concebir al representante de la agrupación como un representante más o mandatario común de los respectivos integrantes, individualmente considerados, comoquiera que para llegar a ese punto habría bastado con aplicar los preceptos del Derecho Privado que se ocupan de regular la figura de la representación, esto es los aludidos artículos 1505 del Código Civil o los que van del 832 al 844 del Código de Comercio, según el caso, los cuales, bueno es reiterarlo, se encuentran incorporados en lo pertinente al Estatuto de Contratación Estatal, por expreso mandato de su artículo 13.



Radicación No.:

Expediente No.: 19.333

Actor: Consorcio Glonmarex

Demandado: Consejo Superior de la Judicatura –Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y otro.

Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

000067

87 C.C.A.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.

➤ *La noción de legitimación en la causa en la jurisprudencia del Consejo de Estado.*

Sea lo primero advertir, en relación con la naturaleza jurídica de la noción de legitimación en la causa, que ésta —o, más exactamente, la ausencia de la misma—, en los procesos ordinarios y según lo ha señalado la Sección Tercera, no es constitutiva de excepción de fondo sino que se trata de un presupuesto necesario para proferir sentencia de mérito favorable ora a las pretensiones del demandante, bien a las excepciones propuestas por el demandado.

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.



Radicación No.:

Expediente No.: 19.333

Actor: Consorcio Glonmarex

Demandado: Consejo Superior de la Judicatura –Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y otro.

Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

000061

La legitimación material en la causa activa y pasiva, es una condición anterior y necesaria, entre otras, para dictar sentencia de mérito favorable, al demandante o al demandado» (negritas en el texto original, subrayas fuera de él)⁶¹.

Lo anterior lleva a concluir que en un sujeto procesal que se encuentra legitimado de hecho en la causa no necesariamente concurrirá, al mismo tiempo, legitimación material, pues ésta solamente es predicable respecto de quienes participaron realmente en los hechos que han dado lugar a la instauración de la demanda. En consecuencia, el análisis sobre la legitimación material en la causa se contrae a dilucidar si existe, o no, relación real de la parte demandada o de la demandante con la pretensión que ésta formula o la defensa que aquélla propone, pues la existencia de tal relación constituye condición anterior y necesaria para dictar sentencia de mérito favorable a una o a otra⁶². De manera ilustrativa, así lo ha explicado la Sección Tercera:

«La legitimación ad causam material alude a la participación real de las personas, por regla general, en el hecho origen de la formulación de la demanda, independientemente de que haya demandado o no, o de que haya sido demandado o no. Ejemplo:

- A, Administración, lesiona a B. A y B, están legitimados materialmente; pero si

- A demanda a C, sólo estará legitimado materialmente A; además si D demanda a B, sólo estará legitimado materialmente B, lesionado. Si D demanda a C, ninguno está legitimado materialmente.

⁶¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del veinte (20) de septiembre de dos mil uno (2001); Consejera ponente: María Elena Giraldo Gómez; Radicación: 10973.

⁶² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de diecisiete (17) de junio de dos mil cuatro (2004); Consejera ponente: María Elena Giraldo Gómez; Radicación número: 76001-23-31-000-1993-0090-01(14452).



Radicación No.:

Expediente No.: 19.333

Actor: Consorcio Glonmarex

Demandado: Consejo Superior de la Judicatura –Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y otro.

Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

procedimientos de selección contractual, de ninguna manera debe considerarse como una cortapisa para que los integrantes de los respectivos consorcios o uniones temporales, individualmente considerados –sean personas naturales o jurídicas– puedan comparecer al proceso –en condición de demandante(s) o de demandado(s)–.

Ciertamente, la modificación de la Jurisprudencia que aquí se lleva a cabo apunta únicamente a dejar de lado aquella tesis jurisprudencial en cuya virtud se consideraba, hasta este momento, que en cuanto los consorcios y las uniones temporales carecen de personalidad jurídica propia e independiente, no les resultaba dable comparecer a los procesos judiciales porque esa condición estaba reservada de manera exclusiva a las personas –ora naturales, ora jurídicas–, por lo cual se concluía que en los correspondientes procesos judiciales únicamente podían ocupar alguno de sus extremos los integrantes de tales organizaciones empresariales.

En consecuencia, a partir del presente proveído se concluye que tanto los consorcios como las uniones temporales sí se encuentran legalmente facultados para concurrir, por conducto de su representante, a los procesos judiciales que pudieren tener origen en controversias surgidas del procedimiento administrativo de selección de contratistas o de la celebración y ejecución de los contratos estatales en relación con los cuales tengan algún interés, cuestión que de ninguna manera excluye la opción, que naturalmente continúa vigente, de que los integrantes de tales consorcios o uniones temporales también puedan, si así lo deciden y siempre que para ello satisfagan los requisitos y presupuestos exigidos en las normas vigentes para el efecto, comparecer a los procesos judiciales –bien como demandantes, bien como demandados, bien como terceros legitimados o incluso en la condición de litisconsortes, facultativos o necesarios, según corresponda–, opción que de ser ejercida deberá consultar, como resulta apenas



Radicación No.:

Expediente No.: 19.333

Actor: Consorcio Glonmarex

Demandado: Consejo Superior de la Judicatura –Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y otro.

Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

representado en juicio como si de un sujeto de derecho se tratase; por su parte, la Delegada del Ministerio Público ante esta Corporación, en el concepto rendido dentro del presente proceso, consideró que en el mismo se encuentra configurada la causal de nulidad prevista en el artículo 140-7 del Estatuto Procedimental Civil, habida cuenta de que una de las sociedades consorciadas —MARNHOS S.A. en C.V.— está indebidamente representada si se tiene en cuenta que no constituyó válidamente un apoderado que agenciara sus derechos e intereses dentro de este encuadernamiento, razón por la cual estima —la Vista Fiscal, se reitera— que la referida nulidad debe ser declarada o bien se debe convocar al proceso a la firma en mención con el propósito de que manifieste si da por convalidado, o no, el anotado defecto procedimental.

Sin embargo, debe apartarse la Sala tanto de la postura asumida por el Tribunal Administrativo *a quo* en la sentencia recurrida, como de la tesis sostenida por el Ministerio Público pues, como con absoluta claridad se desprende de los planteamientos que se dejaron expuestos en este mismo fallo en relación con la capacidad jurídica de los Consorcios, el hecho de que la demanda haya sido presentada por una de tales modalidades asociativas que la Ley autoriza para operar en el tráfico jurídico con el propósito de facilitar la presentación de propuestas conjuntas en procedimientos administrativos de selección de contratistas, aún cuando la propia ley no reconozca personalidad jurídica al correspondiente colectivo, sí le atribuye la posibilidad de ser representado ante la propia Administración tanto para efectos de llevar a cabo la eventual suscripción y ejecución del respectivo contrato, como, en general, para intervenir ante ella en la fase precontractual, contractual y post contractual, pero también comprende la facultad de que sus intereses sean agenciados en sede jurisdiccional en todo lo relacionado con los litigios derivados de las referidas etapas previa, de ejecución y/o de liquidación del contrato estatal.



Radicación No.:

Expediente No.: 19.333

Actor: Consorcio Glonmarex

Demandado: Consejo Superior de la Judicatura –Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y otro.

Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

000064

designado al ingeniero JESÚS ERNESTO SALDARRIAGA ESCOBAR (...) como representante del consorcio y lo han facultado para firmar el contrato y tomar las determinaciones que fueren necesarias y comprometer a los miembros del Consorcio, dentro del proceso licitatorio No. 25/96 al respecto, como entre otras para presentar la oferta, celebrar o firmar el contrato y la ejecución de la obra, interponer los recursos, participar en la audiencia, **constituir apoderado y en general para representar los intereses de los consorciados...**

(...)

(FIRMAS)

FELIPE BORRERO RIVERA
CONSTRUCTORA NORMANDIA S.A.

JESUS ERNESTO SALDARRIAGA
CONSTRUCTORA GLOBAL S.A.

JESUS ERNESTO SALDARRIAGA
CONSTRUCTORA MARHNOS S.A. de C.V.

FRANCISCO VIEIRA PARDO
CONSTRUCTORA EXPERTA S.A." (fls. 469-470, c. 4)⁶⁵.

b. Copia auténtica del documento intitulado "Acta No. 01 CONSORCIO GLONMAREX", en el cual consta la siguiente información:

"En Santafé de Bogotá, siendo las 9:00 horas del día 3 de abril de mil novecientos noventa y siete (1997) se reunieron en las instalaciones de la EMPRESA CONSTRUCTORA GLOBAL S.A., los representantes de las siguientes firmas que conforman el CONSORCIO GLONMAREX, así: FELIPE BORRERO RIVERA, representante legal CONSTRUCTORA NORMANDIA, JESUS ERNESTO SALDARRIAGA ESCOBAR, representante legal CONSTRUCTORA GLOBAL S.A., FRANCISCO JAVIER VIEIRA PARDO, representante legal CONSTRUCTORA EXPERTA S.A. y nuevamente JESUS ERNESTO SALDARRIAGA ESCOBAR en su calidad de representante legal de CONSTRUCTORA MARHNOS S.A. de C.V. con el fin de decidir los siguientes asuntos:

1. Viabilidad, demanda, adjudicación licitación 25 de 1996.

⁶⁵ El documento en mención se encuentra en condiciones de ser valorado habida cuenta de que forma parte de la documentación relacionada con Licitación Pública No. 25 de 1996, arrimada al plenario por el Consejo Superior de la Judicatura, según consta en la comunicación de fecha 10 de agosto de 1999 suscrita por la Directora Ejecutiva de Administración Judicial y dirigida al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, obrante a folio 1 del cuaderno número 4.



Radicación No.:

Expediente No.: 19.333

Actor: Consorcio Glonmarex

Demandado: Consejo Superior de la Judicatura –Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y otro.

Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

000065

—por su participación y/o conexión con el entramado fáctico y jurídico del caso— a formular los pedimentos que se incluyen en la demanda o a resistir a los mismos en desarrollo de la correspondiente estrategia de defensa.

Así las cosas, claro como se encuentra que si bien es verdad que el Consorcio GLONMAREX carece de personalidad jurídica, también es cierto que dispone de capacidad jurídica para ser representado procesalmente y que era el mencionado Consorcio —y no las personas jurídicas que lo integran—, el llamado a fungir como parte del contrato estatal a cuya adjudicación aspiraba al participar en la Licitación Pública No. 25 de 1996 convocada por el Consejo Superior de la Judicatura —en caso de haberle sido adjudicado el contrato en mención, por supuesto—, no queda duda alguna en el sentido de que el Consorcio accionante sí cuenta con legitimación en la causa en el presente litigio, tanto legitimación de hecho —por tratarse de quien formuló la demanda, a través de apoderado judicial— como —y ello lo más importante— legitimación material, por ser la modalidad asociativa que intervino en el procedimiento administrativo de licitación en cuestión y aquél en quien deben recaer los efectos de la decisión que mediante el presente proveído se adopte.

Lo expuesto pone de presente que el Tribunal Administrativo de primera instancia incurrió en un doble yerro pues, de un lado, confundió los alcances de la noción de legitimación en la causa y del concepto de capacidad para ser parte, yerro que lo condujo a declarar demostrada la ausencia de la primera —lo cual, en relación con la parte actora aparece como manifiestamente desacertado, pues el Consorcio en cuestión sí está material y fácticamente relacionado con los hechos del caso— cuando, en realidad, su argumentación se encaminó a sustentar por qué entendió que se echaba en falta la segunda. Y, de otra parte, el fallo apelado no tuvo en cuenta que, por todas las razones que aquí se dejaron expuestas, el Consorcio GLONMAREX sí goza de capacidad para ser parte en este litigio, pues fue también



Radicación No.:

Expediente No.: 19.333

Actor: Consorcio Glonmarex

Demandado: Consejo Superior de la Judicatura –Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y otro.

Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

000066

5.- Análisis de fondo respecto de la legalidad del acto administrativo demandado en consideración a los cargos contra él formulados por la parte actora. Vocación de prosperidad de las pretensiones de la demanda.

5.1.- El caudal probatorio obrante en el expediente.

A continuación se relaciona el material probatorio acopiado en el expediente, al cual resulta necesario hacer alusión con el propósito de dirimir de fondo el presente litigio; vale la pena reseñar que todos los documentos que se relacionan enseguida se encuentran en condiciones de ser valorados por la Sala, en la medida en que fueron aportados bien en original, ora en copia auténtica o corresponden a la documentación relacionada con la varias veces mencionada Licitación Pública No. 25 de 1996 que fue arrimada al plenario por el Consejo Superior de la Judicatura⁶⁶, dando cumplimiento a lo ordenado en el auto admisorio de la demanda, proferido el 22 de mayo de 1997, providencia en cuyo numeral quinto se ordenó solicitar al Consejo Superior de la Judicatura *"el envío de los antecedentes administrativos relacionados con la Resolución No. 3498 del 29 de diciembre de 1996, dentro del término de veinte (20) días, conforme lo establece el numeral 6º del artículo 207 del C.C.A."*:

a. Pliego de condiciones de la Licitación Pública No. 25 de 1996, convocada por el Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, cuyo objeto, de acuerdo con lo previsto en el apartado 1.1 del mencionado acto administrativo, fue el siguiente:

"LA DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL desea contratar en nombre de la NACION-CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, la Construcción de la estructura de los Bloques A, B, C, E y los

⁶⁶ Según consta en la comunicación de fecha 10 de agosto de 1999 suscrita por la Directora Ejecutiva de Administración Judicial y dirigida al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, obrante a folio 1 del cuaderno número 4.



Radicación No.:

Expediente No.: 19.333

Actor: Consorcio Glonmarex

Demandado: Consejo Superior de la Judicatura –Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y otro.

Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

000067

Información certificada sobre experiencia de los profesionales que proyecta emplear en la elaboración de los estudios y las obras, anexando además hoja de vida y fotocopia de la respectiva tarjeta profesional.

La experiencia de los profesionales se considerará a partir de la fecha de su matrícula profesional.

Para acreditar los cursos de post-grado, actualización u otra carrera superior, deberá anexarse copia de la respectiva certificación o título de los estudios realizados.

El proponente establecerá el número de personas a utilizar en el desarrollo de las obras de acuerdo con el enfoque y organización de las mismas, el cual estará sujeto a la revisión y aprobación de la Unidad de Recursos Físicos e Inmuebles del Consejo Superior de la Judicatura y del Interventor ...

(...)

B. EVALUACION TÉCNICA.

Consiste en el estudio realizado por la Unidad de Recursos Físicos e Inmuebles del Consejo Superior de la Judicatura, de acuerdo al siguiente esquema:

La calificación de las propuestas técnicas tendrá un puntaje máximo total de 1.000 puntos. Este puntaje se distribuirá entre los siguientes aspectos:

1. Enfoque general de la Administración Delegada y la Metodología propuesta para la ejecución de los trabajos de acuerdo con los Pliegos de la Licitación.	(Máximo Puntos)
	200
2. Organización técnica y administrativa que se dará a los trabajos.	100
3. Cronogramas de ejecución de los estudios y trabajos en función del plazo, personal y equipo.	100
4. Información sobre experiencia general del proponente.	200
5. Información sobre participación del proponente en trabajos similares a los que hacen parte del objeto de esta licitación.	250
6. Información sobre experiencia de los profesionales que proyecta emplear para desarrollar los estudios y la construcción de las obras.	250
Total	1.000

(...)

B.1 CALIFICACIONES EN DETALLE.

(...)



Radicación No.:

Expediente No.: 19.333

Actor: Consorcio Glonmarex

Demandado: Consejo Superior de la Judicatura –Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y otro.

Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

000063

b. Documento intitulado "Adendo No. 2 Licitación Pública No. 25 de 1996", en el cual consta la siguiente información:

"El numeral 3.2 **EVALUACION DE LAS PROPUESTAS**, literal B 1 **CALIFICACION EN DETALLE PUNTO 4 INFORMACION SOBRE EXPERIENCIA GENERAL DEL PROPONENTE**, quedará así:

4. INFORMACIÓN SOBRE EXPERIENCIA GENERAL DEL PROPONENTE (200)

-Certificados cuya sumatoria en valor sea mayor a \$45.000 millones de pesos	200
- Certificados cuya sumatoria en valor se encuentre entre \$45.000 y \$42.500 millones de pesos.	175
- Certificados cuya sumatoria en valor se encuentre entre \$42.500 y \$40.000 millones de pesos.	150
- Certificados cuya sumatoria en valor se encuentre entre \$40.000 y \$37.500 millones de pesos.	125
- Certificados cuya sumatoria en valor se encuentre entre \$37.500 y \$35.000 millones de pesos.	100
- Certificados cuya sumatoria en valor se encuentre entre \$35.000 y \$32.500 millones de pesos.	75
- Certificados cuya sumatoria en valor se encuentre entre \$32.500 y \$30.000 millones de pesos.	50
- Certificados cuya sumatoria en valor se encuentre entre \$30.000 y \$27.500 millones de pesos.	25
- Certificados cuya sumatoria en valor se encuentre entre \$27.500 y \$25.000 millones de pesos.	15
- Certificados cuya sumatoria en valor se encuentre entre \$25.000 y \$22.500 millones de pesos.	10
- Certificados cuya sumatoria en valor sea menor a \$22.500 millones de pesos.	0

" (se ha subrayado; fls. 82-83, c. 4).

c. Acta de apertura de las Licitaciones números 15, 18, 24 y 25 de 1996 del Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, de fecha 18 de noviembre de 1996 (fls. 87-91, c. 4).



Radicación No.:

Expediente No.: 19.333

Actor: Consorcio Glonmarex

Demandado: Consejo Superior de la Judicatura –Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y otro.

Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

000009

SAIDECO S.A.	
4. CONSORCIO GARPER CONSTRUCCIONES LTDA. EQUIPO UNIVERSAL Y CIA LTDA. - MARIO GERMAN GARCIA GARCIA	933
5. CONCONCRETO S.A.	920
6. BELTRAN PINZON Y CIA S.A. CONSTRUCCIONES	865
7. CURE MEJIA ARQUITECTOS LTDA., CONSTRUCTORA A&C S.A.	853
8. GERMAN OTALORA Y CIA LTDA. - GAYCO S.A. - R. CHAMIE INGENIEROS LTDA.	835
9. UNION TEMPORAL A.V. INGENIEROS LTDA. Y ALVARO VALDES	790
10. ASOCIACION DE VIVIENDA POPULAR SIMON BOLIVAR	745
11. CONSTRUCTODO S.A.	400

EVALUACION TECNICA DE LAS PROPUESTAS

CONSTRUCTORA NORMANDIA S.A. - CONSTRUCTORA GLOBAL S.A. - CONSTRUCTORA MARHNOS S.A. DE C.V.- CONSTRUCTORA EXPERTA S.A.

Enfoque general y metodología propuesta.....	100
Organización técnica y administrativa que se dará a los trabajos.....	100
Cronogramas.....	100
Experiencia general del proponente.....	200
Participación en trabajos similares.....	250
Experiencia de los profesionales.....	225
Total de los puntajes.....	975"
(fs. 520-601, c. 4).	

f. Acta de la audiencia de adjudicación de la Licitación Pública No. 25 de 1996, celebrada el día 27 de diciembre de 1996, en la cual puede leerse cuanto se transcribe a continuación:

"Siendo las 2:00 P.M. del día 29 de diciembre de 1996, la señora Directora Ejecutiva de Administración Judicial presenta un saludo a los asistentes y concede el uso de la palabra al doctor Ricardo Abdalá Ricaurte, para que de lectura a las observaciones presentadas y las respuestas de la entidad a las mismas.

El señor Roberto Muñoz Roa, representante Legal de la firma ALFREDO MUÑOZ Y CIA LTDA., presenta mediante escrito del 19 de diciembre de 1996, las siguientes observaciones:

(...)



Radicación No.:

Expediente No.: 19.333

Actor: Consorcio Glonmarex

Demandado: Consejo Superior de la Judicatura –Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y otro.

Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

000079

Constructora Normandía S.A.
 Constructora Global S.A.
 Constructora Marhnos

No presentó certificación de obra
 No presentó certificación de obra
 No son válidos por no estar
 acreditados ante el Ministerio de
 Relaciones Exteriores ni el Con-
 sulado de Colombia en México.
 Presenta un solo certificado de
 acuerdo a los pliegos de licita-
 ción para la obra de Puerto Co-
 mercial Panamá, no califica.

Constructora Experta S.A.

Puntaje para participar en trabajos similares 0.0.

Debido a lo anterior deben ser descontados 250 puntos del puntaje de esta oferta.

Revisada la documentación presentada por las otras firmas integrantes del consorcio, se constató que acreditan experiencia tanto general como similar de acuerdo con lo establecido en el pliego de condiciones y en la audiencia de aclaraciones. Se acepta la observación y se recalifica de la siguiente manera:

La experiencia general del proponente se encuentra en el rango de 30.000 y 32.500 millones, en consecuencia se recalifica este ítem con 50 puntos.

La participación en trabajos similares del proponente es superior a los 90.000 mt2, por consiguiente no se acepta la observación.

(...)

j. El señor Carlos A. Polanía C., Representante Legal del Consorcio Normandía S.A. Construcciones Global S.A. - Constructora Marhnos S.A. - Constructora Experta, presentó mediante escrito del 3 de diciembre de 1996, las siguientes observaciones:

1. CALIFICACION DE LA EXPERIENCIA DE PROFESIONALES

Revisada la calificación de la experiencia de los profesionales que se proyecta emplear para el desarrollo de los trabajos de nuestro equipo profesional, encontramos varios aspectos que en nuestro criterio merecen ser revaluados.

1.1 Experiencia profesional en la construcción de edificios (residente de obra).

La calificación de 10 puntos sobre el máximo posible de 30 no refleja la experiencia superior a siete años de cada uno de los tres profesionales asignados, Ing. Carlos Polanía (residente de estructura), Arq. Ricardo Laserna



Radicación No.:

Expediente No.: 19.333

Actor: Consorcio Glonmarex

Demandado: Consejo Superior de la Judicatura –Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y otro.

Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

000071

El señor Alfredo Muñoz manifiesta al respecto de la observación plasmada por el Consorcio Normandía, que se debe aplicar el principio constitucional: "la ignorancia de la ley no sirve de excusa", agrega que, la sentencia citada, es clara al exigir el requisito para las actividades de carácter permanente, como lo es la construcción.

(...)

Presentadas las anteriores observaciones, la señora Directora Ejecutiva de Administración Judicial declara un receso de media hora, para estudiarlas.

Siendo las 9:20 P.M., se reanuda la audiencia y se da lectura a la contestación de las observaciones presentadas.

I. A la objeción del Consorcio Constructora Normandía - Constructora Experta - Constructora Global y Marhnos S.A. de C.V., respecto de la autenticación de los documentos expedidos en el exterior, se aclara que de acuerdo con lo establecido en el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, lo no regulado por ésta, se regirá por lo establecido en las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en la misma (Ley 80 de 1993).

El mismo Estatuto en su artículo 22, numeral 4º, inciso final, establece: "Los documentos otorgados en el exterior deberán presentarse legalizados en la forma prevista en las normas vigentes sobre la materia".

El artículo 480 del Código de Comercio determina que "los documentos otorgados en el exterior se autenticarán por los funcionarios competentes para ello en el respectivo país y la firma de tales funcionarios lo será a su vez por el cónsul colombiano o, a falta de éste, por el de una nación amiga, sin perjuicio de lo establecido en convenios internacionales sobre el régimen de los poderes".

El Consejo de Estado, Sección Cuarta, en sentencia de mayo 17 de 1993 Magistrado Ponente, doctor Delio Gómez Leyva, determinó que la exigencia del artículo 480 del Código de Comercio "Se aplica tanto a las sociedades que van a incorporarse al país, como a las que no requieran cumplir tal requisito, por no desarrollar negocios de carácter permanente".

En cuanto a la inquietud relativa a que si la falta fue detectada, podía haber sido subsanada solicitándole al Consorcio que allegara los documentos. No es viable este trámite por cuanto el artículo 30, numeral 7º de la ley 80 de 1993, lo único que permite a la entidad es "Solicitar a los proponentes las aclaraciones y explicaciones que se estimen indispensables".

Teniendo en cuenta lo anterior, no era procedente solicitar a la firma que allegara, posteriormente legalizados los documentos, porque se estaría



Radicación No.:

Expediente No.: 19.333

Actor: Consorcio Glonmarex

Demandado: Consejo Superior de la Judicatura –Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y otro.

Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

000072

S.R.C.-SAIDECO, la construcción de la estructura Bloques A, B, C, E y los acabados de los bloques A, B, C, D y E de los Tribunales El Salitre en Santafé de Bogotá, por el sistema de Administración Delegada y la cual hace parte de la presente acta.

No siendo otro el motivo de la presente audiencia se da por concluida, se levanta el acta correspondiente y se firma por quienes en ella intervinieron" (negrillas en el texto original, subrayas fuera de él; fls. 602-687, c. 4).

g. Resolución No. 3498 del 29 de diciembre de 1996, proferida por la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, mediante la cual se adjudicó la Licitación Pública No. 25 de 1996 al Consorcio Sáenz – Ruíz – Cadena Ingenieros Civiles Ltda.–SADEICO S.A., denominado Consorcio S.R.C-SADEICO, para la construcción de la estructura de los Bloques A, B, C, E y los acabados de los Bloques A, B, C, D y E de los Tribunales El Salitre en Santafé de Bogotá por el sistema de administración delegada (fls. 690-691, c.4).

h. Contrato de obra No. 154 de diciembre 29 de 1996, suscrito entre el Consorcio S.R.C-SADEICO y el Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, cuyo objeto —cláusula primera— fue el de ejecutar y entregar a la Nación-Consejo Superior de la Judicatura, por el sistema administración delegada, la construcción de los bloques A, B, C, E y los acabados de los bloques A, B, C, D y E de los Tribunales El Salitre en la ciudad de Bogotá (fls. 698-714, c. 4).

5.2.- Parámetros que la jurisprudencia de esta Corporación ha delineado con el propósito de definir si debe accederse, o no, a las pretensiones de quien reclama la reparación del daño que entiende le ha sido irrogado por el acto administrativo mediante el cual se adjudica un contrato estatal.

Esta Corporación ha precisado que se requieren dos condiciones para que salga adelante la pretensión de declaratoria de nulidad y restablecimiento del derecho respecto del acto de adjudicación de un contrato estatal: i) que se pruebe



Radicación No.:

Expediente No.: 19.333

Actor: Consorcio Glonmarex

Demandado: Consejo Superior de la Judicatura –Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y otro.

Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

formulados contra el acto administrativo acusado, sino también, estaba en el deber de demostrar, que su propuesta se ajustaba en un todo a los requisitos establecidos en el pliego de condiciones; que era la mejor en sus aspectos técnicos y financieros y que era las más (sic) conveniente para el interés público, circunstancias que reunidas, lo harían acreedor al derecho de ser el adjudicatario de la Licitación Pública Internacional No. 001 de 1993 y por lo tanto a la indemnización⁶⁹.

Así las cosas, como lo ha precisado esta Sala en los pronunciamientos referidos, correspondía a la parte actora en el presente litigio probar tanto los cargos de ilegalidad que formuló en contra del acto administrativo acusado, como también que su propuesta se ajustaba en un todo a los requisitos establecidos en el pliego de condiciones y que resultaba la mejor en la evaluación de los aspectos jurídicos, técnicos y financieros, de conformidad con lo previsto en el correspondiente pliego de condiciones, circunstancia que la haría acreedora al derecho de ser la adjudicataria del contrato y, por tanto, a la respectiva indemnización de los perjuicios que le hubieran sido ocasionados con la expedición del acto administrativo que no le adjudicó el negocio jurídico, a pesar de haberse acreditado que había formulado la oferta más conveniente para la entidad estatal contratante y, consiguientemente, para el interés general.

5.3 Examen de la legalidad de la Resolución No. 3498 del 29 de diciembre de 1996, expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, de conformidad con los cargos planteados en la demanda.

Tal y como se refirió en el acápite de antecedentes del presente pronunciamiento, el demandante planteó en el libelo introductor del proceso que el acto administrativo de adjudicación demandado resultaría contrario a Derecho comoquiera que la propuesta del Consorcio GLONMAREX fue calificada en noveno lugar, con un puntaje de apenas 830 puntos, cuando la cabal aplicación de los criterios consignados en el pliego de condiciones debió conducir a que dicha

⁶⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de enero de 2009; Consejera Ponente: Myriam Guerrero de Escobar; Radicación: 13.206.



Radicación No.:

Expediente No.: 19.333

Actor: Consorcio Glonmarex

Demandado: Consejo Superior de la Judicatura –Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y otro.

Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

000074

hubiere sido asignado el máximo puntaje posible, de acuerdo con los pliegos, por cuanto respecta a este rubro (200 puntos), luego la entidad estatal contratante habría ocultado las verdaderas razones que la condujeron a no adjudicar el contrato al Consorcio GLONMAREX sino a un oferente distinto;

(iii) Que la Administración también habría errado al no asignar a la propuesta del Consorcio accionante el máximo puntaje previsto en el pliego para el ítem relativo a la "información experiencia profesionales" –250 puntos–, pues la documentación aportada con la propuesta a este respecto habría acreditado, de manera incuestionable, que la experiencia demostrada por el personal propuesto por el Consorcio GLONMAREX resultaba suficiente para que la oferta de este último igualmente obtuviera la calificación más alta por el anotado concepto.

A continuación abordará la Sala el examen de cada uno de los tres aludidos argumentos en los cuales soporta la parte actora los pedimentos que eleva en el escrito contentivo de su demanda.

Por cuanto respecta a la pretendidamente irregular determinación adoptada por la entidad demandada en el sentido de no reconocer valor probatorio alguno, dentro del procedimiento de licitación de marras, a la documentación que la sociedad mexicana MARHNOS S.A. de C.V., presentó junto con la propuesta del Consorcio GLONMAREX para acreditar su experiencia tanto general como similar a la de la obra a contratar, encuentra la Sala que el argumento expuesto por el Consejo Superior de la Judicatura durante la audiencia de adjudicación –las motivaciones planteadas dentro de la cual, según lo ha entendido la jurisprudencia de esta Sala, han de entenderse incorporadas en la parte motiva del acto de adjudicación⁷⁰–, esto es que los documentos respectivos no podían ser valorados

⁷⁰ La Sala ha considerado que la motivación del acto de adjudicación no implica que en su texto deban encontrarse consignadas todas y cada una de las razones que determinaron su expedición,



Radicación No.:

Expediente No.: 19.333

Actor: Consorcio Glonmarex

Demandado: Consejo Superior de la Judicatura –Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y otro.

Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

000075

Tal disposición legal prohíbe a la Administración el rechazo de las ofertas cuando los proponentes omitan allegar documentos exigidos en los pliegos de condiciones o bases de contratación, si tales requisitos no resultan esenciales para hacer la comparación de las referidas propuestas; en otras palabras, las entidades estatales contratantes se encuentran en el deber legal de considerar las ofertas presentadas así adviertan la ausencia de algún elemento diferente de aquellos que resultan necesarios para llevar a cabo la anotada contrastación entre propuestas, sin que esto signifique que el respectivo participante en el procedimiento administrativo de selección contractual se halle exonerado de cumplir con la totalidad de los requisitos y con la aportación de la integridad de los documentos previstos en el pliego de condiciones. Téngase en cuenta, además, que la entidad estatal contratante puede rechazar o descalificar los ofrecimientos que le son formulados, con fundamento en causales previstas tanto en la Constitución Política como en la ley, hipótesis bajo la cual debe limitarse a dar por comprobado el hecho que justifica la exclusión y así lo debe declarar con apoyo en las correspondientes normas constitucionales o legales.

Lo anterior a pesar de que para esta Sala resulta incuestionable que las entidades estatales contratantes **no** cuentan con facultades para establecer, consagrar o crear prohibiciones como inhabilidades o incompatibilidades no previstas en la Constitución Política o en la ley para impedir la participación de interesados que desean o deciden intervenir en los correspondientes procedimientos administrativos de selección o causales de exclusión o de rechazo de las ofertas respectivas que tampoco correspondan a previsiones previamente consagradas en normas de jerarquía superior a la de los pliegos de condiciones.

De ahí que las entidades estatales contratantes deban ser extremadamente cuidadosas y transparentes al exigir a los oferentes el cumplimiento de requisitos razonables y proporcionales cuya inobservancia, a la vez, determina que tales



Radicación No.:

Expediente No.: 19.333

Actor: Consorcio Glonmarex

Demandado: Consejo Superior de la Judicatura –Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y otro.

Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

000076

En ese orden de ideas debe tenerse en cuenta, por una parte, que el artículo 480 del Código de Comercio, cuya aplicación en materia de contratación estatal se abre paso por la vía de lo normado en el inciso primero del artículo 13 de la Ley 80 de 1993⁷³, con toda claridad preceptúa, a propósito del régimen jurídico aplicable a las sociedades extranjeras, que para que los documentos otorgados en el extranjero cuenten con eficacia probatoria en Colombia, deben ser aportados, ante la instancia que corresponda, previa satisfacción de las exigencias previstas en la disposición aludida, a saber:

"Artículo 480. Los documentos otorgados en el exterior se autenticarán por los funcionarios competentes para ello en el respectivo país, y la firma de tales funcionarios lo será a su vez por el cónsul colombiano o, a falta de éste, por el de una nación amiga, sin perjuicio de los establecido en convenios internacionales sobre el régimen de los poderes.

Al autenticar los documentos a que se refiere este artículo los cónsules harán constar que existe la sociedad y ejerce su objeto conforme a las reglas del respectivo país".

Nótese que la disposición transcrita exige a quien pretenda obtener que un documento de cualquier índole –público o privado– tenga efectos probatorios en territorio colombiano, observar unos presupuestos que no constituyen meros formalismos, sino que se trata del procedimiento que el Legislador ha consagrado para que una pieza documental que no ha sido producida u otorgada en Colombia, pueda ser valorada en este país con un mínimo de garantías para la seguridad jurídica y para los derechos e intereses de los intervinientes en el tráfico jurídico; se trata, por lo demás, de una norma que impacta el régimen de valoración de los medios de prueba, que mal podría ser desconocida en las actuaciones administrativas de naturaleza contractual, pues con ello los funcionarios

⁷³ Precepto de conformidad con el cual, como es sabido, "los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley".



Radicación No.:

Expediente No.: 19.333

Actor: Consorcio Glonmarex

Demandado: Consejo Superior de la Judicatura –Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y otro.

Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

000077

un documento público otorgado en el extranjero cuente con mérito demostrativo en territorio colombiano, dispone lo siguiente:

"Los documentos públicos otorgados en país extranjero por funcionario de éste o con su intervención, deberán presentarse debidamente autenticados por el Cónsul o agente diplomático de la República, y en su defecto por el de una nación amiga, lo cual hace presumir que se otorgaron conforme a la ley del respectivo país. La firma del cónsul o agente diplomático se abonará por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, y si se trata de agentes consulares de un país amigo, se autenticará previamente por el funcionario competente del mismo y los de éste por el cónsul colombiano".

Naturalmente, lo hasta aquí expuesto en relación con la exigencia de legalización de los documentos otorgados en el extranjero para que cuenten con eficacia probatoria en Colombia, debe complementarse con lo previsto en la Convención sobre la abolición del requisito de legalización para documentos públicos extranjeros, suscrita en La Haya el 5 de octubre de 1961 e incorporada en el ordenamiento jurídico colombiano mediante la Ley 455 de 1998, en cuanto en dicho instrumento internacional se prevé la posibilidad de sustituir el descrito procedimiento de legalización por el de apostille del documento respectivo, por manera que éste, si ha sido otorgado en un Estado parte de la aludida Convención, debe ser aportado con la respectiva apostilla, mientras que si tiene origen en un Estado que no haya ratificado el Tratado Internacional en comento, ha de venir debidamente legalizado según lo prevén las normas a las cuales se ha hecho referencia.

Con base en lo anterior, como ya se dijo, entiende la Sala que acertó el Consejo Superior de la Judicatura al no reconocer eficacia demostrativa a los documentos aportados por la sociedad mexicana MARHNOS S.A. de C.V., junto con la propuesta que formuló el Consorcio GLONMAREX dentro de la Licitación Pública No. 25 de 1996, comoquiera que tales documentos fueron otorgados en el



Radicación No.:

Expediente No.: 19.333

Actor: Consorcio Glonmarex

Demandado: Consejo Superior de la Judicatura –Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y otro.

Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

a. De acuerdo con lo exigido en el punto 2.2 del pliego de condiciones, apartado j.1) –fl. 44, c. 4–, la experiencia general del proponente debía ser acreditada *"mediante el anexo de fotocopia de certificaciones expedidas por las entidades del Estado y particulares, de los trabajos ejecutados por el proponente, las cuales deben indicar como mínimo el objeto del trabajo realizado, valor y período de ejecución"*; tras modificar la calificación que inicialmente había asignado el Comité Técnico Evaluador a este ítem –200 puntos, la máxima prevista para el mismo en el pliego de la licitación– en la audiencia de adjudicación, luego de restar la experiencia que pretendió acreditar la sociedad mexicana MARHNOS S.A. de C.V., la entidad estatal contratante, con base en la documentación allegada por las otras personas jurídicas integrantes del Consorcio GLONMAREX, entendió que *"la experiencia general del proponente se encuentra en el rango de 30.000 y 32.500 millones, en consecuencia se recalifica este ítem con 50 puntos"* –fl. 608, c. 4–.

b. Sin embargo, revisada por la Sala la documentación que se acompañó a la propuesta del Consorcio GLONMAREX dentro de la Licitación Pública No. 25 de 1996 del Consejo Superior de la Judicatura, con el propósito de acreditar la experiencia general de las Constructoras Normandía S.A., Global S.A., y Experta S.A., la referida calificación de 50 puntos asignada no consulta las exigencias y los parámetros fijados en el pliego de condiciones del referido procedimiento administrativo de selección.

Ello por cuanto, en lo que corresponde a la Constructora Normandía S.A., si bien es verdad que aportó un cuadro en el cual se relacionan diversas obras que dijo haber adelantado –fl. 615, c. 3–, no acompañó certificación alguna que sustentara, con el lleno de las exigencias formuladas en el pliego, la información contenida en el cuadro en mención. Más adelante en la propuesta, al relacionar y adjuntar la documentación encaminada a demostrar la experiencia en obras



Radicación No.:

Expediente No.: 19.333

Actor: Consorcio Glonmarex

Demandado: Consejo Superior de la Judicatura –Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y otro.

Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

000079

reúnen los requisitos exigidos en el pliego de condiciones para demostrar experiencia general: una que acredita la construcción del 100% de una obra por valor total de \$8.547'243.315 y otra que da cuenta de la construcción, también del 100% de otra obra, por un valor total de \$7'150.000,00. Esta última certificación, sin embargo, no puede ser considerada teniendo en cuenta la previsión contenida en el pliego de condiciones en el sentido de que *"No se considerarán las certificaciones de valores inferiores al 1% del valor de la inversión de la licitación"* –punto 2.2, apartado j.2), fl. 44, c. 4–, cuyo total ascendía a la suma de \$13.458'782.806 –punto 1.4 del pliego, fl. 36, c. 4–.

c. De conformidad con lo expuesto, resulta que el Consorcio GLONMAREX tan sólo acreditó, de manera idónea y fehaciente, experiencia general en obras por un monto de \$8.547'243.315, lo cual, de conformidad con la tabla fijada en el Adendo No. 2 de la Licitación Pública No. 25 de 1996 –relacionado en la letra b), del acápite de pruebas del presente pronunciamiento–, lo ubica en el rango de *"Certificados cuya sumatoria en valor sea menor a \$22.500 millones de pesos"*, el cual determinó, para la calificación de este ítem, que al proponente respectivo correspondía la calificación equivalente a cero –0– puntos. Por tal razón, erró la entidad estatal licitante al calificar con 50 puntos la experiencia general del Consorcio GLONMAREX con 50 puntos, pues no se le debió asignar puntaje alguno por el aludido concepto.

Vale la pena anotar que aún cuando en el expediente correspondiente a la Licitación Pública No. 25 de 1996 del Consejo Superior de la Judicatura, allegado a este proceso, no obra material que permita establecer en detalle por qué razón se calificó la experiencia general del Consorcio GLONMAREX con los referidos 50 puntos, en la contestación a la demanda la entidad demandada sí se dio a la tarea de explicarlo en detalle –fls. 115-120, c. 1–, pero la forma en la cual lo hizo no resulta coherente ni consecuente con el contenido del pliego de condiciones, de



Radicación No.:

Expediente No.: 19.333

Actor: Consorcio Glonmarex

Demandado: Consejo Superior de la Judicatura –Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y otro.

Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

000080

Sin embargo, encuentra la Sala que de acuerdo con lo que se indicó en la letra k) del apartado 2.2 del pliego de condiciones, *"la experiencia de los profesionales se considerará a partir de la fecha de su matrícula profesional"* –fl. 44, c. 4– y en el presente encuadernamiento, si bien obra fotocopia de las matrículas profesionales de dos de los tres profesionales propuestos como residentes –fls. 133 y 187, c. 3–, no existe elemento acreditativo alguno que permita establecer la fecha de expedición de las mismas, por manera que carece la Sala de referente fáctico alguno con base en el cual se pueda establecer si la calificación asignada a este ítem adolece de algún tipo de yerro, razón por la cual habrá de entenderse que aquélla que atribuyó la entidad estatal contratante resulta conforme a Derecho.

b. Las *"certificaciones de contratos de construcción de obras similares dirigidos, ejecutados o de residencia"*, ítem al cual podía serle asignado un puntaje máximo de 35 puntos y que habría sido injusta y arbitrariamente calificado –según lo expone el Consorcio demandante– sólo con 30, a pesar de que la experiencia acreditada por el ingeniero propuesto por el Consorcio Glonmarex superaría largamente el monto mínimo exigido en el pliego para obtener el puntaje máximo aludido –*"más de 5.000'000.000"*–.

A este respecto, encuentra la Sala que le asiste razón a la parte actora, por cuanto la relación de obras dirigidas por el Ingeniero Fernando Cediél Casas, propuesto como residente de instalaciones, según se desprende de las certificaciones que obran a folios 162 a 185 del cuaderno 3, evidencia que se acreditó experiencia por un monto superior al que se acaba de referir, por manera que en relación con este ítem, la propuesta del Consorcio GLONMAREX debió ser calificada con 35 puntos y no con 30, como efectivamente lo fue.



Radicación No.:

Expediente No.: 19.333

Actor: Consorcio Glonmarex

*Demandado: Consejo Superior de la Judicatura –Dirección Ejecutiva
de Administración Judicial y otro.*

Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

000081

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

HERNÁN ANDRADE RINCÓN
Presidente

STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO
Con salvamento de voto

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

ENRIQUE GIL BOTERO

RAMIRO PAZOS GUERRERO

DANILO ROJAS BETHANCOURT

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA



Concepto 54903

Bogotá, D.C., 2 ABR 2014

ASUNTO: ID 6426 Consorcios

Hemos recibido la comunicación radicada con el número del asunto, mediante la cual consulta si en la ejecución de un contrato los trabajadores deben estar a cargo del Consorcio o de otra persona jurídica que no integre el conjunto responsable del contrato, para cuyos fines, esta Oficina se permite, de manera atenta, atender su interrogante, mediante las siguientes consideraciones generales:

Inicialmente, se observa oportuno señalar que de acuerdo con la naturaleza y funciones asignadas en el Decreto 4108 de 2011 a la Oficina Asesora Jurídica de este Ministerio, sus pronunciamientos se emiten en forma general y abstracta ya que sus funcionarios no están facultados para declarar derechos individuales ni definir controversias.

Sobre la situación planteada en la consulta consideramos oportuno remitirnos a lo dispuesto por la Ley 80 de 1993 en su Artículo 7°, norma que en su numeral 1° se refiere a los consorcios en los siguientes términos:

- "1. Consorcio.** Cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato. En consecuencia, las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato, afectarán a todos los miembros que lo conforman.
- 2. Unión temporal.** 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"

De esta disposición se desprende que la Ley no ha determinado el nacimiento de una persona jurídica por la celebración de un contrato de consorcio o unión temporal. Cada uno de estos contratos se concibe como una convención que no constituye por sí misma un ente capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones y que no se diferencia de quienes así están coasociados.

Lo dispuesto en la norma es concluyente sobre la naturaleza del consorcio al definirlo como una propuesta para contratar que se materializa en los términos de un contrato del cual nacen responsabilidades y obligaciones entre los consorciados, situación que no genera el nacimiento de una persona jurídica independiente de quienes la integran pues es incapaz de adquirir derechos y contraer obligaciones.



MinTrabajo
República de Colombia

PROSPERIDAD
PARA TODOS

000083

La presente consulta, se absuelve en los términos del Artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en virtud del cual las respuestas dadas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución, constituyéndose simplemente en un criterio orientador.

Cordialmente,

ANDREA PATRICIA CAMACHO FONSECA
Coordinadora Grupo Interno de Trabajo de atención a consultas
en materia de Seguridad Social Integral
Oficina Asesora Jurídica

Transcriptor:

*11 laboró: D. Jiménez 18-

02-14 14 visó y aprobó:

Andrea C.

Ruta Electrónica: H:\MINISTERIO DE TRABAJO\CONCEPTOS DIE\JAN 2014\1 Consultas\Rad ID 6426-JUL 16 de 2013 Anónimo (Consortio).doc



MinTrabajo
República de Colombia

Prosperidad
para todos

AC

000084

MEMORANDO

05 MAY 2012

Bogotá,

00064247

PARA: LUIS EDUARDO RIVEROS LÓPEZ
Coordinador Grupo Atención al Ciudadano y Trámites
TERRITORIAL CUNDINAMARCA

DE: Jefe Oficina Asesora Jurídica (e)

ASUNTO: Comunicación 54666 del 18 de abril de 2012

Respetado doctor:

En atención a la comunicación del asunto, donde plantea cinco preguntas respecto al tema de Consorcios, en el mismo orden en que fueron expuestas, esta Oficina se permite manifestar:

En su escrito, hace referencia al memorando interno No. 10240-348897 del 22 de noviembre de 2010, expedido por la Oficina Asesora Jurídica del entonces Ministerio de la Protección Social, hecho que hace suponer, que conoce el contenido de dicho concepto.

No obstante lo anterior, para facilitar su proveer, se transcribe el mismo:

"En atención a la comunicación del asunto, donde comenta que le fue solicitada autorización para que un consorcio pudiera proceder a efectuar un despido colectivo de trabajadores, esta Oficina se permite manifestar:

La Ley 80 de 1993, en su artículo 7° se refiere a los consorcios y a las uniones temporales en los siguientes términos:

"1. Consorcio. Cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato. En consecuencia, las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato, afectarán a todos los miembros que lo conforman

2. Unión temporal: 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"

12 MAY 2012
CATA



000085

1. *¿Se puede autorizar a un consorcio o (sic) unión temporal para que labore horas extras?*

No. Como se dijo, el consorcio no es una persona jurídica, sino un contrato. En términos más gráficos, sería como autorizar a un contrato de arrendamiento o a un contrato de compra venta, que pueda contraer alguna obligación. Las obligaciones emanadas de un contrato, son de las partes, no para el contrato.

2. *¿Se puede autorizar a cada una de las empresas consorciadas?*

Si. Teniendo en cuenta que el contrato de consorcio o el de unión temporal, corresponde a un instrumento de cooperación entre empresas, diferenciándose el uno del otro, por la responsabilidad, uno es responsable solidario con la totalidad del objeto contractual, mientras que la otra lo es, pero únicamente de la parte a su cargo, cada empresa consorciada o unida temporalmente, deberá responder por las obligaciones laborales para con sus trabajadores y si aquellos requieren laborar en jornadas suplementarias, cada una por separado deberá acudir ante el señor Inspector de Trabajo, para solicitar le sea autorizado laborar horas extras.

3. *¿Para un proyecto u obra determinada, se puede autorizar al consorcio, o a una de las empresas consorciadas, y hacer claridad en la autorización que es para ese proyecto determinado?*

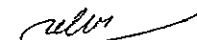
Como se ha venido diciendo, no existe posibilidad alguna que se puede autorizar a un consorcio, pues no es una persona jurídica, sujeta de derecho y obligaciones, sino que el Consorcio o la Unión Temporal, son un contrato. Podrá eso sí, autorizar a las empresas consorciadas o unidas, pues son ellas las que contrataron el personal.

4. *¿Quién debe efectuar la solicitud de autorización de horas extras en el caso de uniones temporales y consorcios?*

5. *¿Se puede autorizar para laborar horas extras, a cada empresa unida o consorciada por separado?*

Tal y como se dijo en el concepto inicial y en la respuesta al numerado 2º, la autorización debe ser solicitada por la empresa consorciada o unida, que requiera que sus trabajadores laboren horas extras, en aras de dar cumplimiento al objeto contractual, el Consorcio o la Unión Temporal.

Cordialmente,


MYRIAM SALAZAR CONTRERAS

Elaboró: L. G. Cubillos Velandía 02/05/2012 02:22 p.m.

C:\Sistemas\Documentos\Trabajo 2012\Memoranda, Dirección Inspección y Vigilancia, Sanciones, 2012-7822 PATRICIA MARILANDA CALERO, CINDY PAOLA SALAZAR GALINDO.doc