SENTENCIA DE UNIFICACION JURISPRUDENCIAL - En relación con la capacidad para comparecer como parte en los procesos judiciales los consorcios y uniones temporales / NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - De acto administrativo que adjudicó licitación pública / ACTO ADMINISTRATIVO - Controvierte derechos o intereses de los que son titulares Consorcios y Uniones Temporales / CONSORCIOS O UNIONES TEMPORALES - Capacidad para ser parte en juicios / CAPACIDAD DE LOS CONSORCIOS O UNIONES TEMPORALES PARA SER PARTE - Regulación legal

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 comparecer como parte en juicios cuyo objeto está constituido por derechos o por intereses jurídicos de los cuales es o pudiere ser titular el consorcio respectivo, como acontece en el litigio sub judice, en el cual se discute si al Consorcio demandante debió serle adjudicado el contrato estatal para cuya celebración fue convocada la licitación pública No. 25 de 1996, por parte del Consejo Superior de la Judicatura.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 7

NATURALEZA JURIDICA DEL CONTRATO ESTATAL - Radica en el análisis del tipo de entidad que lo celebra sin importar el régimen legal que les sea aplicable

En el marco del ordenamiento vigente la determinación de la naturaleza jurídica del contrato radica 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.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 32

CONTRATO DE OBRA - Suscrito por Consejo Superior de la Judicatura participa de la naturaleza de contrato estatal / DEBIDA ESCOGENCIA DE LA ACCION - Procedente nulidad y restablecimiento del derecho contra acto de adjudicación / CADUCIDAD ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO - Cuatro meses

Ha de indicarse que la parte actora acertó al promover la acción de nulidad y restablecimiento del derecho en contra del acto administrativo mediante el cual fue adjudicada la Licitación Publica No. 25 de 1996 por el Consejo Superior de la Judicatura; en lo atinente al término de caducidad que debía ser tenido en cuenta para instaurar la aludida acción contra el acto de adjudicación censurado, de acuerdo con lo dispuesto en el parágrafo 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.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 77 / DECRETO 01 DE 1984 - ARTICULO 36 / DECRETO 01 DE 1984 - ARTICULO 23

ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Caducidad cuatro meses / CADUCIDAD ACCION - Demanda instaurada en tiempo

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.

CAPACIDAD PARA SER PARTE - Presupuesto procesal de la acción / CAPACIDAD PARA SER PARTE - Deben quienes obren como parte tener la condición de personas naturales o jurídicas

Este presupuesto procesal, consistente en la capacidad para ser parte, tradicionalmente se ha examinado bajo la denominación de inexistencia de alguna de las partes y su formulación apunta a que la decisión definitiva del litigio se adopte respecto de sujetos de derecho, vale decir que quienes obren como parte en el proceso deben tener, en línea de principio, la condición de personas, naturales o jurídicas, comoquiera que “bien puede ocurrir que una parte tenga aparentemente carácter de sujeto de derecho, cuando en realidad no es así, como sucedería, por ejemplo, cuando se demanda por cuenta de una sociedad anónima que no se ha constituido o que se disolvió y se liquidó

CAPACIDAD PROCESAL DE LOS CONSORCIOS O UNIONES TEMPORALES - Son agrupaciones que no configuran una persona jurídica nueva e independiente / CONSORCIOS O UNIONES TEMPORALES - Carecen de personalidad jurídica propia e independiente / CONSORCIOS O UNIONES TEMPORALES - No pueden comparecer en proceso ante autoridades judiciales

En relación con las Uniones Temporales y los Consorcios, figuras descritas en el artículo 7 de la Ley 80 y autorizadas expresamente en el artículo 6 de ese mismo estatuto para “(…) celebrar contratos con las entidades estatales (…)”, cabe señalar que resulta evidente que se trata de agrupaciones de contratistas u organizaciones empresariales que no configuran una persona jurídica nueva e independiente respecto de los miembros que las integran. En ese sentido, tanto la jurisprudencia del Consejo de Estado como la de la Corte Constitucional han señalado, de manera uniforme y reiterada, que el consorcio o la unión temporal que se conformen con el propósito de presentar conjuntamente una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato con una entidad estatal, no constituyen una persona jurídica diferente de sus miembros individualmente considerados (…) en cuanto los consorcios y las uniones temporales carecen de personalidad jurídica propia e independiente, en otras oportunidades la Sala ha concluido que tampoco pueden comparecer en proceso ante autoridades judiciales, en virtud de lo prescrito en el artículo 44 del Código de Procedimiento Civil, entendiendo así que son las personas naturales y/o jurídicas que los integran las verdaderas titulares de la capacidad para actuar como sujetos procesales.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 7 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 44

LITIS CONSORCIO NECESARIO POR ACTIVA - Se había considerado su no aplicación cuando la Unión Temporal o el Consorcio no hubiere sido seleccionado en proceso de contratación / CALIDAD DE ADJUDICATARIO - Relación jurídica sustancial entre miembros de las Uniones Temporales y Consorcios / CONSORCIOS O UNIONES TEMPORALES - Jurisprudencialmente se ha sostenido que carecen de personalidad jurídica por lo que no pueden ser tomados como sujeto de derecho apto para comparecer en proceso judicial

La Sala consideró que no había lugar a la aplicación de la figura del litisconsorcio necesario por activa cuando la unión temporal o el consorcio no hubiere sido seleccionado en el proceso de contratación y sólo uno de sus miembros decidiera comparecer a formular la reclamación correspondiente. Así 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 contratante. En esa dirección se tenía por cierto entonces que si un consorcio –cuestión que resulta válida también para una unión temporal–, comparecía a un proceso en condición de demandante o de demandado, igual debían hacerlo, de manera individual, los partícipes que lo conforman para efectos de integrar el litisconsorcio necesario, es decir que la parte solo se tendría por debidamente conformada con la vinculación de todos y cada uno de ellos al respectivo proceso judicial. Así las cosas, mayoritariamente, hasta ahora, la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, cuando ha resultado necesario abordar el estudio de casos en los cuales en uno de los extremos de la litis se ubica un Consorcio o alguno(s) de sus integrantes, ha señalado que habida consideración de que el Consorcio ─al igual que la Unión Temporal─ carece de personalidad jurídica, no puede ser tomado como sujeto de derecho apto para comparecer en un proceso jurisdiccional, así éste guarde relación con algún litigio derivado de la celebración o de la ejecución del contrato estatal respectivo.

NOTA DE RELATORIA: Referente a la personalidad jurídica de los consorcios y uniones temporales, consultar auto de 7 de diciembre de 2006 Exp.27651 MP. Alíer Eduardo Hernández Enríquez

CAPACIDAD DE PARTE DE CONSORCIOS O UNIONES TEMPORALES - Rectificación / RECTIFICACION DE LA CAPACIDAD DE PARTE - De los consorcios o uniones temporales / UNIFICACION JURISPRUDENCIAL - Relacionada con la capacidad de parte de consorcios o uniones temporales para comparecer en juicio / MODIFICACION JURISPRUDENCIAL - De la capacidad de parte de consorcios o uniones temporales en procesos judiciales / CONSORCIOS O UNIONES TEMPORALES - No constituyen personas jurídicas de quienes integran la figura de los oferentes o contratistas / CAPACIDAD PARA SER PARTE EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE SELECCION CONTRACTUAL - Consorcios o uniones temporales / CONSORCIOS O UNIONES TEMPORALES - Están facultados para concurrir a procesos judiciales surgidos en el proceso de selección de contratistas / CONSORCIOS O UNIONES TEMPORALES - El artículo 149 del Código Contencioso Administrativo no exige que cuenten con personalidad jurídica independiente

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. Así se desprende con claridad del contenido del artículo 149 del C.C.A. (…) Téngase presente que la norma legal en cita condiciona la posibilidad de que las entidades públicas y privadas puedan obrar como demandantes, como demandadas o como intervinientes, en los procesos contencioso administrativos, al cumplimiento de funciones públicas por parte de las mismas, mas no a la exigencia de que cuenten con personalidad jurídica independiente.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 149

PERSONALIDAD JURIDICA - No es exigida en el ordenamiento jurídico colombiano como requisito sine qua non para ejercer acciones judiciales / CAPACIDAD JURIDICA DE CONSORCIOS O UNIONES TEMPORALES - Están dotados de capacidad jurídica otorgada por la ley / CAPACIDAD JURIDICA - Para contar con ella no es requisito ser persona

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. (…) en especial, las normas legales que regulan la materia, permiten inferir con claridad que los consorcios y las uniones temporales se encuentran dotados de capacidad jurídica, expresamente otorgada por la ley, a pesar de que evidentemente no son personas morales, porque para contar con capacidad jurídica no es requisito ser persona.

CAPACIDAD DE CONTRATACION DE CONSORCIOS O UNIONES TEMPORALES - No puede entenderse agotada con ocasión de su actividad contractual sino que proyecta sus efectos en el campo procesal / INTERVENCION DE CONSORCIOS O UNIONES TEMPORALES EN PROCESO JUDICIAL - Podrán asumir la condición de parte y acudir a juicio para exigir los derechos a su favor

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 contractual –incluyendo los actos jurídicos consistentes en la formulación misma de la oferta; la notificación de la adjudicación; la celebración, ejecución y liquidación del respectivo contrato estatal–, sino que proyecta sus efectos de manera cierta e importante en el campo procesal, en el cual, como ya se indicó, esas organizaciones empresariales podrán asumir la condición de parte, en cuanto

titulares de derechos y obligaciones, al tiempo que podrán comparecer en juicio para exigir o defender, según corresponda, los derechos que a su favor hubieren surgido del respectivo procedimiento administrativo de selección contractual o del propio contrato estatal.

PARTES DEL CONTRATO ESTATAL - Cualquiera puede pedir su existencia o nulidad / PARTES DEL CONTRATO ESTATAL - Lo son los consorcios y uniones temporales por estar dotados de capacidad jurídica para actuar / CONSORCIOS O UNIONES TEMPORALES - Legitimados para iniciar la acción contractual

El artículo 87 del Código Contencioso Administrativo –C.C.A.–, modificado por el artículo 32 de la Ley 446 expedida en 1998, disposición que aunque no resulta aplicable al presente asunto porque la demanda se presentó el día 30 de abril de 1997, esto es antes de la vigencia de la aludida Ley 446, lo cierto es que dicha normativa que mantiene en lo pertinente las mismas previsiones de la norma legal anterior, aplicable al presente caso y contenida en el Decreto-ley 2304 de 1989 –al establecer que "cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas"– 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.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 87 / LEY 446 DE 1998 - ARTICULO 32 / DECRETO LEY 2304 DE 1989 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 6

FACULTAD DE LAS PARTES EN CONTRATO ESTATAL - Pueden acudir a la vía judicial a reclamar y defender los derechos originados del contrato / CONSORCIOS O UNIONES TEMPORALES - Sus integrantes individualmente considerados, resultan vinculados al contrato estatal / RESPONSABILIDAD DE LOS CONSORCIOS O UNIONES TEMPORALES - Responden solidariamente de las obligaciones derivadas de la propuesta y el contrato

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.

FACULTAD DE CONSORCIOS O UNIONES TEMPORALES – Pueden comparecer como parte en juicios originados con los procedimientos de selección o con los contratos estales

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.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 7

FACULTAD DE LOS CONSORCIOS O UNIONES TEMPORALES - Comprende la precontractual y contractual

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.

REPRESENTACION DEL CONSORCIO O UNION TEMPORAL - Para todos los efectos comprenderá por igual las actuaciones procesales que deban emprenderse para reclamar o defender en juicio los derechos de la propuesta o el contrato

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 inadmisible suponer que el representante de una de esas agrupaciones empresariales pudiere 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.

NOTIFICACION DE ACTOS CONTRACTUALES DE CONSORCIOS O UNIONES TEMPORALES - Tiene plenos efectos al realizarse con el representante de la respectiva agrupación / NOTIFICACION DE ACTOS CONTRACTUALES DE CONSORCIOS O UNIONES TEMPORALES - No se requiere que la entidad contratante deba notificar un acto administrativo a los múltiples integrantes de estas agrupaciones

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. (…) en el caso de la celebración de contratos estatales con consorcios o con uniones temporales, por ella misma autorizados de manera expresa (artículo 6, Ley 80), 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. (…) 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.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 7

CAPACIDAD JURIDICA DE CONSORCIOS O UNIONES TEMPORALES - Concedida por la Ley 80 de 1993 para celebrar contratos y comparecer en juicio

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.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 6 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 7

RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS CONTRATISTAS - Debe asumirlas los consorcios o uniones temporales mediante el ejercicio de las acciones judiciales / MODIFICACION JURISPRUDENCIAL - Si bien los consorcios o uniones temporales no constituyen personas jurídicas independientes si cuentan con capacidad como sujetos de derechos y obligaciones

De otro lado es claro que si al ocuparse del tema de la responsabilidad civil de los contratistas, la ley determina con claridad que quienes deben asumirla serán los consorcios o las uniones temporales, según cada caso, obvio resulta que una de las maneras, previstas en el ordenamiento legal, para hacer exigible dicha responsabilidad civil será mediante el ejercicio de las correspondientes acciones judiciales, cuestión que, naturalmente, supone la necesidad e importancia de permitir que dichas organizaciones empresariales puedan ser convocadas a los procesos judiciales y que en los mismos puedan desplegar sus actuaciones para ejercer sus derechos, como el fundamental de defensa. 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 (artículos 44 del C. de P.C. y 87 C.C.A.), para actuar en los procesos judiciales, por conducto de su representante, sin perjuicio, claro está, de observar el respectivo jus postulandi.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 87 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 44

LEGITIMACION DE HECHO Y LEGITIMACION MATERIAL EN LA CAUSA - Diferencias / LEGITIMACION DE HECHO - Se refiere a la relación procesal entre demandante y demandado / LEGITIMACION DE HECHO POR ACTIVA - Corresponde a quien cita a otro / LEGITIMACION MATERIAL POR PASIVA- Se le atribuye a quien es citado por una acción u omisión después de la notificación del auto admisorio de la demanda

Adicionalmente se ha diferenciado entre la legitimación de hecho y la legitimación material en la causa La primera se refiere a la relación procesal que se establece entre el demandante y el demandado por intermedio de la pretensión procesal, es decir, se trata de una relación jurídica nacida de la atribución de una conducta en la demanda y de la notificación del libelo inicial al demandado, por manera que quien cita a otro y le endilga la conducta, actuación u omisión que dan lugar a que se incoe la acción, está legitimado de hecho por activa y aquél a quien se cita y se le atribuye la referida acción u omisión resulta legitimado de hecho y por pasiva, después de la notificación del auto admisorio de la demanda. 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 otra

RECTIFICACION JURISPRUDENCIAL EN RELACION CON LA CAPACIDAD PROCESAL DE CONSORCIOS O UNIONES TEMPORALES - No debe considerarse como obstáculo para sus integrantes individualmente considerados puedan comparecer al proceso como demandantes o demandados

Finalmente, la Sala estima necesario precisar y enfatizar que la rectificación jurisprudencial que mediante la presente decisión se efectúa en relación con la capacidad procesal que les asiste a los consorcios y a las uniones temporales para comparecer como sujetos 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 razón de su condición de contratistas de las entidades estatales o de interesados o participantes en los 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)–.

MODIFICACION JURISPRUDENCIAL EN RELACION CON UNIONES TEMPORALES O CONSORCIOS - Deja de lado la tesis que sostenía que carecían de personalidad jurídica propia a independiente y no podían comparecer a procesos judiciales porque esa condiciones estaba reservada a las personas naturales o jurídicas

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 natural, las exigencias relacionadas con la debida integración del contradictorio, por manera que, en aquellos eventos en que varios o uno solo de los integrantes de un consorcio o de una unión temporal concurran a un proceso judicial, en su condición individual e independiente, deberán satisfacerse las reglas que deban aplicarse, según las particularidades de cada caso específico, para que los demás integrantes del correspondiente consorcio o unión temporal deban o puedan ser vinculados en condición de litisconsortes, facultativos o necesarios, según corresponda.

CONSORCIO GLONMAREX - Cuenta con capacidad para comparecer al litigio a través de su apoderado

Dado que según el ordenamiento vigente se concluye que los consorcios oferentes o contratistas pueden comparecer al proceso a través de apoderado judicial designado por el representante de la respectiva agrupación empresarial para todos los efectos relativos a la oferta, al procedimiento administrativo de selección contractual o al contrato respectivo, se impone admitir que el Consorcio GLONMAREX cuenta con capacidad procesal para comparecer al presente litigio a través de su representante, comoquiera que obran en el expediente los

siguientes documentos que acreditan quiénes son los integrantes de la agrupación y que el representante legal de la misma se encontraba facultado para conferir el mandato especial mediante el cual se constituyó la apoderada judicial que instauró la demanda mediante la cual se dio inicio al presente proceso:

CAPACIDAD JURIDICA DE CONSORCIO GLONMATEX - Era el llamado a fungir como parte del contrato estatal

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.

ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Se acreditó la ilegalidad del acto administrativo de adjudicación de licitación pública

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 extranjero y no fueron allegados al procedimiento administrativo de licitación con la imperativa e insoslayable exigencia de la legalización o de la apostilla. En síntesis, teniendo en cuenta cuanto se acaba de explicar, concluye la Sala que la propuesta presentada por el Consorcio GLONMAREX debió ser calificada (…) atendidos los resultados del análisis que se dejó expuesto y que se llevó a cabo con fundamento en los cargos formulados en la demanda y en el material probatorio allegado al presente expediente: (…) puntuación ubica al Consorcio GLONMAREX en el puesto undécimo en el orden de la calificación de los proponentes que participaron en la Licitación No. 25 de 1996, por manera que el aquí demandante no consiguió demostrar, de un lado, que el contrato estatal hubiere sido indebidamente adjudicado al CONSORCIO S.R.C.-SADEICO, beneficiado con dicha decisión, contenida en la Resolución No. 3498 del 29 de diciembre de 1996, aquí enjuiciada y menos todavía consiguió acreditar que su propuesta –la del Consorcio GLONMAREX, se itera– hubiere sido la mejor calificada y la más conveniente tanto para el interés general como para los fines de la contratación en el presente caso específico.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SALA PLENA

Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ

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

Radicación número: 25000-23-26-000-1997-03930-01(19933)

Actor: CONSORCIO GLONMAREX

Demandado: CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA Y OTROS

Referencia: SENTENCIA DE UNIFICACION JURISPRUDENCIAL - CONSORCIOS

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 resolutiva, 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).

1. A N T E C E D E N T E S

1.1 Lo que se demanda.

Mediante escrito presentado el día 29 de abril de 1997 ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el señor Jesús Ernesto Saldarriaga Escobar, quien manifestó obrar en calidad de representante legal del Consorcio

GLONMAREX, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo ─C.C.A.─, formuló demanda en contra de la Nación- Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y del Consorcio Sáenz Ruíz Cadena Ingenieros Civiles ─SADEICO S.A.─, con el propósito de que se declare nula la Resolución No. 3498 del 29 de diciembre de 1996 mediante la cual se adjudicó la licitación pública No. 25 de 1996 al Consorcio Sáenz Ruíz Cadena Ingenieros Civiles Ltda. ─SADEICO S.A.─.

Consecuencialmente, el actor pidió que se condene a la Nación-Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, a reparar los perjuicios materiales que le fueron ocasionados por la no escogencia como contratista, en el referido procedimiento administrativo de selección, del Consorcio GLONMAREX, el cual se encontraba en primer lugar de elegibilidad; así pues, por concepto de lucro cesante solicitó el pago de la suma de mil ciento sesenta y tres millones de pesos ─$1.163'000.000,oo─, correspondiente a la utilidad proyectada por la ejecución del contrato y a título de lucro cesante deprecó que le sea reconocida la cifra de diecisiete millones ochocientos trece mil ochocientos ochenta y seis pesos ─$17'813.886,oo─, correspondiente a los gastos en los cuales el actor afirma que incurrió para la elaboración de la oferta; asimismo, solicitó que las anteriores sumas sean indexadas y pagadas en los términos 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 de 1994, comoquiera que se adjudicó el contrato a un proponente distinto del que tenía mejor derecho, con omisión de los parámetros que las normas en cita establecen para la realización de procedimientos administrativos de selección de contratistas al asignar al Consorcio demandante una calificación errónea, subjetiva y arbitraria, apartada de los criterios que se habían fijado en el pliego de condiciones; con ello se desconoció el principio de vigencia de un orden justo consagrado en el artículo 2 constitucional, la exigencia contenida en el artículo 6 *ídem* en el sentido de que los servidores públicos son responsables por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones y el principio de igualdad ─artículo 13 *ibídem*─ en detrimento del Consorcio actor, habida cuenta de que su propuesta no fue valorada con fundamento en los mismos patrones con que se examinaron las de los demás competidores, de acuerdo con lo previsto en el pliego de condiciones.

En cuanto a las disposiciones de la Ley 80 de 1993 que se invocaron como vulneradas por el acto administrativo demandado, el demandante sostuvo que el principio de transparencia fue desconocido comoquiera que para adjudicar el contrato no fueron tenidos en cuenta ni la evaluación ni el concepto emitidos por los comités jurídico y financiero; tampoco se fijaron reglas claras y precisas habida cuenta de que el pliego inicial fue modificado hasta en tres ocasiones, lo cual condujo a que se hicieran confusos los criterios de selección; se adujeron requisitos puramente formales como la falta de legalización o apostilla de documentos presentados por el Consorcio GLONMAREX para subvalorar su propuesta; se violó el principio de selección objetiva al no adjudicarle a la

propuesta que debió ser calificada con el puntaje más alto. Por tales razones, la parte actora adujo que el acto administrativo censurado está incurso en tres causales de nulidad, a saber: violación de la ley, forma irregular y desviación de poder (fls. 9-74, c. 1).

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 interés jurídico para actuar debido a que la calificación que finalmente obtuvo su propuesta no fue la más alta y, de todos modos, aunque así hubiere ocurrido, el pliego de condiciones no preveía que el contrato debía ser adjudicado al

proponente que obtuviera el mayor puntaje y, finalmente, *(iv)* la excepción "*innominada*", para comprender en ella cualquier circunstancia constitutiva de excepción que, a pesar de no haber sido expresamente alegada, resultare probada en el proceso (fls. 108-125, c.1).

Expirado el período probatorio, se corrió traslado tanto a las partes para alegar de conclusión como al Ministerio Público para rendir concepto de fondo en la primera instancia, oportunidad dentro de la cual se pronunciaron las partes actora y demandada; aquélla, fundamentalmente, reiteró tanto el recuento fáctico, como también la argumentación jurídica que expuso en la demanda (fls. 147-174, c. 1), mientras que ésta insistió de manera especial en la falta de legitimación en la causa por activa respecto del Consorcio GLONMAREX debido a que éste carece de personalidad jurídica, además de que no se trata de uno de los proponentes que obtuvo la más alta calificación en la licitación; el Ministerio Público, por su parte, se abstuvo de pronunciarse en esta ocasión.

1.3.- La sentencia apelada.

El Tribunal Administrativo de Descongestión con sede en Bogotá D.C., Sección Tercera, después de relacionar y de valorar las pruebas allegadas al plenario, decidió declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa por activa respecto del Consorcio GLONMAREX, comoquiera que éste carecía de capacidad jurídica para actuar dado que no constituía una persona jurídica distinta de las sociedades que lo integraban; señaló el Tribunal Administrativo *a quo* que *"[E]n* [el] *documento en virtud del cual se otorgó la representación legal del consorcio no se previó la* [facultad] *de accionar ante la 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 PERSONERIA 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 LEGITIMACION EN LA CAUSA, tal como lo ha reconocido la H. Corte Suprema de Justicia desde mediados de 1959, ES UN PRESUPUESTO DE LA SENTENCIA FAVORABLE y su ausencia genera sentencia adversa a las pretensiones de la demanda; en tanto que la ausencia de personería adjetiva, legitimación ad processum, capacidad para obrar o capacidad para comparecer al proceso, no es presupuesto de la sentencia favorable, sino un presupuesto procesal que consiste en que es capaz de comparecer al proceso quien tiene capacidad de ejercicio.

(…)

Además, la ausencia del presupuesto procesal de personería adjetiva o capacidad para comparecer al proceso no conduce, como ocurre con la falta de legitimación en la causa a fallo adverso a las pretensiones de la demanda, sino [a] *NULIDAD procesal de lo actuado.*

(…)

Es claro entonces, Honorables Consejeros de Estado, que los planteamientos con que la parte demandada argumenta la excepción de falta de legitimación en la causa de la parte actora, no corresponden en su esencia a la figura de la legitimación en la causa; y los que aduce el Tribunal para dar por probada la excepción, de un lado no son los que invocó la parte excepcionante, y de otro los que aduce el sentenciador de instancia nada tienen que ver con esa figura procesal de la legitimación, pues la no acreditación de la representación o el mandato judicial para accionar corresponde es a la figura procesal de la falta de personería adjetiva, legitmación ad processum o falta de capacidad para obrar o para comparecer al proceso, y esa excepción nunca fue propuesta o planteada por la parte pasiva.

En consecuencia al proceder el Tribunal de Descongestión a declarar probada una excepción como la de falta de legitimación en la causa, con base en argumentos no planteados o propuestos por la parte demandada, el fallo es extrapetita, es decir, por fuera de lo pedido…".

Adicionalmente, expuso el apelante que el Tribunal Administrativo de primera instancia tampoco podía declarar de oficio la falta de capacidad del consorcio accionante para comparecer al proceso, pues para el momento en el cual se presentó la demanda aún se encontraba en vigencia el Consorcio, toda vez que al constituirlo se previó que su existencia culminaría con la liquidación del contrato de obra ejecutado y al ser ejercida la acción que dio inicio al presente litigio el proponente al cual se adjudicó el contrato aún no había culminado su ejecución y menos se había procedido a su liquidación; de otro lado, en criterio del recurrente, el poder otorgado por las sociedades integrantes del Consorcio para presentar la propuesta dentro del procedimiento de licitación, al igual que para 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).

1.5.- Trámite de la segunda instancia.

Mediante providencia calendada el 2 de marzo de 2001, el Tribunal Administrativo de primera instancia concedió el recurso de apelación (fl. 198, c. 2), el cual fue admitido por el Consejo de Estado mediante auto del 4 de mayo del mismo año (fl. 235, *ídem*); seguidamente se corrió traslado tanto al Ministerio Público para rendir concepto de fondo ante el *ad quem* como a las partes para alegar de conclusión, a través de auto de fecha 12 de junio de 2001 (fl. 237, *ibídem*) y dentro de esta oportunidad intervinieron la parte demandante y el Ministerio Público, mientras que la entidad demandada guardó silencio.

La parte actora se remitió a los argumentos que expuso al sustentar el recurso de alzada, reiteró las pretensiones de la demanda y subrayó que el material probatorio obrante en el expediente resulta suficiente para que se acceda a las mismas, comoquiera que evidencia que el acto de adjudicación de la Licitación Pública No. 25 de 1996 fue expedido en forma irregular y con desviación de poder por cuanto la entidad demandada lo profirió apartándose de los parámetros de decisión fijados por ella misma tanto en el pliego de condiciones como en sus adendos, al calificar la propuesta del Consorcio demandante con prescindencia de lo que concluyeron los comités jurídico y financiero del organismo contratante al examinar las diferentes ofertas en liza (fls. 239-244, c. 2).

La Procuraduría Quinta Delegada ante el Consejo de Estado rindió concepto en el cual consideró que el proceso se encuentra incurso en la causal de nulidad consagrada en el numeral 7° del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil ─C.P.C.─, por entender que existe indebida representación de una de las sociedades que conformaron el Consorcio GLONMAREX, cual es el caso de la sociedad de nacionalidad mexicana MARHNOS S.A. de C.V., pues los representantes legales de las tres personas jurídicas colombianas igualmente 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 *legitimatio 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 sanea"* (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 persona que fungía como representante legal del Consorcio GLONMAREX, persona a quien los consorciados facultaron expresamente *"para "firmar el presente contrato y tomar todas las determinaciones que fueren necesarias al respecto, con amplias y suficientes facultades""*; esta autorización, entonces, facultaba al representante legal del Consorcio para realizar todas las actuaciones necesarias para defender los intereses del mismo, tanto judicial como extrajudicialmente. Sin embargo, ante la irregular adjudicación de la Licitación Pública No. 25 de 1996, los representantes legales de las sociedades consorciadas se reunieron para valorar la conveniencia de demandar a la Rama Judicial y así lo decidieron conjuntamente, aunque el Presidente Ejecutivo de la firma mexicana MARHNOS expresó, por vía telefónica, que esta sociedad no tenía interés en participar en la demanda, si bien aceptaba que el resto de las empresas consorciadas la formularan.

De lo acordado en dicha reunión ─prosiguió la apoderada del Consorcio demandante─ quedó constancia en el documento denominado *"Acta 01 del 3 de abril de 1997"* y de lo resuelto por la sociedad MARHNOS S.A. en C.V., se recibió ratificación por escrito mediante comunicación fechada el 6 de mayo de 1997, copia auténtica de la cual acompañó la parte actora a la intervención que se viene sintetizando ─pues antes había sido allegada al proceso en copia simple, según la propia abogada interviniente lo manifestó─; todo lo anterior lleva a la conclusión de que la sociedad MARHNOS S.A. en C.V., sí estuvo correctamente representada en este caso, razón por la cual alegó que no se da el supuesto previsto en la causal de nulidad consagrada en el artículo 140-7 C.P.C.; sin embargo, en la parte final de su escrito en mención, la apoderada de la parte actora expresó que

"… no obstante lo anterior, si los Honorables Consejeros consideran que se debe ordenar su vinculación [la de la firma MARHNOS al sub lite]*, pido que se sirva citarla a efecto de que manifieste su voluntad de comparecer al 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. C O N S I D E R A C I O N E S

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 comparecer como parte en juicios cuyo objeto está constituido por derechos o por intereses jurídicos de los cuales es o pudiere ser titular el consorcio respectivo, como acontece en el litigio *sub judice*, en el cual se discute si al Consorcio demandante debió serle adjudicado el contrato estatal para cuya celebración fue convocada la licitación pública No. 25 de 1996, por parte del Consejo Superior de la Judicatura.

Teniendo en cuenta los antecedentes descritos, en criterio de la Sala resulta necesario, con el fin de desatar el litigio, abordar el estudio de los siguientes problemas jurídicos:

(i) Examinar si en el caso en estudio concurren, o no, presupuestos procesales de inexorable presencia para que se abra paso la posibilidad de proferir una decisión de fondo, cuales son ***(a)*** la competencia de esta Sala, ***(b)*** la adecuada escogencia de la acción, así como ***(c)*** la oportuna interposición de la misma –ausencia de caducidad– y, de especial interés para el asunto *sub judice*, ***(d)*** la capacidad procesal o para ser parte en el proceso respecto del Consorcio demandante, asunto que se ha conectado por algunos de los sujetos procesales intervinientes en este litigio con el interrogante consistente en dilucidar si el aludido Consorcio GLONMAREX cuenta, o no, con legitimación en la causa ─aspectos en los cuales se sustentó tanto el fallo apelado como la impugnación del mismo presentada por la parte actora, al igual que la defensa de los intereses de la entidad accionada según la contestación de la demanda─; clarificado lo anterior, se deberá

(ii) Analizar de fondo, ***(a)*** previa relación del material probatorio acopiado en el expediente cuya alusión en esta providencia se hace indispensable para dirimir la controversia y con base ***(b)*** en los 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, ***(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,oo, 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 contrato celebrado entre las partes en disputa; se trata del Consejo Superior de la Judicatura, lo cual resulta de trascendencia a la luz de lo dispuesto por el artículo 75 de la Ley 80 de 1993[1], por cuya virtud la competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos celebrados por las entidades estatales es

[1] Disposición cuyo tenor literal es el siguiente: *“Artículo 75. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativa”*.

la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo; a ese respecto, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que la naturaleza del contrato no depende de su régimen jurídico, habida cuenta de que la normativa vigente prohijó un criterio eminentemente subjetivo u orgánico para efectos de determinar la condición de estatal que correspondiere al vínculo negocial, de modo que habrán de reputarse contratos estatales aquellos que celebren las entidades que participan de esa misma naturaleza.

En el anotado sentido se ha pronunciado la Sección Tercera de esta Corporación:

"De este modo, son contratos estatales "todos los contratos que celebren las entidades públicas del Estado, ya sea que se regulen por el Estatuto General de Contratación Administrativa o que estén sujetos a regímenes especiales", y estos últimos, donde encajan los que celebran las empresas oficiales que prestan servicios públicos domiciliarios, son objeto de control por parte del juez administrativo, caso en el cual las normas procesales aplicables a los trámites que ante éste se surtan no podrán ser otras que las del derecho administrativo y las que en particular existan para este tipo de procedimientos, sin que incida la normatividad sustantiva que se le aplique a los contratos"[2] (énfasis añadido).

De conformidad con lo anterior, se tiene entonces que en el marco del ordenamiento vigente la determinación de la naturaleza jurídica del contrato radica 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:

---

[2] Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, Auto de 20 de agosto de 1998. Exp. 14.202. C. P. Juan de Dios Montes Hernández. Esta posición ha sido expuesta en otros fallos, entre los cuales se encuentra la sentencia de 20 de abril de 2005, Exp: 14.519; Auto de 7 de octubre de 2004. Exp. 2675.

"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).

Adicionalmente, el artículo 82 del Decreto-ley 1 de 1984, modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, que a su vez fue subrogado por el artículo 1 de la Ley 1107 de 2006, prescribe que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas; de este modo se definió el objeto de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a través de la previsión consistente en que a la misma le compete *"juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas"*, en lugar de *"juzgar las controversias y litigios administrativos"*, como lo establecía la redacción anterior del artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, por manera que la norma subrogada pasó a disponer lo siguiente:

"Artículo 1°. El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, quedará así:

"Artículo 82. Objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la Constitución y la ley.

Esta jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en actos políticos o de Gobierno.

La jurisdicción de lo contencioso administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley. Las decisiones jurisdiccionales adoptadas por las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales de la Judicatura, no tendrán control jurisdiccional" (subrayas fuera de texto).

Respecto del alcance del precepto transcrito se pronunció la Sección Tercera del Consejo de Estado mediante auto del 8 de febrero de 2007 ─Radicación 30.903─, en el cual, a propósito de los asuntos que interesan al caso que aquí se examina, se señaló:

"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 104-2[3], 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 normativo[4].

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

---

[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".

cuya celebración conduciría la Licitación Pública No. 25 de 1996 convocada por la entidad en comento[5], participa de la naturaleza de contrato estatal, por manera que los litigios derivados de la expedición de los actos administrativos previos a la celebración del mencionado negocio jurídico –como es el caso de la aquí demandada Resolución No. 3498 del 29 de diciembre de 1996– o de la ejecución o de la liquidación del pluricitado vínculo negocial, constituyen materia de la cual debe conocer el Juez de lo Contencioso Administrativo.

2.2.2.- *Debida escogencia y oportuna instauración de la acción impetrada*.

El Decreto-ley 01 de 1984 acogió la distinción ─de raigambre doctrinal y jurisprudencial─ entre los actos administrativos denominados previos o "separables" del contrato, de un lado y, de otro, los actos contractuales propiamente dichos, al asignar, para la controversia judicial de los primeros, el cauce procesal de las acciones procedentes contra cualesquiera otros actos administrativos en general ─nulidad y nulidad y restablecimiento de derecho─, mientras que se estableció la contractual como la acción pertinente para encauzar pretensiones en contra de los segundos[6]. Esta situación se mantuvo hasta la entrada en vigor de la Ley 80 de 1993, en la cual se dejó de lado la aludida

---

[5] El cual a la postre sería el contrato de obra No. 25 de 1996, celebrado entre la Nación-Consejo Superior de la Judicatura y el Consorcio Sáenz Ruiz Cadena Ingenieros Civiles Ltda. –SADEICO S.A.–, denominado Consorcio S.R.C.–SADEICO, el 29 de diciembre de 1996 –fls. 696-711, c. 4–.

[6] Tal es el resultado de las previsiones contenidas en los artículos 87 y 136-7 y 8 del C.C.A., en su redacción original del año 1984:

"Artículo 87. Acciones relativas a contratos. Cualquiera de las partes de un contrato de derecho privado de la administración en que se haya incluido la cláusula de caducidad, o de los contratos administrativos o interadministrativos, podrá pedir un pronunciamiento sobre su existencia o validez, que se decrete su revisión, que se declare su incumplimiento y la responsabilidad derivada de él.

La nulidad absoluta también podrá pedirse por el Ministerio Público y por quien demuestre interés directo en el contrato.

Los actos separables del contrato serán controlables por medio de las otras acciones previstas en este Código".

"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".

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 modifican el pliego de condiciones o los que adjudican el contrato, como aquellos mediante los cuales se ejercen potestades excepcionales, se da por terminado o se adopta la liquidación unilateral del negocio jurídico[8]. Sin embargo, esta interpretación no fue uniforme y, por tanto, ha de darse cuenta de

---

[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.

[8] Ello no constituyó óbice para que se reconociera, concomitantemente, que por ministerio de la propia Ley 80 resultaba posible demandar algunos actos administrativos relacionados con la actividad contractual de las entidades públicas, a través de cauces procesales diversos de la acción contractual, así:

"Excepcionalmente por mandato expreso del estatuto contractual, ciertos actos, 3 en total, pueden ser controlados mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho:

a. El acto administrativo proferido por las cámaras de comercio que decide la impugnación de la calificación y clasificación de los proponentes (art. 22 numeral 5), para el cual se consagra una acción pública de restablecimiento del derecho lo que además constituye un verdadero contrasentido.

b. El acto de adjudicación (art. 77 parágrafo primero) y

c. El acto que declara desierta la licitación o concurso por ser el acto definitivo del procedimiento contractual al ponerle fin a la actuación administrativa de selección e impedir su continuación (art. 77 de la ley 80 de 1993, en armonía con el artículo 50 inciso 1º. y final del C.C.A.)". 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.

pronunciamientos posteriores en los cuales se propugna por mantener la distinción entre actos previos o "separables" y actos administrativos contractuales, entendiendo que éstos tan sólo pueden ser proferidos tras la celebración del contrato[9].

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

---

[9] En la anotada dirección se sostuvo: *"En esta oportunidad se afirma que el concepto de "actividad contractual" tiene el alcance restrictivo explicado anteriormente, es decir que comprende sólo los actos expedidos con posterioridad a la celebración del contrato, por las siguientes razones:*

1. La Constitución Política desde el preámbulo -cuyo carácter normativo ha sido reconocido en forma expresa por la Corte Constitucional- y el artículo 1º establecen dentro de los principios fundamentales de nuestro Estado de derecho el de la ***participación****.*

(…)

3. De otro lado, la redacción del ordinal 7º. del artículo 24 de la ley 80 de 1993 parece inclinarse por la interpretación restrictiva de la expresión "actividad contractual" porque en su texto separa conceptualmente los actos expedidos en desarrollo de la actividad contractual de los previos o separables del contrato, redacción que no hubiera sido necesaria si la categoría fuese omnicomprensiva de todo tipo de actos.

(…)

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.

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 ocasión de la actividad contractual; en relación con los primeros se estableció que las acciones procedentes con el propósito de ventilar ante el juez competente los litigios a los cuales pudiere dar lugar la conformidad o contrariedad a derecho de las correspondientes determinaciones administrativas serían las de nulidad y de nulidad y restablecimiento de derecho, las cuales podrían intentarse dentro de un término especial de caducidad de treinta (30) días hábiles contados a partir de la comunicación, notificación o publicación del acto cuestionado. Por cuanto atañe a los segundos, su impugnación solamente podría llevarse a cabo a través de la instauración de la acción contractual[10]. Así lo ha reiterado la jurisprudencia[11] y esta última es la normativa vigente en la materia.

Descendiendo al presente caso concreto y con fundamento en el contexto tanto normativo como jurisprudencial que se acaba de referir, ha de indicarse que la parte actora acertó al promover la acción de nulidad y restablecimiento del derecho en contra del acto administrativo mediante el cual fue adjudicada la Licitación Publica No. 25 de 1996 por el Consejo Superior de la Judicatura; en lo atinente al término de caducidad que debía ser tenido en cuenta para instaurar la aludida acción contra el acto de adjudicación censurado, de acuerdo con lo dispuesto en el parágrafo 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

---

[10] El precepto en comento, subrogado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, es del siguiente tenor: *"Artículo 87. De las controversias contractuales. Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas.*

Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, serán demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación. La interposición de estas acciones no interrumpirá el proceso licitatorio, ni la celebración y ejecución del contrato. Una vez celebrado éste, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato".

[11] Sobre este particular pueden verse, entre otros pronunciamientos, los siguientes: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del trece (13) de diciembre de dos mil uno (2001); Consejero ponente: Ricardo Hoyos Duque; Radicación número: 25000-23-26-000-2000-2018-01(19777); Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del veintinueve (29) de junio de 2000; Consejera ponente: María Elena Giraldo Gómez; Radicación número: 16.602.

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 requisitos de admisibilidad y las condiciones previas para la tramitación de toda la relación procesal", ya que, en su defecto, "en cualquiera de las relaciones indicadas impediría el surgir del proceso""*[12]; en el contexto colombiano, pese a que los Códigos procesales no han utilizado la expresión *presupuestos procesales*, la jurisprudencia y la doctrina sí se han ocupado de identificarlos y de precisar sus alcances, de suerte que se ha entendido por tales aquellos *"requisitos indispensables para la formación y desarrollo normal del proceso y para que éste*

[12] La obra de Oskar Von Bulow de la cual se extraen las citas lleva por título *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales* ─E.J.E.A., Buenos Aires, 1964, pp. 4-6─ y la trae a colación el profesor LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio, *Procedimiento Civil, Parte General, Tomo 1,* Novena edición, Dupré Editores, Bogotá, 2005, pp. 957-958.

pueda ser decidido en el fondo mediante una sentencia estimatoria"[13], por manera que *"se impone al fallador, dado el carácter jurídico-público en la relación procesal, el declarar oficiosamente, antes de entrar a conocer y a decidir sobre las pretensiones y excepciones deducidas por los litigantes, si existen o no los presupuestos del proceso"*[14], presupuestos entre los cuales inicialmente se incluyeron la *"demanda en forma, competencia del juez, capacidad para ser parte y capacidad para obrar procesalmente"*[15].

Ahora bien, la consecuencia que en épocas pretéritas solía atribuirse a la ausencia de algunos de los mencionados presupuestos en un determinado caso consistía en que el juez no podía ocuparse de resolver el fondo del litigio y, por consiguiente, había de proferir el correspondiente fallo inhibitorio, el cual, a pesar de que ─como es bien sabido─ no hace tránsito a cosa juzgada y, en principio, no impide que la controversia pueda ser nuevamente planteada ante la autoridad 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

---

[13] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 21 de febrero de 1996, en Gaceta Judicial, T. CXV, p. 129, citada por LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio, *Procedimiento Civil,* cit., p. 958.

[14] *Idem*.

[15] *Ibídem*.

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 doctrina[16] y la jurisprudencia[17] han coincido en señalar que la capacidad para ser parte es la aptitud legal que se tiene para ser sujeto de la relación jurídico – procesal, es la capacidad que tiene la persona para ser titular de derechos y obligaciones procesales, para realizar directamente o por intermedio de sus representantes actos procesales válidos y eficaces, así como para asumir las cargas y responsabilidades que se desprendan del proceso.

El artículo 44 del C. de P.C., dispone que toda persona natural o jurídica puede ser parte en un proceso y que tienen la capacidad para comparecer por sí mismas las personas que pueden disponer de sus derechos; las demás deben comparecer por medio de sus representantes o debidamente autorizados por éstos con sujeción a las normas sustanciales.

Particularmente, en lo que a las personas jurídicas concierne, la misma norma prevé que éstas deben comparecer al proceso por medio de sus representantes con arreglo a lo dispuesto por la Constitución la ley o los estatutos"[18].

Este presupuesto procesal, consistente en la capacidad para ser parte, tradicionalmente se ha examinado bajo la denominación de *inexistencia* de alguna de las partes y su formulación apunta a que la decisión definitiva del litigio se adopte respecto de sujetos de derecho, vale decir que quienes obren como parte en el proceso deben tener, en línea de principio, la condición de personas,

---

[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 parte en un proceso, significa ser sujeto de la relación jurídica procesal, es decir, actuar como demandante, demandado, sindicado, interviniente, etc.. En consecuencia, toda persona natural o jurídica puede ser parte en un proceso, artículo 44 del C. de P.C.". En el sentido ver: GUASP, Jaime, Derecho Procesal Civil, Tomo I. Instituto de Estudios Políticos de Madrid, impreso por Gráficas Hergon.

[17] Nota original de la sentencia citada: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto del 12 de agosto de 2003; Radicación número: 11001-03-15-000-2003-00330-01(S-330).

[18] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 25 de marzo de 2010; Consejera ponente: Myriam Guerrero de Escobar; Radicación número: 25000-23-26-000-1999-02563-02(36489); Actor: Contraloría Distrital de Bogotá. Demandado: Carlos Ariel Sánchez Torres.

naturales o jurídicas, comoquiera que *"bien puede ocurrir que una parte tenga aparentemente carácter de sujeto de derecho, cuando en realidad no es así, como sucedería, por ejemplo, cuando se demanda por cuenta de una sociedad anónima que no se ha constituido o que se disolvió y se liquidó"*[19]; 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. 4°) 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 inhibitoria"*[20] (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).

2.2.3.2.- *La capacidad procesal de los consorcios*.

Observa la Sala que el señor Jesús Ernesto Saldarriaga Escobar, invocando

---

[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 Gutemberg; Demandado: Municipio de Neiva.

su condición de representante del Consorcio GLONMAREX, fue quien confirió poder a la profesional del Derecho que formuló la demanda en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, con la cual se dio inicio al presente encuadernamiento –fls. 1-2, c. 1[22]–; como corolario de lo anterior, el libelo inicial del litigio fue presentado por la abogada en mención, *"en mi condición de apoderada judicial del CONSORCIO GLONMAREX, representado legalmente por el ingeniero JESÚS ERNESTO SALDARRIAGA ESCOBAR ..."* –fl. 3, c. 1–.

En relación con las Uniones Temporales y los Consorcios, figuras descritas en el artículo 7 de la Ley 80 y autorizadas expresamente en el artículo 6 de ese mismo estatuto para *"(…) celebrar contratos con las entidades estatales (…)",* cabe señalar que resulta evidente que se trata de agrupaciones de contratistas u organizaciones empresariales que no configuran una persona jurídica nueva e independiente respecto de los miembros que las integran. En ese sentido, tanto la jurisprudencia del Consejo de Estado como la de la Corte Constitucional han señalado, de manera uniforme y reiterada, que el consorcio o la unión temporal que se conformen con el propósito de presentar conjuntamente una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato con una entidad estatal, no constituyen una persona jurídica diferente de sus miembros individualmente considerados; así pues, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha expresado que *"[E]l consorcio es entonces una forma no 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

---

[22] Reza lo siguiente el poder en mención: *"JESÚS ERNESTO SALDARRIAGA ESCOBAR, mayor de edad, vecino y residente en Santafé de Bogotá, identificado con cédula de ciudadanía (...), en mi calidad de Representante Legal del consorcio GLONMAREX, conforme se acredita con el Acta de conformación que se acompaña a este escrito, manifiesto a Usted que confiero PODER ESPECIAL AMPLIO Y SUFICIENTE ...".*

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

personas jurídicas y que su representación conjunta tiene lugar para efectos de la adjudicación, de la celebración y de la ejecución de los correspondientes contratos[24]. No ofrece, entonces, discusión alguna el hecho de que tanto los consorcios como las uniones temporales carecen de personalidad jurídica diferente de aquella que acompaña a las personas naturales y/o morales que los integran[25].

Por lo anterior, en cuanto los consorcios y las uniones temporales carecen de personalidad jurídica propia e independiente, en otras oportunidades la Sala ha concluido que tampoco pueden comparecer en proceso ante autoridades judiciales, en virtud de lo prescrito en el artículo 44 del Código de Procedimiento Civil, entendiendo así que son las personas naturales y/o jurídicas que los integran las verdaderas titulares de la capacidad para actuar como sujetos procesales[26].

---

[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."

[25] Como en reciente pronunciamiento lo expresó la Subsección A de esta Sección:

"Toda vez que el consorcio o la unión temporal no constituye una persona diferente de los miembros que lo conforman, no puede afirmarse, como lo hace la entidad pública demandada, que la inhabilidad que recaía sobre el señor Héctor Tangarife no afectaba al consorcio, toda vez que la capacidad legal para presentar propuestas y para celebrar contratos se predica de todos y cada uno de sus miembros, por cuanto la participación en la licitación mediante la figura del consorcio no puede servir de pretexto para esconder irregularidades". Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 10 de febrero de 2011; Consejero ponente: Hernán Andrade Rincón; Radicación número: 63001-23-31-000-1997-04685-01(16306); Actor: Consorcio Distrimundo.

[26] Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 7 de diciembre de 2005; Consejero ponente: Alier Hernández Enríquez; Radicación: 27.651.

De otra parte, a través del pronunciamiento consignado en el auto de mayo 13 de 2004, la Sala consideró que no había lugar a la aplicación de la figura del litisconsorcio necesario por activa cuando la unión temporal o el consorcio no hubiere sido seleccionado en el proceso de contratación y sólo uno de sus miembros decidiera comparecer a formular la reclamación correspondiente[27]. Así 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 contratante[28].

---

27 Así lo precisó la Sala en la oportunidad a la cual se hace referencia:

"2.1 El consorcio como proponente en el procedimiento administrativo de licitación pública.

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.

En esa dirección se tenía por cierto entonces que si un consorcio –cuestión que resulta válida también para una unión temporal–, comparecía a un proceso en condición de demandante o de demandado, igual debían hacerlo, de manera individual, los partícipes que lo conforman para efectos de integrar el litisconsorcio necesario, es decir que la parte solo se tendría por debidamente conformada con la vinculación de todos y cada uno de ellos al respectivo proceso judicial. Así las cosas, mayoritariamente, hasta ahora, la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, cuando ha resultado necesario abordar el estudio de casos en los cuales en uno de los extremos de la litis se ubica un Consorcio o alguno(s) de sus integrantes, ha señalado que habida consideración de que el Consorcio ─al igual que la Unión Temporal─ carece de personalidad jurídica, no puede ser tomado como sujeto de derecho apto para comparecer en un proceso jurisdiccional, así éste guarde relación con algún litigio derivado de la celebración o de la ejecución del contrato estatal respectivo:

"CONSIDERACIONES DE LA SALA

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.

Así lo ha precisado la Sala en anteriores oportunidades, al referirse a los efectos vinculantes de la adjudicación:

"Los efectos de la adjudicación son bien conocidos, como que se ha afirmado constantemente que, desde que ella se comunica, surge entre el adjudicatario y adjudicante una situación contentiva de mutuos derechos y obligaciones (...) La adjudicación comunicada traba la relación jurídica, siendo por esto por lo que se dice de ella que desde ese momento se hace ejecutoria. (...) La propuesta implica un sometimiento al pliego de condiciones; y quien propone es porque tiene conocimiento de éste y se somete a sus exigencias. Oferente y proponente son extremos de una relación jurídica que se crea mediante el acto adjudicador (...)"

"Es por lo anterior que la Sala, en repetidas oportunidades, ha expresado que, cuando el consorcio adjudicatario o contratista es demandante o demandado en un proceso, deben intervenir todos sus miembros por cuanto conforman un litisconsorcio necesario.

"Ha precisado también que como los actos contractuales que profiere la administración tienen por objeto regular las relaciones contractuales, vinculan al consorcio y por ello, no es dable que sus miembros ejerciten acciones separadas para demandar su nulidad y el restablecimiento, pues la relación jurídico sustancial determinada por el acto de adjudicación y el contrato es una, aunque en uno de sus extremos haya un sujeto plural". Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 7 de diciembre de 2005; Consejero ponente: Ricardo Hoyos Duque; Radicación: 27.651.

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 oportunidades[30]*, 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:

- Representar a la Unión Temporal ante los miembros de ella, ante terceros y ante todas las autoridades del orden nacional, departamental, municipal, distrital, administrativas o judiciales." (folio 165)

Así las cosas, los miembros de la Unión otorgaron poder al representante legal para que la representara ante todas las autoridades, incluidas las judiciales; sin embargo, dicha autorización no faculta a la unión temporal para hacer parte de un proceso judicial y, en consecuencia, la misma no podía, por medio de apoderado, presentar demanda ejecutiva.

De acuerdo con lo anterior, es necesario confirmar el auto que negó el mandamiento de pago, pues, como se deriva de lo expuesto, no hay título ejecutivo a favor de la Unión Temporal Promédica"[31] (subrayas fuera del texto original).

---

[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.

[31] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del 2 de febrero de 2005; Consejero ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez; Radicación número: 25000-23-26-000-2004-00831-01(28005); Actor: Unión Temporal Promédica; Demandado: Caja Nacional de Previsión Social - CAJANAL E.P.S.

En otra ocasión, respecto del mismo tema al cual se viene haciendo referencia, la Sección Tercera sostuvo lo siguiente:

"A. En relación con el ejecutante, la demanda se dijo presentar en nombre de la UNIÓN TEMPORAL PLUSALUD, para ejecutar cuatro (4) facturas presentadas como consecuencia de la ejecución del contrato, ***con cláusulas exorbitantes****, No. 1066 de 23 de diciembre de 1999 que*

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

---

suscribió con CAJANAL E. P. S. (fols. 9 a 18 c. 2); y se afirmó indefinidamente que tales facturas no las ha cancelado la ejecutada.

*B. La ley 80 de 1993 dispone la posibilidad que las personas interesadas conformen CONSORCIOS o UNIONES TEMPORALES para presentar "**una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato**" (artículo 7º).*

La Sala ha dicho, en forma reiterada, que la Corte Constitucional ha dejado claro que tanto los consorcios como las UNIONES TEMPORALES son asociaciones carentes de personería jurídica y que la representación que prevé la ley se establece para efectos de la adjudicación, celebración y ejecución de los contratos. Por lo tanto, el no constituir la UNIÓN TEMPORAL una persona jurídica diferente de los miembros que la conforman, no tiene capacidad para ser parte ni para comparecer en un proceso judicial; y que quienes tienen la capacidad son, entonces, las personas naturales o jurídicas que la han integrado.
(…)
*El **poder** con el cual se presentó la demanda fue otorgado por ROBERTO MALAGÓN BAQUERO "obrando en mi calidad de suplente del gerente y por ende representante legal de la UNIÓN TEMPORAL PLUSALUD" (fol. 1 c. 1); y el **mandatario** presentó la demanda como apoderado de la UNIÓN TEMPORAL PLUSALUD.*

Dicha circunstancia es indicativa, de una parte, de la errada presentación de la demanda, porque aparece como demandante la UNIÓN TEMPORAL, sin que la misma pueda tenerse como persona jurídica capaz de demandar, pues debieron comparecer las sociedades que conformaron la UNIÓN TEMPORAL. Y de otra parte, que ni siquiera podría tenerse como legitimado para demandar a 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.

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**.*

***Por ello, la Sala sostuvo en diversas oportunidades que si un consorcio, lo cual es igualmente válido para la unión temporal, comparecía a un proceso como demandante o demandado, cada uno de los integrantes debía hacerlo de manera individual integrando un litisconsorcio necesario, es decir que la parte solo se conformaría con la vinculación de todos sus miembros al proceso**.*

(…)

***Considera la Sala necesario precisar que si bien el artículo 7º de la Ley 80 de 1993 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, esta representación está limitada, en principio, a las relaciones que genera el contrato con la entidad contratante**. En el caso concreto, la Unión Temporal designó "como representante del proyecto, así mismo para todos los actos necesarios para el buen desempeño de la propuesta" a la sociedad Diselecsa Ltda.*

Esta representación la habilita para actuar durante la adjudicación, celebración y ejecución del contrato pero no, como en este caso, para actuar por fuera del marco contractual señalado"[32] (énfasis añadido).

Y en providencia de 9 de febrero de 2011, esta misma Sala Plena señaló:

*"Antes de pronunciarse sobre los asuntos sustanciales por los cuales se citó en calidad de litisconsortes a las empresas **AFA CONSULTORES Y CONSTRUCTORES S.A. y GOMEZ CAJIAO Y ASOCIADOS S.A.** se estudiará la naturaleza jurídica de las uniones temporales y las figuras jurídicas del litisconsorcio necesario y facultativo.*

El inciso segundo del artículo 7 de la Ley 80 de 1993 define que se entiende por 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".

En primer lugar se observa que estamos frente a una pluralidad de personas que se unen para presentar una propuesta y ejecutar un contrato, quienes responderán de manera solidaria por el cumplimiento del mismo, sin embargo, y según lo dispuesto por el parágrafo 1°, para el caso de las uniones temporales, debe quedar de manera explícita los términos y la extensión de la participación de cada una de las empresas en la propuesta y la ejecución del contrato, elemento determinante al momento de imponer una sanción o solicitar una reparación.

---

[32] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del 7 de diciembre de 2005; Consejero ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez; Radicación número: 76001-23-31-000-1998-00091-01(27651); Actor: Sociedad Electro Atlántico Ltda.

Por otro lado en diversos pronunciamientos de esta Corporación[33] 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 1994[34], 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.(****negrillas 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.

Los artículos 50[35] y 51[36] del Código de Procedimiento Civil regulan las figuras jurídicas del litisconsorcio facultativo y necesario respectivamente.

---

[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.

[35] "salvo disposición en contrario, los litisconsortes facultativos serán considerados en sus relaciones con la contraparte, como litigantes separados. Los actos de cada uno de ellos no redundarán en provecho ni en perjuicio de los otros, sin que por ello se afecte la unidad del proceso".

[36] Cuando la cuestión litigiosa haya de resolverse de manera uniforme para todos los litisconsortes, los recursos y en general las actuaciones de cada cual favorecerá a los demás. Sin embargo, los actos que impliquen disposición del derecho en litigio solo tendrán eficacia si emanan de todos".

Entre otras diferencias y para el interés de este recurso, podemos afirmar que se distinguen, porque, en el primer caso el juez podrá dictar sentencia sin necesidad de vincular a otro sujeto de derecho, ya que cada uno de los integrantes del consorcio tiene una relación jurídica independiente, en el segundo, es necesaria la participación en el proceso de todos los sujetos de derecho que podrían llegarse a ver afectados por la decisión, debido a la unicidad de la relación sustancial materia del litigio, tal cual lo dispone el artículo 83 del C.P.C.

En sentencia del 13 de mayo de 2004[37] se abordó el tema de ¿Cuándo se entiende configurada la relación jurídica sustancial entre el consorcio y la entidad contratante, que obligue a conformar un litisconsorcio necesario y de esta manera se integre el contradictorio?, como respuesta se dijo lo siguiente:

"Ahora bien, cuando se presenta la propuesta y esta no resulta seleccionada, no surgen las referidas obligaciones y el consorcio pierde vigencia (negrilla fuera de texto).[38]
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[39], que escogieron esa figura negocial para participar en el procedimiento licitatorio o concursal".

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 independiente[40], 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 vinculo 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

---

[37] *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(15321)*

[38] *En auto proferido el 23 de mayo de 2002, expediente 17588, dijo la Sala: "El Consorcio se origina para la presentación de una propuesta, para la adjudicación, celebración y para la ejecución del Contrato por varias personas en forma conjunta, es decir que puede hablarse o del consorcio limitado a la presentación de la oferta cuando el mismo consorcio no resultó adjudicatario o cuando resultando serlo, por tal situación jurídica particular se extiende para la celebración y ejecución del contrato, por determinación legal."*

[39] *Arts. 3 del decreto ley 222 de 1983 y 7 de la ley 80 de 1993.*

[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)*

partes del consorcio o unión temporal[41]*, determinada por el porcentaje o las actividades que desarrollaría en la ejecución del contrato, elemento perfectamente divisible"*[42].

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 –C. de P. C.-, atribuye *"(…) capacidad para comparecer por sí al proceso (…)",* a las personas, naturales o jurídicas, que pueden disponer de sus derechos, sin embargo se precisa que esa condición no se encuentra instituida en la norma como una exigencia absoluta, puesto que resulta claro que incluso la propia ley procesal civil consagra algunas excepciones, tal como ocurre con la herencia yacente[43] o con los patrimonios autónomos, los cuales, a pesar de no contar con personalidad jurídica propia, sí

---

[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.

[43] Artículo 581 del C. de P. C.

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

---

[44] Así lo ha sostenido la doctrina:

"El inciso primero del art. 44 del C.P.C., dispone: "Toda persona natural o jurídica puede ser parte en un proceso": Esta noción ha quedado corta y debe ser completada por la doctrina, pues el legislador olvidó que existen otros sujetos de derecho que están en posibilidad de demandar y ser demandados, sin que sean personas naturales o personas jurídicas.

En efecto, la herencia yacente, la masa de bienes del quebrado, el patrimonio de la fiducia, la masa de bienes del ausente, son típicos ejemplos de patrimonios autónomos que pueden comparecer válidamente en juicio como demandantes, o demandados sin que tengan la calidad de personas naturales o jurídicas. Se trata de una categoría que, a pesar de no estar comprendida por el art. 44 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 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

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 ésta 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 sólo ataña a la ley, acaso también a la técnica y a la estética, pero que no interfiere con la Constitución"[45]*.*

---

disposiciones legales que atribuyen capacidad procesal a sujetos que carecen de personalidad jurídica.

A este respecto, la previsión de la posibilidad de que al proceso comparezcan como partes sujetos de derecho que no se encuentren acompañados de la condición de personas jurídicas, se hace aún más evidente si se repara en lo preceptuado por el inciso primero del artículo 159 de la Ley 1437 de 2011:

"Las entidades públicas, los particulares que cumplen funciones públicas y los demás sujetos de derecho que de acuerdo con la ley tengan capacidad para comparecer al proceso, podrán obrar como demandantes, demandados o intervinientes en los procesos contencioso-administrativos, por medio de sus representantes previamente acreditados" (se deja subrayado).

[45] Corte Suprema de Justicia. Sala Plena. Sentencia de agosto 23 de 1984. Expediente 1157. M. P. Dr. 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] y en mayo 29 de 1990[47].

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".*

Téngase presente que la norma legal en cita condiciona la posibilidad de que las entidades públicas y privadas puedan obrar como demandantes, como demandadas o como intervinientes, en los procesos contencioso administrativos, al cumplimiento de *funciones públicas* por parte de las mismas*,* mas no a la exigencia de que cuenten con personalidad jurídica independiente.

A propósito de la facultad legal que el citado artículo 149 del C.C.A., atribuye a las entidades públicas, carentes o no de personalidad jurídica, para que puedan actuar en los procesos judiciales en calidad de *demandantes,* de *demandadas* o de *intervinientes,* resultan pertinentes e ilustrativas las anotaciones plasmadas en la providencia de julio 15 de 1994, en la cual el Consejo de Estado señaló:

"Procede la Sala en primer término, a resolver la excepción propuesta por el apoderado de la C.V.C. sobre indebida representación de la parte demandante, acogida por la agencia del Ministerio Público al opinar que no debe haber pronunciamiento de mérito sobre la controversia jurídica planteada dentro del proceso (fl. 207).

---

[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.

"Como se lee en el alegato presentado por la parte demandada (folio 189 a 202), dicha excepción se apoya en la circunstancia de que la Contraloría General de la República no representa a la Nación, cuando obra como demandante en procura de la nulidad de actos administrativos no expedidos por ella; pues a su juicio la representación de la Nación que le asigna a ese organismo fiscalizador el artículo 149 del C.C.A., no es absoluta, total y general para todos los eventos, sino sólo para los actos administrativos suyos y no los ajenos; dice que la Nación se representa por cada entidad, según sus actos, pero cuando el acto administrativo no es demandado por la misma entidad que lo expidió, sino por otra distinta, la representación de la Nación no queda radicada en cualquier otro organismo administrativo, ni en la Contraloría General de la República, sino única y exclusivamente en el Ministerio Público, que como su nombre lo indica, es el vocero de la Nación.

"Respecto de la excepción propuesta dirá en primer término la Corporación, que la acción pública de nulidad a la luz de lo dispuesto en el artículo 84 del C.C.A., puede ser instaurada por toda persona, por sí o por medio de apoderado, en cualquier tiempo. Acción, que tiene como finalidad no el restablecimiento o amparo de un derecho particular y concreto, sino la guarda del ordenamiento jurídico general y abstracto.

"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 - júdice 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]*.*

A lo anterior se suma la consideración, muy significativa por cierto, de que el mismo artículo 149 del C.C.A., a la altura de su parágrafo 1º, se ocupó de regular quién ha de llevar la representación de las **dependencias** en el curso de las acciones judiciales de índole contractual, para cuyo efecto hizo expresa referencia a los dictados de la letra b) del numeral 1 del artículo 2 de la Ley 80, de conformidad con los siguientes términos:

"Parágrafo 1º.- En materia contractual, intervendrá en representación de las dependencias a que se refiere el artículo 2º, numeral 1º, literal b) de la Ley 80 de 1993, el servidor público de mayor jerarquía en estas".

Y ocurre que la representación judicial que en la norma transcrita se atribuye al servidor público de mayor jerarquía, se predica respecto de los siguientes entes y dependencias carentes de personalidad jurídica independiente, que la propia Ley 80 denomina como *"entidades estatales",* a los cuales los dota de capacidad contractual:

"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".

Compleméntese lo dicho con la referencia, entre otras, a las siguientes normas positivas:

i).- El numeral 7 del artículo 277 de la Carta Política, después de que otras disposiciones superiores han señalado con precisión que el Ministerio Público es un órgano constitucionalmente autónomo de control (artículos 113, 117 C.P.), y que su supremo director es el Procurador General de la Nación (artículo 275 C.P.), determina que al *"Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus*

[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.

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 estatales[49];

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".*

vi).- El artículo 45 de la Ley 80, expedida en 1993, legitima al Ministerio Público para alegar, ante el juez competente, la nulidad absoluta de los contratos estatales.

vii).- El artículo 3º de la Ley 144, expedida en 1994, prevé que el proceso de pérdida de investidura puede ser promovido por solicitud de la Mesa Directiva de la correspondiente Cámara, a la cual pertenezca el Congresista demandado;

viii).- Los numerales 2 y 3 del artículo 12 de la Ley 472, expedida en 1998, atribuyen la titularidad de las acciones populares tanto a *"*[l]*as entidades públicas que cumplan funciones de control, intervención o vigilancia (…)",* como al *"Procurador General de la Nación, el defensor del pueblo y los personeros distritales y*

---

[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".*

municipales (…)", todo ello después de que en el numeral 1 de esa misma norma incluyó, en una categoría independiente, a *"*[t]*oda persona natural o jurídica".*

ix).- Los numerales 1 y 2 del artículo 8 de la Ley 678, expedida en 2001, radican la legitimación para promover las acciones de repetición, en contra de servidores o exservidores públicos, en *"*[e]*l Ministerio Público"* y en *"*[e]*l Ministerio de Justicia y del Derecho, a través de la Dirección de Defensa Judicial de la Nación, cuando la perjudicada con el pago sea una entidad pública del orden nacional".*

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.

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 1994[51], 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.***

---

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

“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, por lo mismo, no supone una dificultad para identificar a estos sujetos especiales pasivos del tributo.

“De los contenidos de la ley 80 resultan confirmadas las aseveraciones precedentes. El artículo 6o. autoriza para contratar con las entidades estatales a "… las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes". De igual modo señala que, "también podrán celebrar contratos con las entidades estatales, los consorcios y uniones temporales".

“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 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.

“Lo que se ha expresado para el consorcio puede aplicarse del mismo modo para la "unión temporal", si se tiene en cuenta el texto del numeral segundo del mismo artículo 7o. Sin embargo, la norma en cita introdujo a la figura una variante que justifica la diferencia con el consorcio y explica de paso su razón de ser”. (Las negrillas no corresponden al texto original).

La providencia que se deja parcialmente transcrita y, en especial, las normas legales que regulan la materia, permiten inferir con claridad que los consorcios y las uniones temporales se encuentran dotados de capacidad jurídica, expresamente otorgada por la ley, a pesar de que evidentemente no son personas morales, porque para contar con capacidad jurídica no es requisito ser persona.

Y acerca de la capacidad para contratar, la Corte Constitucional[52] 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 contractual –incluyendo los actos jurídicos consistentes en la formulación misma de la oferta; la notificación de la adjudicación; la celebración, ejecución y liquidación del respectivo contrato estatal–, sino que proyecta sus efectos de manera cierta e importante en el campo procesal, en el cual, como ya se indicó, esas organizaciones empresariales podrán asumir la condición de parte, en cuanto titulares de derechos y obligaciones, al tiempo que podrán comparecer en juicio

---

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

para exigir o defender, según corresponda, los derechos que a su favor hubieren surgido del respectivo procedimiento administrativo de selección contractual o del propio contrato estatal, puesto que, según lo dejó dicho la Corte Constitucional, la capacidad de contratación que a los consorcios y a las uniones temporales les atribuyó el artículo 6 de la Ley 80 *"(…) 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 (…)".*

Añádase a lo anterior que el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo –C.C.A.–, modificado por el artículo 32 de la Ley 446 expedida en 1998, disposición que aunque no resulta aplicable al presente asunto porque la demanda se presentó el día 30 de abril de 1997[53], esto es antes de la vigencia de la aludida Ley 446, lo cierto es que dicha normativa que mantiene en lo pertinente las mismas previsiones de la norma legal anterior, aplicable al presente caso y contenida en el Decreto-ley 2304 de 1989 –al establecer que *"cualquiera de las **partes de un contrato estatal** podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y 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

---

[53] En esa misma orientación lo preveía el aludido artículo 17 del Decreto 2304 de 1989, aplicable al presente asunto, en cuya virtud se disponía que: <<***Cualquiera de las partes*** *de un contrato administrativo o privado con cláusula de caducidad podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenaciones o restituciones consecuenciales; que se ordene su revisión; que se declare su incumplimiento y que se condene al contratante responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenaciones>>.* (Negrillas adicionales).

[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).

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 si se llegare a considerar que las exigencias de esta disposición pudieren constituir un obstáculo que impediría tener como sujetos procesales a las organizaciones empresariales que se han venido mencionando, en cuanto carecen de personalidad jurídica, habría que concluir igualmente que aquella norma legal –procesal, especial y posterior–, está llamada a prevalecer y contendría la autorización que anteriormente se echaba de menos.

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.

---

[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 01 del año 1984 y el texto vigente de su artículo 87 fue acogido mediante la Ley 446 expedida en el año de 1998.

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 inadmisible suponer que el representante de una de esas agrupaciones empresariales pudiere 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.

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 (artículo 6, Ley 80), 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.

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 relacionados con el registro de proponentes[56] determinó con claridad que *"[c]uando se trate de personas naturales extranjeras sin domicilio en el país o de personas jurídicas privadas extranjeras que no tengan establecida sucursal en Colombia (…) deberán acreditar en el país un apoderado domiciliado en Colombia debidamente facultado para* ***presentar la propuesta y celebrar el contrato,*** *así como* ***para representarlas judicial y extrajudicialmente"***.[57]

Lo anterior sirve de fundamento para destacar que aunque en el texto de la Ley 80 se encuentran perfectamente claras las limitaciones generales que podrían afectar la representación en asuntos contractuales, al distinguir, de una parte, entre **la presentación de la propuesta** por oposición a **la celebración del contrato** y, de otra parte, la **representación judicial** frente a la **representación extrajudicial,** de todas maneras, y aquí radica la importancia de lo normado en el parágrafo 1º del artículo 7 de la Ley 80, ninguna diferenciación introdujo el mismo

[56] Exigencia que igualmente resulta aplicable a toda actuación contractual que frente a entidades estatales desarrollen aquellas personas naturales extranjeras sin domicilio en el país o las personas jurídicas privadas extranjeras sin sucursal en Colombia.

[57] La representación legal de los consorcios y uniones temporales no sufrió modificación especial con la expedición de la Ley 1150 de 2007, que mantuvo vigentes los artículos 6, 7 y 70 de la Ley 80 de 1993. En cuanto al registro de proponentes, el artículo 6 del primero de los conjuntos normativos en mención estableció directrices para la acreditación y verificación de las condiciones de los proponentes ante las Cámaras de Comercio, a partir de las cuales el Gobierno Nacional reglamentó la materia por medio del Decreto 1464 de 2010, tanto para personas naturales y jurídicas nacionales o extranjeras con o sin domicilio en Colombia. El citado artículo 6 de la Ley 1150, posteriormente, sería modificado por el artículo 221 del Decreto-ley 019 de 2012.

legislador en relación con el alcance de las facultades de los representantes de los consorcios y de las uniones temporales, comoquiera que determinó con precisión que quien sea designado llevará la representación de esas agrupaciones **para todos los efectos,** cuestión que involucra, precisamente, todas las actuaciones anteriormente aludidas, entre las cuales se encuentran –bueno es reiterarlo-, aquellas actuaciones tanto de índole judicial como extrajudicial.

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 la comparecencia en juicio deban hacerla, en forma individual, cada uno de los integrantes del respectivo extremo contractual.

Es allí donde radica la importante diferencia que se registra entre la inexistencia de regulación sobre la materia en los Códigos Civil y de Comercio, en contraste con la norma especial, de Derecho Público, que de manera expresa dota a los consorcios y a las uniones temporales de capacidad, suficiente y plena, para celebrar contratos con las entidades estatales, por manera que su significado va más allá de la simple previsión, en tal caso inane e innecesaria, de limitarse a contemplar la posibilidad de que en los contratos estatales la parte privada pueda estar integrada por más de una persona, natural o jurídica.

Estas mismas argumentaciones sirven para descartar la opción interpretativa encaminada a concebir a los consorcios y a las uniones temporales como simples mecanismos o instrumentos de representación de cada uno de sus integrantes a través del representante común designado para el efecto, puesto que en esa perspectiva a la norma legal especial que se viene mencionando también se le estarían restando o anulando todos sus efectos, como quiera que la figura de la representación se encuentra ampliamente regulada tanto en el Código Civil –artículo 1505– como en el Código de Comercio –artículos 832 a 844–, sin que para su aplicación en la contratación estatal hubiere sido menester consagrar la autorización expresa que faculta a los consorcios y a las uniones temporales para celebrar contratos con las entidades del Estado, en la medida en que la ausencia de regulación especial se supliría con la aplicación de las normas aludidas, incorporadas, como ya se comentó, al Estatuto de Contratación Estatal por mandato de su artículo 13.

Lo propio cabe comentar acerca de varios apartes del artículo 7 de la misma Ley 80; así por ejemplo, si la responsabilidad solidaria que expresamente consagró la norma respecto de los integrantes del consorcio o de la unión 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.

A todo lo anterior se añaden los importantes efectos que para corroborar la tesis aquí expuesta se desprenden del inciso segundo del artículo 52 de la misma Ley 80, norma que al regular la *"RESPONSABILIDAD DE LOS **CONTRATISTAS",*** determinó:

"Los consorcios y uniones temporales responderán por las acciones y omisiones de sus integrantes, en los términos del artículo 7º de esta ley".

Téngase presente que la norma legal transcrita distingue perfectamente entre los consorcios y las uniones temporales por un lado y los integrantes de tales organizaciones por el otro, al punto de hacer responsables a los primeros por las actuaciones u omisiones de los segundos.

De otro lado es claro que si al ocuparse del tema de la responsabilidad civil de los **contratistas**, la ley determina con claridad que quienes deben asumirla serán los *consorcios* o las *uniones temporales,* según cada caso, obvio resulta que una de las maneras, previstas en el ordenamiento legal, para hacer exigible dicha responsabilidad civil será mediante el ejercicio de las correspondientes acciones judiciales, cuestión que, naturalmente, supone la necesidad e importancia de

permitir que dichas organizaciones empresariales puedan ser convocadas a los procesos judiciales y que en los mismos puedan desplegar sus actuaciones para ejercer sus derechos, como el fundamental de defensa.

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 (artículos 44 del C. de P.C. y 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.

Adicionalmente se ha diferenciado entre la legitimación de hecho y la legitimación material en la causa[59]. La primera se refiere a la relación procesal que se establece entre el demandante y el demandado por intermedio de la pretensión procesal, es decir, se trata de una relación jurídica nacida de la atribución de una conducta en la demanda y de la notificación del libelo inicial al demandado, por manera que quien cita a otro y le endilga la conducta, actuación u omisión que dan lugar a que se incoe la acción, está legitimado de hecho por activa y aquél a quien se cita y se le atribuye la referida acción u omisión resulta legitimado de hecho y por pasiva, después de la notificación del auto admisorio de la demanda[60].

Por su parte, la legitimación material en la causa alude a la participación real de la(s) persona(s) demandante(s) y/o demandada(s) en los hechos que originaron el respectivo litigio, independientemente de que dicha(s) persona(s) haya(n), o no, demandado o sido demandada(s). De ahí que la falta de legitimación material en la causa, por activa o por pasiva, no enerve la pretensión procesal en su contenido, como sí lo hace una excepción de fondo, pues, como lo ha precisado la Sala,

«[L]a excepción de fondo se caracteriza por la potencialidad que tiene, si se prueba el hecho modificativo o extintivo de la pretensión procesal que propone el demandado o advierte el juzgador (art. 164 C.C.A) para extinguir parcial o totalmente la súplica procesal.

*La excepción de fondo supone, en principio, el previo derecho del demandante que a posteriori se recorta por un hecho nuevo y probado —**modificativo o extintivo del derecho constitutivo del demandante**— que tumba la prosperidad total o parcial de la pretensión, como ya se dijo.*

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» (negrillas en el texto original, subrayas fuera de él)[61].

---

[59] Ver, por ejemplo, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera sentencia de 15 de junio de 2000; Consejera Ponente: María Elena Giraldo Gómez; expediente No. 10.171; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del veintiocho (28) de abril de dos mil cinco (2005), Consejero ponente: Germán Rodríguez Villamizar, Radicación número: 66001-23-31-000-1996-03266-01 (14.178).

[60] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del treinta y uno (31) de octubre de dos mil siete (2007); Referencia: 13.503; Radicación: 110010326000199713503 00.

[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.

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 otra[62]. 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.

Pero en todos esos casos todos están legitimados de hecho; y sólo están legitimados materialmente, quienes participaron realmente en la causa que dio origen a la formulación de la demanda»[63].

En similar sentido y complementando lo anteriormente expuesto, se ha afirmado lo siguiente:

"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. Nótese que el estar legitimado en la causa materialmente por activa o por pasiva, por sí solo, no otorga el derecho a ganar; si la falta recae en el demandante el demandado tiene derecho a ser absuelto pero no porque él haya probado un hecho nuevo que enerve el contenido material de las pretensiones sino porque quien lo atacó no es la persona que frente a la ley tiene el interés sustantivo para hacerlo -no el procesal-; ***si la falta de legitimación en la causa es del demandado, de una parte al demandante se le negarán las pretensiones no porque los hechos en que se sustenten no le den el derecho sino porque a quien se las atribuyó no es el sujeto que debe responder; por***

---

[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).

[63] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del quince (15) de junio de dos mil (2000); Consejera ponente: María Elena Giraldo Gómez; Radicación número: 10171.

eso, de otra parte, el demandado debe ser absuelto, situación que se logra con la denegación de las súplicas del demandante"[64] (Énfasis añadido).

Finalmente, la Sala estima necesario precisar y enfatizar que la rectificación jurisprudencial que mediante la presente decisión se efectúa en relación con la capacidad procesal que les asiste a los consorcios y a las uniones temporales para comparecer como sujetos 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 razón de su condición de contratistas de las entidades estatales o de interesados o participantes en los 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

---

[64] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del veintidós (22) de noviembre de dos mil uno (2001); Consejera ponente: María Elena Giraldo Gómez; Expediente 13.356. Puede verse, en la misma dirección, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de veintisiete (27) de abril de dos mil seis (2006); Consejero ponente: Ramiro Saavedra Becerra; Radicación número: 66001-23-31-000-1996-03263-01(15.352).

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 natural, las exigencias relacionadas con la debida integración del contradictorio, por manera que, en aquellos eventos en que varios o uno solo de los integrantes de un consorcio o de una unión temporal concurran a un proceso judicial, en su condición individual e independiente, deberán satisfacerse las reglas que deban aplicarse, según las particularidades de cada caso específico, para que los demás integrantes del correspondiente consorcio o unión temporal deban o puedan ser vinculados en condición de litisconsortes, facultativos o necesarios, según corresponda.

4.- *El caso concreto.*

Trayendo los anteriores planteamientos al presente asunto, se tiene que el Consorcio integrado por las sociedades Constructora Normandía S.A., Constructora Global S.A., Constructora Experta S.A., y Constructora Marhnos S.A. en C.V., Consorcio al cual sus integrantes denominan GLONMAREX, presentó una propuesta como participante en la Licitación Pública No. 25 de 1995, convocada por el Consejo Superior de la Judicatura-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, Licitación que fue adjudicada mediante el acto administrativo cuya legalidad se controvierte en el presente proceso, al Consorcio Sáenz- Ruíz- Cadena-Ingenieros Civiles Ltda. ─SADEICO S.A.─.

El libelo introductorio del presente litigio, elevado en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, fue presentado por la mandataria judicial constituida por la persona que hacía las veces de representante legal del Consorcio GLONMAREX y no por cada uno de los integrantes del mismo, circunstancia que condujo al Tribunal Administrativo que profirió el fallo de primera instancia a declarar probado que el mencionado Consorcio carece de legitimación en la causa por activa comoquiera que no se trata de una persona jurídica diferente de las sociedades que lo integran, de modo que mal podría ser 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.

En este orden de ideas y dado que según el ordenamiento vigente se concluye que los consorcios oferentes o contratistas pueden comparecer al proceso a través de apoderado judicial designado por el representante de la respectiva agrupación empresarial **para todos los efectos** relativos a la oferta, al procedimiento administrativo de selección contractual o al contrato respectivo, se impone admitir que el Consorcio GLONMAREX cuenta con capacidad procesal para comparecer al presente litigio a través de su representante, comoquiera que obran en el expediente los siguientes documentos que acreditan quiénes son los integrantes de la agrupación y que el representante legal de la misma se encontraba facultado para conferir el mandato especial mediante el cual se

constituyó la apoderada judicial que instauró la demanda mediante la cual se dio inicio al presente proceso:

a. Comunicación de fecha 23 de diciembre de 1996, suscrita por el ingeniero Carlos A. Polanía C., y dirigida a la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, en la cual se expresa lo siguiente:

"Adjuntamos a la presente, en dos folios, el original del poder conferido a los Ingenieros FRANCISCO VIEIRA PARDO (…) y CARLOS POLANIA (…), para que en ausencia del Ing. JESÚS ERNESTO SALDARRIAGA ESCOBAR, asuma uno de ellos la representación del Consorcio, según lo conferido en el poder" (fl. 459, c. 4).

En el documento anexo a la referida comunicación, consta la siguiente información:

"Los abajo firmantes, miembros del consorcio GLONMAREX conformado para la presentación de la oferta, celebración del contrato y ejecución de la obra de la licitación No. 25 de 1996, reunidos en Santafé de Bogotá el 12 de diciembre de 1996, hemos convenido:

1. Según consta en la carta (anexo 3) sobre información del consorcio anexa a la licitación No. 25 de 1996, los integrantes del consorcio han 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].

[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.

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.
2. Autorizar al representante legal del Consorcio para presentar demanda administrativa contra el CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA por la adjudicación de la licitación 25 de 1996.

3. Autorizar al representante legal a contratar con la abogada Dra. MYRIAM STELLA ROMERO GALINDO para que inicie y lleve hasta su culminación el proceso administrativo.
(…)
DESARROLLO DEL ORDEN DEL DIA.
(…)
2. Se expone el tema de la posibilidad de demandar al CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA por la adjudicación de la licitación 25 de 1996. En primer lugar, interviene el doctor FELIPE BORRERO RIVERA, representante de CONSTRUCTORA NORMANDIA S.A., y manifiesta su acuerdo y viabilidad de presentar la demanda. Seguidamente pide la palabra el Dr. FRANCISCO VIEIRA, representante legal de CONSTRUCTORA EXPERTA S.A. y después de exponer ciertas inquietudes da su aprobación al punto debatido e igualmente lo hace el Dr. JESUS ERNESTO SALDARRIAGA como representante legal de CONSTRUCTORA GLOBAL S.A., pero hace la siguiente acotación y dice: que como representante legal de la firma MARHNOS S.A. de C.V., está de acuerdo con la demanda pero no es su deseo participar en ella y por lo tanto, para no impedir el derecho de acción de los demás integrantes del Consorcio renuncia expresamente al derecho que tiene de reclamar y lo cede a las firmas GLOBAL S.A., NORMANDIA S.A. y EXPERTA S.A.

Los representantes de las Constructoras agradecen el gesto de la firma MARHNOS y aceptan gustosos el ofrecimiento de la cesión de derechos.

3. La Junta autoriza al representante legal del Consorcio a presentar la demanda contra el CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA y por ende a celebrar el contrato de prestación de servicios profesionales con la Dra. MYRIAM STELLA ROMERO GALINDO, cuyos términos de pago de honorarios fueron discutidos y concluidos de la siguiente manera: …" (fls. 1-2., c. 5).

De otro lado, la legitimación material en la causa, como antes se explicó, como presupuesto no de la acción ni de validez del proceso, sino de la adopción de una sentencia estimatoria de las pretensiones del demandante ─o de las excepciones del demandado─ exige establecer si existe, o no, relación real de la parte demandada o de la demandante con la pretensión que ésta eleva o con la defensa que aquélla propone, es decir si las partes en la contienda son las llamadas ─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 dicha organización empresarial –y no las personas jurídicas que lo integran, de manera individual– la que participó en la Licitación Pública No. 25 de 1996 del

Consejo Superior de la Judicatura, la que legítimamente aspiraba a fungir como contratista de esta entidad y la que se vio –según su propio entender– antijurídicamente lesionado por la decisión contenida en la Resolución No. 3498 del 29 de diciembre de 1996, mediante la cual el negocio jurídico en liza fue adjudicado a otro proponente.

Algo similar puede aseverarse en cuanto tiene que ver con la solicitud de nulidad procesal formulada por el Ministerio Público ante el *ad quem*, pedimento que se sustentó en la alegada existencia de una indebida representación de la sociedad mexicana MARHNOS S.A. en C.V.; empero, el anotado planteamiento de la Vista Fiscal parte de la equivocada premisa en virtud de la cual la mencionada sociedad debía ser convocada, necesariamente, como parte al presente litigio, cuando lo cierto es que el jurídicamente capacitado para incoar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que dio origen a este proceso y el legitimado –materialmente y de hecho– en la causa es el Consorcio GLONMAREX, único sujeto llamado a integrar el extremo activo de la litis, sin que a ella, por todas las razones que se han dejado expuestas, resulte menester convocar a las personas jurídicas integrantes del tantas veces mencionado Consorcio. Por tal razón, sin necesidad de efectuar lucubraciones adicionales, será desestimada la solicitud de nulidad procesal elevada por el Ministerio Público en la segunda instancia.

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 Judicatura[66], 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 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".

En el punto número 2 del pliego de condiciones se establecen las condiciones particulares de la licitación y dentro del mismo, en el apartado 2.2, se indica cuáles son y qué características deben acompañar a los *"documentos de la propuesta"*; de ellos interesa, para los efectos de la presente providencia, hacer alusión a los siguientes:

"La propuesta deberá estar integrada por los siguientes documentos:
(...)
j) Experiencia del proponente.

j.1) Experiencia General:

Se acreditará 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.

j.2) Experiencia Similar:

Se acreditará mediante el anexo de fotocopia de certificaciones expedidas por las entidades del Estado y particulares, donde conste la experiencia del proponente, en trabajos similares a los que hacen parte del objeto de esta

[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.

licitación, las cuales deben indicar como mínimo objeto del trabajo, valor, metros cuadrados de construcción y períodos de ejecución.

Para considerar la experiencia similar del proponente con particulares, debe anexar además de la certificación, la copia del contrato o convenio suscrito con el particular.

Para considerar las certificaciones de obras en ejecución debe indicarse en la misma, el porcentaje y/o valor, así como el área de avance de trabajos realizados a la fecha de la certificación.

No se considerarán las certificaciones de valores inferiores al 1% del valor de la inversión de la licitación.

k) Experiencia de los profesionales presentados para ejecutar los estudios y las obras:

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	*250*

de las obras.	
Total	*1.000*

(...)

B.1 CALIFICACIONES EN DETALLE*.*

(...)

4. INFORMACION SOBRE EXPERIENCIA GENERAL DEL PROPONENTE*.* ***(200)***

-Certificados cuya sumatoria en valor sea mayor a $15.000 millones de pesos	*200*
- Certificados cuya sumatoria en valor se encuentre entre $15.000 y $14.000 millones de pesos.	*175*
- Certificados cuya sumatoria en valor se encuentre entre $14.000 y $13.000 millones de pesos.	*150*
- Certificados cuya sumatoria en valor se encuentre entre $13.000 y $12.000 millones de pesos.	*125*
- Certificados cuya sumatoria en valor se encuentre entre $12.000 y $11.000 millones de pesos.	*100*
- Certificados cuya sumatoria en valor se encuentre entre $11.000 y $10.000 millones de pesos.	*75*
- Certificados cuya sumatoria en valor se encuentre entre $10.000 y $9.000 millones de pesos.	*50*
- Certificados cuya sumatoria en valor se encuentre entre $9.000 y $8.000 millones de pesos.	*25*
- Certificados cuya sumatoria en valor se encuentre entre $8.000 y $7.000 millones de pesos.	*15*
- Certificados cuya sumatoria en valor se encuentre entre $7.000 y $6.000 millones de pesos.	*10*
- Certificados cuya sumatoria en valor sea menor a $6.000 millones de pesos.	*0*

5. INFORMACION SOBRE LA PARTICIPACIÓN EN PROYECTOS SIMILARES*.*

Se ordenarán las cinco (5) certificaciones de mayor área (m2).
Si su sumatoria es:

- Más de 90.000 m2	*250*
- Entre 90.000 y 85.000 m2	*225*
- Entre 85.000 y 80.000 m2	*200*
- Entre 80.000 y 75.000 m2	*175*
- Entre 75.000 y 70.000 m2	*150*
- Entre 70.000 y 65.000 m2	*125*
- Entre 65.000 y 60.000 m2	*100*
- Entre 60.000 y 55.000 m2	*75*
- Entre 55.000 y 50.000 m2	*50*
- Entre 50.000 y 45.000 m2	*25*
- Menos de 45.000 m2	*0*

" (fls. 30-86, c. 4)*.*

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).

d. Acta de cierre de la Licitación No. 25 de 1996 del Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, de fecha 29 de noviembre de 1996, en la cual consta la siguiente información:

"El doctor Luis Fernando Arias verificó que la urna estaba sellada y que los sellos estaban en buen estado, igualmente, ordena la apertura de la urna. Se contaron trece (13) propuestas.

Se abrieron los sobres que contenían los originales de las ofertas, las cuales se detallan a continuación:

(…)

CONSORCIO CONSTRUCTORA NORMANDIA S.A. *Folios 365*
Póliza No. 500666

CONSTRUCTORA GLOBAL S.A. *Expedida por*
CONSTRUCTORA EXPERTA S.A. *La Confianza*
Y CONSTRUCTORA MARHNOS S.A.
(…)
CONSORCIO SAENZ RUIZ CADENA *Folios 1085 (3 tomos)*
INGENIEROS CIVILES LTDA
SADEICO S.A. *Póliza No. 487909 …"* (fls. 283-289, c. 4).

e. Documento intitulado *"Acta No. 55"*, en el cual puede leerse lo siguiente:

"En Santafé de Bogotá D.C., a los veintiséis (26) días del mes de diciembre de mil novecientos noventa y seis (1996), siendo las cinco y cuarenta (5:40) a.m., se reunieron en el Despacho del Director de la Unidad Administrativa los siguientes funcionarios integrantes de la Junta de Licitaciones:
(...)
EVALUACION TÉCNICA.

Efectuada la evaluación técnica por la Unidad de Recursos Físicos e Inmuebles del Consejo Superior de la Judicatura, las firmas proponentes obtuvieron los siguientes puntajes, en su orden:

1. CONSTRUCTORA NORMANDIA S.A., CONSTRUCTORA GLOBAL S.A., CONSTRUCTORA MARHNOS S.A. DE C.V., CONSTRUCTORA EXPERTA	*975*
1. ARQUITECTOS E INGENIEROS ASOCIADOS S.A.	*975*
2. CONSTRUCTORA COLMENA S.A.- ESTRUCTURAS DE HORMIGON LTDA.	*970*
3. ALFREDO MUÑOZ Y CIA LTDA.	*950*
3. CONSORCIO SAENZ CADENA INGENIEROS CIVILES LTDA. SAIDECO S.A.	*950*
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"
(fls. 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:
(...)
2. Proponente No. 9 Consorcio

Integrantes Consorcio:

- Constructora Normandía S.A.
- Constructora Global S.A.
- Constructora Marhnos S.A. de México
- Constructora Experta S.A.
(...)
2.6 Los certificados de experiencia general de la firma Marhnos S.A. de C.V. no pueden ser tenidos en cuenta para la calificación de la propuesta, ya que fueron expedidos en la República de México y no se encuentran certificados por el Cónsul General de la República de Colombia en México, tampoco están avalados por el Ministerio de Relaciones Exteriores de la República de Colombia, de conformidad con lo establecido en el código de comercio y el código de procedimiento civil sobre otorgamiento de documentos en el exterior, por esta razón y debido a que las otras firmas integrantes del Consorcio no presentaron certificación, la experiencia general en particular de este Consorcio debe ser calificada con un puntaje de cero y según el siguiente cuadro.

Constructora Normandía	*No presentó certificación de obra*
Constructora Global	*No presentó certificación de obra*
Constructora Marhnos	*No son válidos*
Constructora Experta	*No presentó certificado de obra*

Puntaje para experiencia general = 0.0

Por esta razón deben descontarse 200 puntos a la calificación de esta propuesta.

Revisada la propuesta se pudo establecer que la documentación presentada para la experiencia general y de participación en trabajos similares, presentados por la firma mexicana Marhnos S.A. de C.V., no se encuentran certificados por el Cónsul General de la República de Colombia en México, así como tampoco están avalados por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, por consiguiente no pueden ser tenidos en cuenta (art. 22.4 de la Ley 80 de 1993 y 480 del Código de Comercio).

2.7 De igual manera los certificados de participación en trabajos similares presentados por la firma mexicana Marhnos S.A. de C.V. no pueden ser tenidos en cuenta para la calificación de la propuesta, por esta razón el puntaje de participación en trabajos similares para este Consorcio debe ser así:

Constructora Normandía S.A.	*No presentó certificación de obra*
Constructora Global S.A.	*No presentó certificación de obra*
Constructora Marhnos	*No son válidos por no estar acreditados ante el Ministerio de Relaciones Exteriores ni el Consulado de Colombia en México.*
Constructora Experta S.A.	*Presenta un solo certificado de acuerdo a los pliegos de licitación para la obra de Puerto Comercial Panamá, no califica.*

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 (residente de acabados) e Ing. Fernando Cediel Casas (residente de instalaciones).

En nuestra propuesta puede verse que el primero de ellos está matriculado desde 1974 Folio No. 528, el segundo desde 1987 Folio No. 549 y el Tercero desde 1977 Folio No. 582, es decir, cuentan con experiencia mayor a siete años.

No obstante, puede haberse entendido que parte de la experiencia no es acreditable para desarrollar residencias de obra. Con el fin de subsanar cualquier duda a este respecto, podemos ver en el desglose de sus experiencias presentadas en sus hojas de vida Folios 514-A-583 que si bien no se le da expresamente el nombre del cargo como residentes de obras, sí ejercían la residencia de las obras certificadas con presencia 100 por 100, en las labores de la obra con el título del cargo de Ingeniero Director, Interventor o Coordinador de obra, tal como lo acreditan las certificaciones. La basta (sic) *experiencia en el manejo de las obras de nuestros profesionales propuestos para los cargos de residentes de obra, le garantizarán al proyecto, a la Entidad y a nuestro Consorcio la certeza del buen desempeño y los óptimos resultados en la obra y al balance de la ejecución de la misma.*

***La calificación es el resultado de promediar los puntajes obtenidos por cada uno de los residentes, tal como lo contempla el pliego de condiciones. En consecuencia, se recalifica con 15 puntos este ítem**.*

(...)

La Doctora Tulia Adelaida Ruiz Ruiz, Directora Ejecutiva de Administración Judicial acto seguido concede la palabra a los proponentes para que expongan los comentarios que estimen pertinentes.

El representante Legal del Consorcio Constructora Normandía S.A.- Constructora Global S.A. - Constructora Marhnos S.A. y Constructora Experta S.A., solicita se le tenga en cuenta las certificaciones expedidas en el exterior, toda vez que la exigencia de autenticación de los documentos no estaba plasmada en los pliegos de condiciones y esto atenta contra el principio de transparencia y además por cuanto la Ley 80 no lo exige y es una ley de carácter especial que prima sobre el Código de Comercio.

Cita una sentencia del Consejo de Estado, en la cual se dice que la norma del Código de Comercio se aplica para entidades que no se han incorporado al país.

El señor Andrés Escobar, representante de la misma firma, agrega que no entiende cómo una vez detectada la falta, no se subsanó de oficio por parte de la entidad, como sí sucedió con documentos que le faltaron a otras firmas proponentes.

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 complementando o mejorando la propuesta, lo cual está prohibido por el mismo Estatuto.

La ley 80 de 1993 es el Estatuto Contractual que rige los actos y contratos estatales; la exigencia de autenticación consular, está plenamente determinada en la misma. Es precepto legal amparado por el principio, que la ignorancia de la ley no sirve de excusa.

Los principios de transparencia, objetividad y economía están dados en los pliegos de condiciones.

Los documentos exigidos en el pliego de condiciones para acreditar tanto la experiencia general como la similar, eran las certificaciones de entidades oficiales, los contratos o convenios celebrados con particulares y en tratándose de documentos otorgados en el exterior, debían cumplir con lo establecido en el artículo 480 del Código de Comercio. Documentos éstos que con toda la ritualidad de la ley eran indispensables para la comparación objetiva de las propuestas.

(...)

Acto seguido el Presidente de la Junta de Licitaciones da lectura a los puntajes finales de evaluación técnica de las propuestas:

1. CONSORCIO SAENZ CADENA INGENIEROS CIVILES LTDA SAIDECO S.A.	*950*

1. ALFREDO MUÑOZ Y CIA LTDA.	*950*
2. CONSORCIO GARPER CONSTRUCCIONES LTDA EQUIPO UNIVERSAL Y CIA LTDA -MARIO GERMAN GARCIA GARCIA	*933*
3. CONCONCRETO S.A	*925*
4. BELTRAN PINZON Y CIA S.A. CONSTRUCCIONES	*915*
5. CONSTRUCTORA COLMENA S.A.-ESTRUCTURAS DE HORMIGON LTDA	*900*
6. ARQUITECTOS E INGENIEROS ASOCIADOS S.A	*885*
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. CONSTRUCTORA NORMANDIA S.A., CONSTRUCTORA GLOBAL S.A. CONSTRUCTORA MARHNOS S.A. DE C.V. CONSTRUCTORA EXPERTA S.A.	*830*
10. UNION TEMPORAL A.V. INGENIEROS LTDA Y ALVARO VALDES	*815*
11. ASOCIACION DE VIVIENDA POPULAR SIMON BOLIVAR	*745*

A continuación se da lectura a la Resolución No. 3498 del 29 de diciembre de 1996, de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, por medio de la cual se adjudica al CONSORCIO SAENZ-RUIZ-CADENA INGENIEROS CIVILES LTDA-SAIDECO S.A., denominado CONSORCIO 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 la ilegalidad de la decisión adoptada por la Administración y ***ii)*** que la parte actora demuestre que su oferta era la mejor y que de no haberse presentado el vicio de ilegalidad habría sido la ganadora de la licitación o del correspondiente procedimiento administrativo de selección contractual. En este sentido se ha señalado:

"… el éxito de la prosperidad de la pretensión de nulidad del acto de adjudicación, depende fundamentalmente, del acreditamiento del vicio de ilegalidad de este y de la prueba que permita inferir que la propuesta del demandante, estaba emplazada y merecía ser, de acuerdo con los criterios objetivos de selección, la adjudicataria, por cumplir con todos los requisitos de los pliegos de condiciones, que para el efecto se consideran ley del procedimiento de selección …"[67].

Sobre el mismo particular, la jurisprudencia de esta Corporación ha expresado lo siguiente:

"La Sociedad demandante pide declarar que tenía derecho a ser preferida en la adjudicación y, por virtud de ello, que se le reconozcan los ´perjuicios de todo orden, materiales y morales - debidamente actualizados, comprometiendo el daño emergente y el lucro cesante...´, causados con la expedición del acto administrativo impugnado.

(…)

Sin embargo, como lo anota el Tribunal y el Ministerio Público, no hay prueba de que la propuesta de la sociedad demandante hubiese sido mejor, y que, por lo mismo, le correspondía ser preferida en la adjudicación"[68].

Y, en posterior oportunidad, también señaló la Sección Tercera:

"A la luz de los lineamientos diseñados por la jurisprudencia de la Sala, correspondía a la parte actora, no solamente, probar los cargos de ilegalidad formulados contra el acto administrativo acusado, sino también, estaba en el deber

---

[67] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 3 de mayo de 1999; Consejero ponente: Daniel Suárez Hernández; Radicación: Expediente: 12344.

[68] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 13 de mayo de 1996; C.P. Juan de Dios Montes Hernández; Radicación: Exp. 9474.

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 indemnización"[69].

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 oferta fuera calificada con el máximo puntaje posible, esto es el de 1000 puntos; tal circunstancia determina –en el sentir del actor– que la Resolución No. 3498 del 29 de diciembre de 1996 habría vulnerado 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 de 1994, en cuanto se habría adjudicado el contrato a un proponente distinto del que habría tenido mejor derecho, con omisión de los parámetros que las normas en cita establecen para la realización de procedimientos administrativos de selección de contratistas, al haberse asignado

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

al Consorcio demandante una calificación errónea, subjetiva y arbitraria, apartada de los criterios que se habían fijado en el pliego.

En general, la alegada transgresión de los preceptos constitucionales, legales y reglamentario en mención se sustenta, según se expuso en la demanda, en que la decisión administrativa cuestionada estaría incursa en las causales de nulidad consistentes en violación de la ley, forma irregular y desviación de poder, básicamente con fundamento en tres consideraciones en las cuales se apoyan, en común, los tres referidos vicios afectantes de la validez de la Resolución enjuiciada:

(i) Que por parte de la entidad contratante se habrían aducido requisitos puramente formales, innecesarios para llevar a cabo la comparación entre propuestas, con el fin de disminuir el puntaje inicialmente asignado a la propuesta del Consoricio aquí demandante, como es el caso de la falta de legalización de algunos documentos presentados por la sociedad mexicana MARHNOS S.A. de C.V.;

(ii) Que aún sin tomar en consideración la experiencia general de la sociedad mexicana en comento, la acreditada por las otras personas jurídicas integrantes del Consorcio GLONMAREX resultaría suficiente para que a éste le 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 adjudicación[70]–, esto es que los documentos respectivos no podían ser valorados por no haber sido allegados debidamente legalizados al procedimiento administrativo de licitación, toda vez que fueron producidos en el extranjero, es un argumento que resulta conforme a Derecho y constituye una razón válida para sustentar determinación impugnada, con lo cual no se transgredió precepto constitucional o legal alguno de los que regulan los procedimientos administrativos de selección de contratistas por parte de las entidades públicas.

No ofrece discusión alguna que en virtud del principio de economía, ya el artículo 25-15 de la Ley 80 de 1993 consagró la prohibición de que las entidades estatales pudieren formular exigencias meramente formales como pedir documentos originales o autenticados, sellos, reconocimiento de firmas y demás requisitos no previstos en la ley; a la vez, el mismo precepto legal, en su inciso segundo, prescribió que "[*L]a ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de propuestas, no servirá de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos*" [71].

---

[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, puesto que aunque la parte considerativa no sea muy explícita, hay que entender incorporadas a su motivación las razones analizadas en la reunión de la Junta de Licitaciones o debatidas en la Audiencia Pública de Adjudicación. Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 1º de octubre de 1992; Consejero ponente: Carlos Betancur Jaramillo; Expediente: 6.920.

[71] El citado segmento normativo fue expresamente derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007, norma que fue publicada en el en el Diario Oficial No. 46.691 de 16 de julio de 2007 y empezó a regir seis (6) meses después de su promulgación. Empero, el transcrito inciso 2º del numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 fue reproducido en el parágrafo primero del artículo 5º de la aludida Ley 1150, por manera que el Estatuto de Contratación Estatal mantuvo las directrices y la filosofía inicial, en el sentido de regular de manera restringida la posibilidad de que las entidades estatales puedan rechazar o excluir válidamente las ofertas recibidas, de conformidad con las siguientes previsiones:

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 entidades no pueden seleccionar entonces las ofertas que se encuentren en circunstancias de incumplimiento de requisitos esenciales o indispensables establecidos en el correspondiente pliego de condiciones –lo cual incluye aquellos

---

"PARÁGRAFO 1o. La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación. No obstante lo anterior, en aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización" (se deja subrayado).

que hoy la propia ley denomina *"requisitos habilitantes"*[72]–, por lo cual no será válido que tras la apariencia de tales exigencias en realidad se disfracen u oculten inhabilidades o incompatibilidades distintas a las previstas en la Constitución o en la ley para impedir la participación de ciertos interesados en los respectivos procedimientos administrativos de selección contractual.

La posibilidad de que las entidades estatales contratantes procedan a través de sus actos administrativos (resoluciones, circulares, decretos, manuales internos, etc.), incluidos los correspondientes pliegos de condiciones, a consagrar prohibiciones, inhabilidades o incompatibilidades no previstas en la Constitución o en la ley que impidan la participación de los interesados en los procedimientos administrativos de selección contractual, además de no encontrar fundamento expreso –como se requiere– en las normas constitucionales o legales vigentes y con ello contrariar las disposiciones consagradas en los artículos 6, 121 y 122 de la Carta Política y consiguientemente viciar tales decisiones por falta de competencia, significa también desconocer –sin facultades que lo autoricen– el principio general de la ***libertad*** que informa, inspira, explica y hasta justifica la existencia misma de la propia Constitución Política.

Lo anteriormente expuesto en relación con el principio de economía, empero, no constituye óbice para sostener que las normas imperativas que establecen requisitos necesarios para que los distintos medios de prueba regulados por la ley puedan gozar de mérito demostrativo, han de ser efectiva y cabalmente cumplidas por los participantes en todo procedimiento administrativo de selección de contratistas.

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 1993[73], 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:

---

[72] Así lo recoge de manera expresa el numeral 1º del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007.
[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".*

"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 intervinientes podrían ver comprometida su responsabilidad individual, a voces de lo dispuesto por el artículo 6 constitucional.

Adicionalmente, lo previsto en el dispositivo legal en cita guarda absoluta armonía y coherencia con aquello que consagra –al ocuparse de regular la figura del registro de proponentes– el inciso final del numeral 4 del artículo 22 de la Ley 80 de 1993[74], en el siguiente sentido:

"Los documentos otorgados en el exterior deberán presentarse legalizados en la forma prevista en las normas vigentes sobre la materia. Lo establecido en este artículo se entenderá sin perjuicio del deber a cargo de la entidad estatal respectiva de exigir a dichas personas documentos o informaciones que acrediten su experiencia, capacidad e idoneidad" (se ha subrayado).

Súmese a lo hasta ahora expresado, en la misma dirección, que de conformidad con lo que establece el inciso primero del artículo 77 de la Ley 80 de 1993, *"[E]n cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de esta ley, las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa, serán aplicables en las actuaciones contractuales. A falta de éstas,*

[74] El contenido del citado artículo 22 de la Ley 80 de 1993 ha sido sustituido por el del actualmente vigente artículo 6 de la Ley 1150 de 2007.

regirán las disposiciones del Código de Procedimiento Civil"; pues bien, toda vez que en materia de requisitos de aducción o de valoración de los distintos medios de prueba admitidos por la ley, nada establecen de forma expresa ni el Estatuto Contractual ni el Código Contencioso Administrativo –este último, de hecho, a través de su artículo 57 dispone que *"serán admisibles todos los medios de prueba señalados en el Código de Procedimiento Civil"*[75]–, se impone admitir que en esta materia resulta aplicable lo regulado en el Estatuto Procedimental Civil, cuyo artículo 259, en relación con los presupuestos que deben ser observados para que 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

---

[75] Esta expresión aparece reiterada en el inciso segundo del artículo 40 de la Ley 1437 de 2011.

Pública No. 25 de 1996, comoquiera que tales documentos fueron otorgados en el extranjero y no fueron allegados al procedimiento administrativo de licitación con la imperativa e insoslayable exigencia de la legalización o de la apostilla.

Ahora bien, aún cuando no se trató de un cargo formulado con la demanda, sino de una de las alegaciones efectuadas durante la audiencia de adjudicación de la Licitación No. 25 de 1996 –consistente en que el Consejo Superior de la Judicatura debió requerir al Consorcio GLONMAREX para que subsanara la deficiencia de los documentos aportados por la firma MARHNOS S.A. de C.V., que no contaban con apostilla o legalización–, estima la Sala oportuno precisar que dicha posibilidad no se encontraba al alcance de la entidad estatal contratante, pues una vez expirado el plazo de la licitación, el artículo 30-7 de la Ley 80 de 1993 sólo autorizaba a la entidad para *"solicitar a los proponentes las aclaraciones y explicaciones que se estimen indispensables"*, pero no para que éstos subsanen, enmienden o complementen sus propuestas, pues ello introduciría una evidente trasgresión al principio constitucional y a la vez derecho fundamental a la igualdad, el cual constituye, bueno es precisarlo, la "regla de oro" de cualquier procedimiento administrativo de selección contractual.

En lo relativo a la calificación asignada a la propuesta del Consorcio actor por cuanto tiene que ver con el rubro correspondiente a la experiencia general del oferente, debe la Sala establecer si el mismo fue correctamente calificado por la entidad demandada, sin tener en cuenta –como el Consejo Superior de la Judicatura acertadamente lo hizo– la experiencia que pretendió acreditar la sociedad MARHNOS S.A. de C.V., como integrante del Consorcio demandante, por las razones que se han expuesto en precedencia.

Así las cosas, si se revisa la propuesta presentada por el Consorcio GLONMAREX en cuanto respecta al ítem *"experiencia general del proponente"*, se tiene lo siguiente:

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 similares a la que constituyó el objeto de la citada Licitación No. 25 de 1996 –fls. 635-645, c. 3–, se aprecia que fueron aportadas algunas certificaciones expedidas por entidades financieras en las cuales se hace constar que la Constructora Normandía contrajo obligaciones crediticias con dichas entidades, el monto de las acreencias respectivas y el destino que debía darse a los correspondientes recursos; empero, nada en tales documentos se afirma respecto del objeto puntual de las obras que se dice habrían sido adelantadas por la Constructora Normandía S.A., o respecto del período de ejecución y del efectivo desarrollo de las mismas, razón por la cual se trata de documentos que no reúnen los requisitos fijados en el pliego y a los cuales mal podría asignarse puntaje alguno.

Por cuanto tiene que ver con la Constructora Global S.A., todo lo que aparece en cuanto a experiencia general o experiencia similar a la del objeto a contratar, en la propuesta presentada por el Consorcio GLONMAREX, es un folio en el cual puede leerse lo siguiente: *"CONSTRUCTORA GLOBAL S.A., compañía*

de reciente constitución. Agosto 1996" –fl. 619, c. 3–; en ese orden de ideas, toda vez que brilla por su ausencia documento alguno idóneo para acreditar experiencia en cabeza de esta integrante del Consorcio aquí demandante, tampoco correspondía asignar puntaje alguno al mismo por razón de lo acreditado por sus integrantes.

Finalmente, en cuanto atañe a la Constructora Experta S.A., en el aparte de la propuesta destinado a la documentación acreditativa de la experiencia general sólo aparece un cuadro en el cual se relacionan la obras que dicha Constructora dice haber adelantado –fl. 633, c. 3–, pero no se acompañó soporte documental alguno que así lo demostrara; más adelante, en el apartado de la oferta destinado a sustentar la experiencia similar a la del objeto a contratar, aparece un nuevo cuadro resumen de dicha experiencia –fl. 71, c. 3– y de la allí relacionada se acompañaron solamente dos certificaciones –obrantes a fls. 72 y 81, *ídem*– que 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,oo. 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 un lado, por cuanto asignó valor a algunas de las obras que la Constructora Normandía S.A., dijo haber adelantado, sin que las certificaciones allegadas para sustentarlo reunieran las exigencias del pliego; de otra parte, equivocó el monto del valor de una de las dos obras que se certificó que había sido ejecutada por la Constructora Experta S.A. –tomó como valor el de 7.150'000.000 (fl. 117, c. 1), cuando la certificación realmente da cuenta de un monto de 7'150.000, según antes se indicó– y, finalmente, incurrió en un grosero error aritmético, como lo pone de presente al aparte que a continuación se transcribe:

> *"Total Experiencia General Normandía* *$15.031.555.000*[76]
> *Total Experiencia General Experta* *$5.697.243.315*[77]
>
> *TOTAL CONSIDERADO EN LA CALIFICACION* *$30.728.801.315*
> (sic)*"* (fl. 118, c. 1)

Por último, el Consorcio demandante reprochó también la calificación que a su propuesta le fue asignada en relación con el ítem número 6.3 del pliego, esto es el relativo a la experiencia del personal que haría las veces de residente en la obra, en lo que tiene que ver con dos aspectos:

a. La *"experiencia profesional en construcción de edificios, en especial residencia de obra"* –letra a) del apartado 6.3 del pliego, fl. 56, c. 4–, que fue calificada con un total de 15 puntos de 30 posibles, en criterio del Consorcio demandante no habría sido adecuadamente valorada comoquiera que la experiencia efectivamente acreditada por los ingenieros y arquitectos propuestos por el Consorcio GLONMAREX para hacer las veces de residentes de estructura, de acabados y de instalaciones habrían resultado más que suficientes para haber obtenido el puntaje más alto por este concepto.

---

[76] Este es el monto de la experiencia que el Consejo Superior de la Judicatura consideró acreditado, en realidad, por la Constructora Experta.

[77] Este es el monto de la experiencia que el Consejo Superior de la Judicatura consideró acreditado, en realidad, por la Constructora Normandía.

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 Cediel 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.

En síntesis, teniendo en cuenta cuanto se acaba de explicar, concluye la Sala que la propuesta presentada por el Consorcio GLONMAREX debió ser calificada como a continuación se indica, atendidos los resultados del análisis que se dejó expuesto y que se llevó a cabo con fundamento en los cargos formulados en la demanda y en el material probatorio allegado al presente expediente:

Enfoque general y metodología propuesta..... 100
Organización técnica y administrativa que se dará a los trabajos.....100

Cronogramas.....100
Experiencia general del proponente..... 0
Participación en trabajos similares.....250
Experiencia de los profesionales.....230
Total de los puntajes.....780"

Dicha puntuación ubica al Consorcio GLONMAREX en el puesto undécimo en el orden de la calificación de los proponentes que participaron en la Licitación No. 25 de 1996, por manera que el aquí demandante no consiguió demostrar, de un lado, que el contrato estatal hubiere sido indebidamente adjudicado al CONSORCIO S.R.C.-SADEICO, beneficiado con dicha decisión, contenida en la Resolución No. 3498 del 29 de diciembre de 1996, aquí enjuiciada y menos todavía consiguió acreditar que su propuesta –la del Consorcio GLONMAREX, se itera– hubiere sido la mejor calificada y la más conveniente tanto para el interés general como para los fines de la contratación en el presente caso específico.

Por tal razón, la Sala negará vocación de prosperidad a las pretensiones de la demanda.

6.- Costas.

Habida cuenta de que para el momento en el cual se profiere este fallo, el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de condena en costas cuando alguna de las partes ha actuado temerariamente y, en el *sub lite*, ninguna procedió de esa forma, en el presente asunto no habrá lugar a imponerlas.

En mérito de lo anteriormente expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

F A L L A :

PRIMERO: UNIFICAR la Jurisprudencia en relación con la capacidad procesal que legalmente les asiste a los consorcios y a las uniones temporales para comparecer como sujetos –en condición de partes, terceros interesados o litisconsortes– en los procesos judiciales en los cuales se debatan asuntos relacionados con los derechos o intereses de los que son titulares o que discuten

o que de alguna otra manera les conciernen con ocasión o por causa de la actividad contractual de las entidades estatales.

SEGUNDO: NEGAR la solicitud de nulidad procesal elevada por la Procuraduría Quinta Delegada ante el Consejo de Estado, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

TERCERO: REVOCAR la sentencia apelada, esto es la proferida el 31 de enero de 2001 por el Tribunal Administrativo de Descongestión con sede en Bogotá D.C., Sección Tercera, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído y, por consiguiente, **NEGAR** las súplicas de la demanda.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, **devuélvase** el expediente al Tribunal de origen para su cumplimiento.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

HERNÁN ANDRADE RINCÓN
Presidente

STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO **MAURICIO FAJARDO GÓMEZ**
Con salvamento de voto

ENRIQUE GIL BOTERO **RAMIRO PAZOS GUERRERO**

DANILO ROJAS BETHANCOURT **JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ **CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**

SALVAMENTO DE VOTO

Consejera: STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO

LOS CONSORCIOS - No son personas / CONSORCIOS - No son titulares de derechos y obligaciones / CONSORCIOS - No resulta posible confundir los derechos con la capacidad ni definir al sujeto a partir de este atributo / DESAPARECIMIENTO DEL CONSORCIO - En el período clásico sustituido

por la sociedad societatis del ius gentium / CONSORTIUM - No tuvo memoria en el período posclásico

Si bien la idea original del consorcio expresó la suerte común -con sortium- a la que quedaban expuestos los hijos frente a la universalidad de bienes constituida a la muerte del padre, que les imponía el ejercicio de la potestad dominical in solidum (consortium inter frates) y no pro parte e imitando ese ámbito doméstico en el antiguo Derecho romano se admitió la comunidad entre extraños –genus societatis proprium civium Romanorum-, constituida mediante un acto especial de la voluntad privada –certa legis actus-, superado el paralelo con la colegiatura de los magistrados romanos, que inspiró a la figura e introducida la distinción entre la cosa corporal y la incorporal (el derecho), cada condómino puede disponer de su cuota parte en abstracto, desapareciendo así el consorcio en el periodo clásico, al paso que la comunidad entre extraños del ius civile vino a sustituirse por la sociedad –societatis- del ius gentium. Decantada en el periodo posclásico del Derecho romano la categoría persona como el destinatario de la norma y partícipe de las relaciones jurídicas, hace referencia específicamente al hombre libre, ciudadano, de su propio derecho (sui iuris), las asociaciones –societas, ordo, sodalitas, collegium, corpus y universitas-, las fundaciones y los municipios, sin encontrar para entonces memoria alguna del consortium.

IUSNATURALISMO - Se concibió la persona como una construcción jurídica / PERSONA - Se le atribuye capacidad para ser sujeto de derechos subjetivos / EXISTENCIA DE LA PERSONA - La autonomía de la voluntad privada y la decisión del juez son insuficientes para constituir, autorizar o reconocer su existencia en ausencia de norma positiva

Superado el ius naturalismo en el que se la concibió como sinónimo de hombre, la persona se comprende como –se destaca- “una construcción jurídica, es decir, un concepto abstracto que sirve para indicar que a determinados seres se les atribuye capacidad para ser titulares (o sujetos) de derechos subjetivos …”, esto es una categoría definida y moldeada por el ordenamiento, resultando, entonces, la autonomía de la voluntad privada y la decisión del juez insuficientes para constituir, autorizar o reconocer su existencia en ausencia de norma positiva.

CAPACIDAD COMO ATRIBUTO DE LA PERSONALIDAD - Es inconcebible sin la existencia de la persona / PERSONAS JURIDICAS - Es admisible su existencia sin capacidad de obrar pero no es entendible la capacidad sin sujeto

Y conforme con el entendimiento de la capacidad, como atributo de la personalidad, esto es ontológicamente inconcebible sin la existencia de la persona, señala la doctrina, “[d]esde el momento en que surge a la vida del derecho una persona jurídica de derecho privado, tiene capacidad de goce, es decir, poder ser titular de derechos”. Y si bien se admite la existencia de las personas jurídicas sin capacidad de obrar, no resulta posible el entendimiento de la capacidad sin sujeto.

CONSORCIOS O UNIONES TEMPORALES -Fue equivocada la elaboración doctrinaria a la que acudió la Sala para reconocerles capacidad para ofertar y contratar con el Estado / CONSORCIO DESDE EL DERECHO PRIVADO - No son personas jurídicas que puedan demandar directamente ni ser demandados a menos que se haga por intermedio de las personas que independiente lo integran

De donde deviene en equivocada la elaboración doctrinaria a la que acudió, sin fundamento legal, la posición mayoritaria de la cual me aparto, en el sentido de que el reconocimiento de capacidad otorgada a distintas personas para presentar una oferta común y contratar con el Estado, es suficiente para considerar al consorcio y la unión temporal como titulares de derechos. Desde el derecho privado al consorcio se le concibe ante todo como una forma de colaboración, a través de la cual dos o más personas, en ejercicio de su autonomía y sin fines asociativos, esto es con el ánimo de aportar bienes a un patrimonio común y compartir utilidades o pérdidas, se proponen una tarea económica particularmente importante, distribuyéndose los riesgos pero conservando su independencia jurídica.

CAPACIDAD JURIDICA DE CONSORCIOS - En virtud de la ley 80 de 1983 quedó incólume la independencia y capacidad jurídica

Los consorcios comportan un instrumento que el ordenamiento jurídico ofrece a una pluralidad de sujetos para un fin común y que la mayoría de las veces buscan hacerle frente a una economía más exigente, que se agrupan sin fines asociativos y unen energías con el objeto de desarrollar una operación o actividad específica, como ofertar y contratar con el Estado, bajo una modalidad que no origina un sujeto distinto, con existencia propia, por lo que las disposiciones del art. 7º de la Ley 80 de 1993 dejan incólume la independencia y capacidad jurídica de quienes lo integran.

CAPACIDAD DE LOS CONSORCIOS - Infundada la afirmación mayoritaria de la Sala de interpretar que la Ley 80 les atribuye capacidad para presentar la oferta, recibir la adjudicación, celebrar y ejecutar el contrato / CAPACIDAD PARA CONTRATAR - La tienen las personas que conforman el consorcio o unión temporal no las agrupaciones

En el marco de la contratación estatal, resulta infundada la afirmación de la posición mayoritaria en el sentido de que las disposiciones de la Ley 80 de 1983 atribuyen capacidad a los consorcios para presentar la oferta, recibir la adjudicación, celebrar y ejecutar el contrato. Por el contrario, expresamente dispone el artículo 7º de la ley en cita que la oferta la presentan, la adjudicación la reciben y el contrato lo celebran y ejecutan, en forma conjunta, las personas que conforman el consorcio o la unión temporal y no estas agrupaciones. (…) no dejan dudas las disposiciones de esa misma norma en cuanto a que son los miembros del consorcio quienes tienen la capacidad para designar al representante conjunto, de donde claramente la representación es a título personal de quien ha conferido ese mandato, pues, es entre estas personas que se establecen las relaciones originadas en la asociación, al punto que en ellas recae directamente la responsabilidad.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1983 - ARTICULO 7

CONSORCIOS - No es dable reconocerles capacidad por el solo hecho de que las disposiciones faculten a los miembros

De donde no resulta posible el entendimiento mayoritario según el cual es dable reconocer capacidad al consorcio por el solo hecho de que las disposiciones facultan a los miembros, para que, actuando en su propio nombre designen un representante común, que pueda gestionar, en nombre de cada uno de ellos, la presentación de la oferta, la adjudicación, celebración y celebración del contrato. Y en cuanto resulta claro que las disposiciones de la Ley 80 de 1983 no dotaron al

consorcio y la unión temporal de una capacidad distinta del atributo de que goza cada uno de sus miembros, huelga concluir que estas agrupaciones, en realidad, constituyen formas especiales para el ejercicio de la capacidad de obrar de cada uno de los miembros. Esto es, mecanismos dispuestos por la ley para que quienes se agrupan, con el fin participar en la actividad estatal, puedan ejercer de manera conjunta su propia capacidad y no una distinta.

Asimismo, en tanto la capacidad, como atributo de la personalidad y los derechos subjetivos se diferencian, no resulta posible concluir que la sola facultad otorgada por la ley a cada uno de los miembros para que ejerza a través de un representante común la capacidad de que goza, constituya un derecho subjetivo y que, por tanto, se pueda entender a la agrupación como un sujeto.

1. **La autorización legal para que el consorcio o la unión temporal sean parte en el contrato no le confiere a la agrupación una capacidad procesal distinta de la que ostentan sus miembros. El reconocimiento de ese atributo por vía judicial, además de carente de fundamento, invierte la responsabilidad de los contratistas al convertir a los miembros de la agrupación en terceros**

La posición mayoritaria de la que disiento parte del supuesto infundado de que en tanto la agrupación es titular de derechos, por extensión, debe reconocérsele capacidad procesal para que puedan ejercerlos efectivamente. Si la agrupación no es titular de derechos, porque no es sujeto, al punto que ni siquiera la ley le otorga una capacidad distinta del atributo de que gozan cada uno de los integrantes, aquella nada puede ejercer judicialmente.

Es que no puede olvidarse que la acción, en cuanto derecho subjetivo, debe estar en cabeza de un sujeto y este, obviamente, no es la agrupación. Por ello no comparto la posición mayoritaria de concebir al consorcio y a la unión temporal como sujetos del derecho de acción, esto es, como titular del derecho de acceder a la jurisdicción.

Ahora, en el campo procesal el artículo 44 del Código de Procedimiento Civil en forma expresa dispone *“**[t]oda persona** natural o jurídica puede ser parte en un proceso”*. Es decir, el presupuesto procesal de “capacidad para ser parte” se refiere a que al proceso solo pueden comparecer **personas**, naturales o jurídicas,

con las excepciones que el citado artículo 44 del C.P.C. señala[78]. Y definitivamente no está dentro de estas excepciones la posibilidad de que el consorcio acuda al proceso directamente.

En este panorama, la capacidad para ser parte comprende i) **"la aptitud legal"** que se tiene para formar la relación jurídico-procesal como lo reiteró esta Corporación en pasadas oportunidades[79] y ii) un presupuesto procesal vinculado a la existencia de una persona. De donde la ausencia de una y otro acarrea, como consecuencia, la imposibilidad de establecer la relación procesal. En ese orden, si los consorcios y las uniones temporales no son sujetos de derecho, carecen de la capacidad procesal.

Es que la existencia de consorcios y uniones temporales se limita y condiciona al tiempo que dura el proceso de selección del contratista, la ejecución y/o liquidación, siempre bajo el presupuesto de la existencia del contrato; de modo que tanto el consorcio como la unión temporal no son personas aptas para comparecer a un proceso judicial, al margen de que la vinculación guarde relación con algún litigio derivado de la celebración o de la ejecución del contrato estatal en particular.

Esto significa que la facultad que la ley otorga a la persona que designen las partes para que represente al grupo se circunscribe a la operación contractual, sin que ello conlleve capacidad procesal.

---

[78] *ARTÍCULO 44. CAPACIDAD PARA SER PARTE Y PARA COMPARECER AL PROCESO. Toda persona natural o jurídica puede ser parte en un proceso.*
Tienen capacidad para comparecer por sí al proceso, las personas que pueden disponer de sus derechos. Las demás deberán comparecer por intermedio de sus representantes, o debidamente autorizadas por éstos con sujeción a las normas sustanciales.
Las personas jurídicas comparecerán al proceso por medio de sus representantes, con arreglo a lo que disponga la constitución, la ley o los estatutos.
Cuando el demandado sea una persona jurídica que tenga varios representantes o mandatarios generales distintos de aquéllos, podrá citarse a cualquiera de ellos, aunque no esté facultado para obrar separadamente.
Cuando los padres que ejerzan la patria potestad estuvieren en desacuerdo sobre la representación judicial del menor, el juez le designará curador ad litem, a solicitud de cualquiera de ellos o de oficio.

[79] *Nota original de la sentencia citada. Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto de 12 de agosto de 2003; Expediente (S-330)*

En ese orden de ideas, son los integrantes del consorcio o de la unión temporal quienes concurren al proceso, en activa o pasiva[80], pues la capacidad otorgada por el artículo 7º se confiere para contratar no para comparecer al trámite judicial. Bajo esta línea, el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el art. 32 de la Ley 446 de 1998, en cuanto faculta a *"cualquiera de las partes de un contrato estatal"* para abogar por la declaratoria existencia o nulidad, amén de condenas o restituciones, se refiere a los miembros. Por lo que no puede entenderse que el artículo 44 del C. de P.C., comprenda a los Consorcios o Uniones Temporales.

En suma aunque el Estatuto de Contratación permite que los consorcios y las uniones temporales puedan contratar con el Estado, vulnera el ordenamiento otorgarles capacidad.

En rigor, solo las **personas** son sujetos de derecho y asimismo titulares de derechos y obligaciones. Cosa distinta es que en los eventos en que las mismas no comparecen a juicio directamente, como ocurre con los incapaces o las personas jurídicas, lo hagan a través de representante, al punto que su falta de comparecencia podría dar lugar a sentencia inhibitoria.

A mi juicio, ni siquiera de la interpretación extensiva a la que acude la posición mayoritaria puede concluirse i) que la ley faculta a las entidades estatales sin personería jurídica para contratar y ser parte en un proceso judicial y ii) otorga a los consorcios y uniones temporales capacidad procesal.

Como lo reitera la misma jurisprudencia en que se funda la posición mayoritaria, la capacidad procesal es un atributo legal, razón por la que no le ha sido dado al juez otorgarla por vía de extensión o analogía.

Pero es que, además, no es dable entender que, en cuanto la ley faculta a las entidades estatales para contratar al margen de personería jurídica, les otorga igualmente capacidad para comparecer a juicio. Es que no puede olvidarse que el Estado, en sus distintos niveles centralizado o descentralizado, actúa en ejercicio de capacidades individuales o de la inherente a su personalidad general. Es decir, nada distinto hacen las disposiciones de la Ley 80 de 1983 en esta materia que

---

[80] *Artículo 6º de la Ley 80 de 1993 dispone "también podrán celebrar contratos con las entidades estatales, los consorcios y uniones temporales"-*

autorizar que el Estado, así como ejerce sus funciones a través de distintas entidades, ejerza su capacidad de obrar en materia de contratación a través de esas mismas entidades. De lo contrario resultaría imposible el cumplimiento de los cometidos estatales inmersos en la contratación.

De manera que resulta infundada la posición mayoritaria de que la disiento, en cuanto supone que las entidades estatales sin personería jurídica actúan, en materia de contratación estatal y representación judicial, con una capacidad exótica, distinta de la que ostenta el Estado y del cual son expresión o manifestación directas.

Tampoco resulta acertada la deducción de la capacidad procesal a la que acude la posición mayoritaria, a partir de la autorización legal conferida a los patrimonios autónomos y a la herencia yacente para ser parte en los juicios judiciales. Esto porque, como lo ha reiterado esta Corporación, el ordenamiento separa a aquel del constituyente y el atributo conferido a la herencia yacente en cuanto excepción no puede extenderse a otras universalidades o agrupaciones –C. P. C, Art. 44-. Además, el reconocimiento de la herencia yacente como parte procesal se funda en el hecho incontrovertible de que esa universalidad comprende obligaciones y derechos, imposibles de atribuir a los herederos o acreedores por ser estos desconocidos. Situación ajena al consorcio y a la unión temporal; sus integrantes se conocen y pueden válidamente ejercer los derechos.

Es decir, mientras el reconocimiento de la capacidad procesal de la herencia yacente encierra la afectación de los bienes que conforman la universalidad a la eficacia del ejercicio de los derechos del heredero no conocido y de los acreedores, en el caso del consorcio y la unión temporal, la misma eficacia reclama lo contrario, esto es no desligar a sus integrantes de la defensa del patrimonio que les pertenece.

A mi juicio, el reconocimiento de la capacidad procesal que la posición mayoritaria otorgó a los consorcios y uniones temporales, nada tiene que ver con los fines a los que sirve la autorización legal para que las entidades estatales, sin personería jurídica, sean parte en el contrato y en el proceso, tampoco con la capacidad procesal reconocida a la herencia yacente. Aunado a que hace surgir situaciones anómalas, como paso a enunciar.

1.1. Reconocer al consorcio y a la unión temporal como sujeto titular del derecho subjetivo de acción y como tal, con capacidad para ser parte, convierte a los miembros del consorcio en personas distintas de la agrupación y por tanto terceros frente a la relación contractual. De donde los efectos de la sentencia deben hacerse valer contra el consorcio o la unión temporal y no puede alcanzar a los terceros no vinculados.

1.2. En cuanto el consorcio y la unión temporal son agrupaciones sin fines asociativos, carecen de patrimonio común, lo que imposibilita hacer efectiva la sentencia condenatoria en su contra. Esta situación, a diferencia del reconocimiento de la capacidad procesal i) a las entidades estatales que si bien no tienen personería jurídica sí son centros de imputación presupuestal del Estado y ii) a la herencia yacente, esto es a la afectación de la universalidad conformada por el activo y el pasivo del causante que aún no sido aceptada a los intereses del heredero no conocido y de los acreedores; libera de la responsabilidad que las disposiciones de la Ley 80 de 1993 pusieron en cabeza de los miembros del consorcio y la traslada a una agrupación incapaz de responder.

1.3. En ese mismo orden, el reconocimiento de la capacidad procesal a la agrupación pone en entredicho el ejercicio de las prerrogativas de la administración de declarar el incumplimiento o la caducidad administrativa del contrato, con efectos frente a los miembros del consorcio, en tanto se entiende que éste es el sujeto titular de los derechos, como lo concluyó la posición mayoritaria que no comparto.

1.4. Asimismo, en cuanto las normas procesales son de orden público, no resulta posible el entendimiento según el cual, siendo el consorcio o la unión temporal el sujeto titular del derecho de acción, resulta facultativo decidir i) si la parte procesal es ese sujeto o los distintos miembros que lo conforman o ii) si entre todos ellos puede conformarse, a discreción, el litisconsorcio facultativo o necesario. Como equivocadamente lo concluyó la posición mayoritaria.

1.5. Tampoco se tuvo en cuenta los efectos que el reconocimiento de la capacidad procesal a la agrupación tiene en materia probatoria, pues resulta claro que si la parte es el consorcio o la unión temporal, deben ser estos los sujetos llamados a rendir la declaración de parte, en tanto que cada uno de sus miembros podría ser citado al proceso como testigo.

2. **El consorcio o la unión temporal subsisten solamente en cuanto la oferta presentada a través de esta agrupación sea adjudicada**

En tanto resulta incontrovertible que la agrupación a través de la cual los proponentes ejercen de manera común su capacidad para ofertar es de carácter transitorio, si la misma no es adjudicada, el consorcio o la unión temporal pierden su razón de ser, conforme con las disposiciones legales que las autorizan.

Razón de más para concluir que, en el caso concreto, en cuanto la oferta presentada por los integrantes no fue adjudicada, el consorcio, aún entendido como agrupación sin personería jurídica no existe y, por tanto, no podía tenerse como parte demandante, como efectivamente sucedió.

En este panorama, en tanto no se encuentra presentes los presupuestos procesales de la acción, la Sala se encontraba impedida para resolver de fondo la controversia.

En los términos anteriores dejo consignado mi disenso.

Fecha *ut supra.*

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO
Consejera de Estado