

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO JUZGADO DIECISIETE (17) CIVIL MUNICIPAL

Cra. 10 n° 14-33 Piso 7 Edificio Hernando Morales Molina
Tel. 3410678. Email: cmpl17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de agosto de Dos Mil Veintiuno (2021).

RAD. 11001 - 40 - 03 - 017 - 2021 - 00260 - 00 (*Cuaderno principal*)

Procede el despacho a resolver el recurso de reposición y en subsidio apelación formulados por el apoderado del demandante en contra del auto calendado el 25 de junio del 2021^(pdf 09 cp.), providencia por la que se rechazó la demanda, y se ordenó devolverla junto con los anexos, en razón que no se subsanó en debida forma el derecho de postulación en los términos que se requirió por auto que inadmitió del 21/05/2021^(pdf 06 cp.).

ARGUMENTOS DEL RECURSO

El impugnante formuló sus reparos frente a la decisión, manifestando que quien actúa como demandante en el presente tramite es el FONDO NACIONAL DEL AHORRO “CARLOS LLERAS RESTREPO”, no el consorcio SERLEFIN BPO&O – FNA CARTERA JURÍDICA, argumentando que este último solo tiene facultad de otorgar poderes especiales a nombre de la mencionada entidad y representarla judicialmente, pero ante la gran cantidad de procesos que lleva, sustituyó sus facultades a los actuales apoderados, por lo que ellos «[representan] únicamente los intereses del FONDO NACIONAL DEL AHORRO “CARLOS LLERAS RESTREPO”», aclarando que la sustitución del poder se realizó desde la dirección electrónica que tiene inscrita en el registro mercantil la sociedad SERLEFIN BPO&O ZONA FRANCA S.A.S. que hace parte del consorcio SERLEFIN BPO&O – FNA CARTERA JURÍDICA.

CONSIDERACIONES

Los poderes deben estar controlados y deben ser objeto de contradicción en sana lid, para destacar aquellos eventos en los cuales las autoridades incurren en alguna irregularidad, por lo que los procesos judiciales no escapan a dichos postulados y desde tiempo atrás en materia civil se permite a las partes dentro del proceso formular reparos a las decisiones adoptadas en el curso de un litigio, bien por reposición para que el mismo juez que dictó la providencia verifique sus argumentos y modifique o revoque la determinación (art. 318 CGP) o para que directa o subsidiariamente el superior funcional revise la actuación (art. 320 *ibídem*) pero solo en casos particularmente dispuestos por el legislador (art. 321 *ib.*).

Tanto las providencias censuradas como la impugnación formulada tienen como eje temático la distinción entre la capacidad para ser parte, la capacidad procesal y el derecho de postulación, aspectos que deberán analizarse para resolver la censura del libelista.

En primer lugar, esta judicatura no desconoce la naturaleza jurídica de la entidad ejecutante, pues su creación, existencia y representación no están en tela de juicio, máxime si en virtud de norma expresa se creó (DL. 3118 de 1968) y se sometió al régimen de empresa industrial y comercial del estado de carácter financiero del orden nacional de naturaleza especial con personería jurídica, sometido a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia (L. 432 de 1998), lo que de suerte le da plena capacidad de ejercicio para ejercer sus derechos y contraer obligaciones (art. 14 CN; art. 633 CC), lo que automáticamente y de forma concreta le da la capacidad para ser parte dentro del proceso, esto es, acudir ante la justicia para reclamar lo suyo (núm. 1° art. 53 CGP), máxime si la norma instrumental no puede desconocer que su fin último es la materialización de los derechos sustanciales (art. 11 *ibídem*).

Sin perjuicio de lo anterior, la persona jurídica no puede actuar propiamente porque es ficticia, moral o un ente realmente abstracto que por sí solo no se expresa, sino que depende de que un tercero como persona natural exteriorice a los demás lo que pretende, en últimas, necesita de un representante que en virtud de la ley y los estatutos es quien actúa en su nombre, aceptando las obligaciones y ejerciendo sus derechos (art. 639 y 640 CC), fundamento por el cual se dispuso en la norma adjetiva que las personas jurídicas deben comparecer al proceso *«por medio de sus representantes, con arreglo a lo que disponga la Constitución, la ley o los estatutos»*, permitiéndoles incluso que quien en el proceso manifieste la voluntad de la persona jurídica como parte no solamente sea el representante legal principal, sino también aquel que tenga a su cargo la representación judicial e incluso a su apoderado general debidamente inscrito (art. 54 CGP).

En el primer de los eventos, cuando se explicó el reconocimiento que desde lo procesal se le hace a la persona para que sea parte dentro del proceso, se habla de la *«capacidad para ser parte»*, mientras en el segundo, al precisarse como esa parte debe intervenir, actuar y ejercer los actos procesales se hace referencia a la forma en que la parte debe *«comparecer al proceso»*, al respecto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil manifestó:

«En relación con la capacidad para ser parte, el Código Civil señala que la capacidad de las personas es de dos clases: la capacidad de goce o sustancial y la capacidad legal. La primera consiste en la aptitud que corresponde a toda persona, natural o jurídica, para ser sujeto de derechos y obligaciones. La segunda hace relación a la habilidad que la ley reconoce para intervenir en el comercio jurídico, por sí mismas y sin el ministerio o representación de otras personas, es decir, la capacidad de ejercicio. Estas especies de capacidad, lo tiene dicho la Corte, se proyectan en el derecho procesal bajo las denominaciones de capacidad para ser parte y capacidad procesal o para comparecer al proceso. La primera, correlativa a la capacidad de goce o sustancial, corresponde a toda persona, sea natural o jurídica, por el sólo hecho de serlo, para ser sujeto de una relación procesal. La segunda se traduce en la aptitud de la persona para ejecutar y recibir con eficacia todos los actos procesales, identificándose con la capacidad legal o de ejercicio del derecho civil. Por consiguiente, “toda persona natural

o jurídica puede ser parte en un proceso”, sólo que, para comparecer al proceso, la jurídica debe hacerlo por “medio de sus representantes, con arreglo a lo que disponga la Constitución, la ley o los estatutos”, mientras que la natural puede comparecer por sí al proceso cuando no ha sido declarada incapaz conforme a la ley, pues si lo fue, debe hacerlo por conducto de su representante, o con autorización de éste» SC-156-2001, (subrayado fuera del texto).

Pero lo resuelto en las providencias atacadas no tiene nada que ver con la capacidad de ser parte de la entidad ejecutante, aunque sí sobre su comparecencia como tal al juicio, pues lo que realmente extraña el juzgado es que sea un consorcio el que otorgue poder y, eventualmente, quien resulta mandatario sustituya al que ahora impugna, por lo tanto, en lo que deberá centrarse este análisis es en si ese consorcio puede otorgar poder en nombre de la entidad ejecutante y, por consiguiente, si a quien se le confirió tal mandato podía sustituir.

En ese camino, hay que decirse que el consorcio y la unión temporal no son figuras autóctonas colombianas, sino que tienen su antecedente histórico en el contrato denominado «*joint venture*» o «*joint enterprise*» de origen británico en épocas de colonización, contrato que es descrito sencillamente por el maestro Lisandro Peña así:

«El joint venture encuentra su origen comercial en la evolución histórica del imperio británico, cuando se formaban agrupaciones dedicadas a la colonización de nuevos territorios. Tales agrupaciones se encontraban integradas por caballeros aventureros, quienes decidían unir esfuerzos, haciendo algún tipo de aporte y asumiendo riesgos con el fin de obtener utilidades»¹.

Este concepto avanzó en el tiempo y se consolidó en la medida de que creó un contrato atípico el cual en últimas es un acuerdo de asociación entre dos o más personas naturales o jurídicas para ejecutar una actividad conjunta, asumir sus riesgos de forma compartida «y, en consecuencia, los contratantes actúan como verdaderos socios, así no se constituya una sociedad como tal» (C-994-2001), con lo que esta clase de contratos no crean una nueva persona jurídica distinta a los contrayentes, ni tampoco se estructura sobre la base de una personalidad jurídica, más bien es un mero acuerdo de voluntades de carácter asociativo que tiene como finalidad la consecución de un determinado negocio y la adquisición de riesgos compartidos.

Aunque tal acuerdo de voluntades tiene ciertas particularidades que de forma autónoma lo dejan excluido de cualquier otra clase de vínculo contractual, a partir de la jurisprudencia en lo constitucional y lo contencioso administrativo se ha equiparado y casi que unificado el término de «*joint venture*» con el concepto de «*consorcio*» y «*unión temporal*» en el ámbito de la contratación pública.

¹ Peña Nossa, Lisandro (2010). Contratos mercantiles nacionales e internacionales. 3ra Ed. Universidad Santo Tomás. Editorial Temis. Bogotá.

Al respecto, el Consejo de Estado² precisó:

*«Ahora bien, para el asunto discutido, resulta necesario referirse a la naturaleza del contrato de asociación a riesgo compartido o “joint venture” y, en especial, a la forma en que las partes deben registrar en su contabilidad las operaciones que realizan en desarrollo de estos acuerdos. Los contratos de colaboración empresarial [...] han sido definidos por la doctrina como aquellos que “tienen por finalidad la consecución de un propósito común [...]. Estas figuras contractuales surgen como métodos para determinar colaboración, cooperación o coordinación entre distintas empresas, tendientes al logro o a la realización de un negocio jurídico-económico común; generalmente son utilizadas para emprendimientos económicos de relativa importancia y que necesitan importante infraestructura que no podría ser brindada por una sola de las contratantes en actuación individual”. Se destacan como características de este tipo de contratos de colaboración empresarial, las siguientes: i) las partes mantienen su individualidad jurídica, ii) su finalidad se agota en la consecución del negocio para el cual se conformó y iii) pueden ser bilaterales o plurilaterales. **Dentro de las modalidades de los contratos de colaboración o participación empresarial se encuentran, entre otros, los consorcios, las uniones temporales, las agrupaciones de colaboración y los “joint venture” o contratos a riesgo compartido**» (resaltado fuera de texto).*

De esa forma, las uniones temporales y los consorcios son esencialmente contratos celebrados por dos o más personas que en conjunto cumplen requisitos para contratar con una entidad pública, de tal manera que en ambas figuras los integrantes responden solidariamente por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato estatal, pero su responsabilidad está comprometida de acuerdo a su participación -en el caso de las uniones temporales- o de forma conjunta e indistinta -en el caso de los consorcios- (art. 7° L. 80 de 1993).

El punto es que el legislador le reconoció capacidad para contratar tanto a los consorcios como a las uniones temporales, pero únicamente para celebrar el contrato con la entidad estatal (art. 6° *ibidem*), al respecto la jurisprudencia constitucional al estudiar el tema precisó:

«La Ley 80 de 1993, al crear las figuras de los consorcios y uniones temporales y constituirlos como sujetos de la contratación administrativa, reconoce una realidad del mundo comercial que son los denominados “contratos de colaboración económica”, que en la hora actual se celebran para la efectiva realización de proyectos de contratación pública altamente especializados e intensivos en capital y así mismo indispensables para que el Estado Social de Derecho, cumpla los cometidos para los cuales fue instituido (Preámbulo y artículos 1 y 2 Superiores). En torno a la capacidad contractual de los consorcios y uniones temporales la jurisprudencia constitucional ha expresado que el Estatuto de contratación les reconoce

² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia del 2 de febrero de 2017. Ponente: Hugo Fernando Bastidas Bárcenas. Expediente 05001-23-31-000-2011-01299-01.

*este atributo sin exigirles como condición de su ejercicio la de ser personas morales. **También ha dicho que el “consorcio es un convenio de asociación, o mejor, un sistema de mediación que permite a sus miembros organizarse mancomunadamente para la celebración y ejecución de un contrato con el Estado, sin que por ello pierdan su individualidad jurídica, pero asumiendo un grado de responsabilidad solidaria en el cumplimiento de las obligaciones contractuales”.** Debe anotarse que en la intervención de los consorcios y uniones temporales como uno de los extremos de la relación contractual, la autonomía de la voluntad está expresada por las actuaciones de sus miembros, que son los que al celebrar el respectivo contrato finalmente responden por las acciones u omisiones que se presenten con ocasión de la gestión contractual consorcial o de la asociación temporal», C-949-2001 (negrilla fuera de texto).*

En esa medida, es claro que el consorcio y la unión temporal no son más que contratos o convenios de asociación que carecen de personería jurídica, no son personas, no tienen capacidad para ejecutar actos y adquirir derechos, salvo lo que respecta a la celebración del contrato estatal, pero el hecho de que lo celebren no implica que la ejecución la realice la unión temporal o el consorcio, sino que sus miembros vistos de forma individual son quienes finalmente llevan a ejercer el objeto contractual, más no puede aceptarse que la unión temporal o el consorcio es quien ejecuta la obra, presta un servicio o vende el producto al Estado, sino que -se reitera- son cada uno de sus integrantes que así lo hacen y por eso, son ellos quienes están llamados a responder ante la ley por su incumplimiento y negligencia.

Y como se recuerda, las normas de procedimiento únicamente son instrumentos para la efectividad de derechos sustanciales, por eso es que sí el consorcio y la unión temporal no son personas, carecen de capacidad y no pueden actuar más allá de la celebración del contrato estatal, el legislador los excluyó en el reconocimiento de su capacidad para ser parte (art. 54 CGP).

Ahora bien, no puede desconocerse en este proceso el hecho de que fue la representante legal de la entidad ejecutante quien otorgó poder al consorcio, pues tal calidad se entiende por establecida (inc. 4° art. 74 CGP) e incluso no se puede debatir que se haya otorgado poder al consorcio porque en últimas está ejecutando su labor, pero lo que sí es causa de inadmisión y rechazo en las providencias censuradas es que quien otorgó poder para actuar en este juicio ejecutivo fue el señor EDUARDO TALERO CORREO, quien dice actuar como «representante legal para asuntos judiciales de acuerdo al contrato de consorcio denominado CONSROCIO SERLEFIN BPO&O-FNA CARTERA JURÍDICA», como si fuera posible que un contrato -como el consorcio o la unión temporal- fueran susceptibles de ser representados, pues se reitera nuevamente que no son personas.

Situación por la cual se encontró configuradas las causales de inadmisión taxativas (núm. 4° y 5° art. 90 CGP), frente a lo cual el libelista insistió en mantener ese poder alegando que se remitió desde una de las direcciones electrónicas informadas por una de las sociedades que hace parte del consorcio,

pero no corrigió el yerro que se presentó frente a la calidad de quien otorgó el poder, siendo así que se rechazó la demanda.

No puede pretender el impugnante hacer caer en error a este despacho indicando que el poder fue sustituido, cuando lo sucedido fue que una persona diciendo actuar en una calidad inexistente e imposible de materializar le otorgó poder a él y a su colega, sin que por ningún lado existiera un nuevo mandato en el que claramente se observa la debida calidad del otorgante.

Incluso, así se aceptará que él fue abogado «*sustituto*» no puede desconocer el hecho de que el poder se encuentra viciado desde un inicio, por lo que no puede a su turno actuar con dicha irregularidad.

De tal manera no queda más que confirmar la decisión impugnada y al observarse que se trata de un auto de aquellos que son susceptibles de apelación, deberá concederse la misma en el efecto correspondiente para que el superior funcional en el efecto respectivo resuelva lo que en su competencia corresponde (inc. 5° art. 90; num. 1° inc. 2° art. 321 CGP), en consecuencia, el Juzgado

En este orden de ideas, este Juzgado mantendrá incólume la decisión cuestionada, por consiguiente, concederá el recurso subsidiario de apelación, en el efecto suspensivo, de conformidad con lo establecido en el numeral 4 del artículo 321 y el artículo 438 del Código General del Proceso, en consecuencia, el Despacho,

RESUELVE

PRIMERO: NO REPONER el auto interlocutorio fechado del 25 de junio de 2021 (pdf 09 cp.), por las razones señaladas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: CONCEDER en el efecto SUSPENSIVO el recurso de apelación subsidiariamente interpuesto por la libelista contra el auto interlocutorio calendado el 25 de junio de 2021 (pdf 09 cp.), Por secretaría compútese el término de que trata el numeral 3 del artículo 322 del Código General del Proceso, durante el cual el apelante podrá agregar nuevos argumentos a su impugnación.

TERCERO: REMITIR por secretaría el expediente a su reparto entre los Juzgados Civiles del Circuito – (reparto), de esta ciudad.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE,

Estado No.36 del 30/08/2021 Andrea Paola Fajardo Hernández Secretaria

**MILENA CECILIA DUQUE GUZMÁN
LA JUEZ**

Firmado Por:

**Milena Cecilia Duque Guzman
Juez Municipal
Civil 017
Juzgado Municipal**

Bogotá D.C., - Bogotá, D.C.

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

fae378a517068605020db7ba57756bb19ca72f6214d9567ecc2ac639a01fbae7

Documento generado en 27/08/2021 05:25:58 PM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>