

**Salvamento de Voto Nro. 014**

**Verbal de Félix Mena Gamboa – propietario del establecimiento de comercio Construcciones MF- en contra de Diseño Concretos SAS y Procil SAS, quienes conforman el consorcio “Diseño y Proyectos”. M.p. Julián Valencia Castaño. Rdo. 05001 31 03 017 2017 0083 01**

Como mi acostumbrado respeto por las posturas mayoritarias, quede como salvamento las consideraciones de la ponencia no aceptada en la audiencia de sustentación y fallo celebrada el 20 de agosto de 2019.

1. El aspecto preliminar de toda sentencia en materia civil está instituida por los presupuestos procesales referidos al debido ejercicio de la pretensión y a la formación válida de la relación jurídica procesal. Su ausencia impide que el litigio se desarrolle válidamente y se pueda pronunciar una sentencia de mérito. Son revisables y exigibles por el juez, y las partes pueden alegar su no concurrencia mediante reposición frente al auto admisorio de la demanda o a través de las excepciones previas o también como causal de nulidad en determinados eventos.

Luego, se hace necesario abordar de manera inicial el examen de lo concerniente a los presupuestos procesales, cuya verificación se debe asumir oficiosamente, por corresponder a las condiciones necesarias que habilitan proveer sobre el mérito del litigio, las cuales guardan relación con la competencia del juez, demanda en forma, capacidad para ser parte y capacidad procesal o para comparecer al proceso.

Así, en lo que se refiere a la “*demanda en forma*” y la “*competencia*”, no se presentan irregularidades que los afecten, por lo que innecesario resulta examinar aspectos fácticos relacionados con aquéllos y entrar en análisis jurídicos para demostrarlos.

2. Con relación a la “capacidad para ser parte” y la “capacidad para comparecer al proceso”, ha señalado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que:

*“...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 (artículo 44, Código de Procedimiento Civil) (sent. cas. de 8 de agosto de 2001, exp. 5814).*

*“... Lo anterior permite precisar, que en lo tocante a la “capacidad para ser parte”, por regla general, según el inciso 1º del artículo 44 ejusdem, se reconoce a “[t]oda persona natural o jurídica”, a partir del hecho de su existencia y, excepcionalmente se otorga aquella prerrogativa, entre otros, a los patrimonios autónomos, a pesar de no contar con personalidad propia (sent. cas. de 16 de mayo de 2001, exp. 5708).*

*“... En cuanto a la “capacidad para comparecer al proceso”, al tenor del párrafo 2º y 3º del señalado precepto, la tienen “las personas que pueden disponer de sus derechos. Las demás deberán comparecer por intermedio de sus representantes, o debidamente autorizadas por estos con sujeción a las normas sustanciales” y respecto a “[l]as personas jurídicas comparecerán al proceso por medio de sus representantes, con arreglo a lo que disponga la Constitución, la ley o los estatutos”.<sup>1</sup>*

3. De otro lado, en relación con las Uniones Temporales y los Consorcios, figuras descritas en el artículo 7 de la Ley 80 de 1993 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

---

<sup>1</sup> M.P. Ruth Marina Díaz Rueda, EXP 11001-0203-000-2008-01381-00, junio 6 de 2013

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 “El 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)*”<sup>2</sup>.

4. Por su parte, la Corte Constitucional, en sentencia C-414 del 22 de septiembre de 1994, por medio de la cual declaró exequible el parágrafo 2º del artículo 7º de la Ley 80 de 1993, afirmó que los consorcios no constituyen personas jurídicas y que su representación conjunta tiene lugar para efectos de la adjudicación, de la celebración y de la ejecución de los correspondientes contratos. 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, significando que dichos consorcios poseen capacidad legal suficiente para obligarse con una entidad estatal, ante quien responderán solidariamente sus participantes.

---

<sup>2</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de 30 de enero de 1997, radicación número 942.

No obstante, la autorización concedida por el legislador para la circunstancia arriba indicada (aptitud jurídica *sui generis* para los fines específicos del estatuto de contratación administrativa) no los faculta para gozar de personería jurídica propia ni se constituye *per se* en algún tipo de ente autónomo e independiente para contraer derechos y obligaciones con terceros.

5. Ese razonamiento del Consejo de Estado lo ha ratificado la Corte Suprema de Justicia pues ha no variado el precedente que indica que, **«[e]n relación con el tema de las uniones temporales la Sala ha tenido oportunidad de señalar que, al igual que los consorcios, no constituyen una persona jurídica en si misma considerada, como sí una particular forma de colaboración empresarial dirigida al desarrollo de un propósito común, sin ánimo de asociarse.»** (CSJ STC1713-2014, 17 feb. 2014, rad. 00375-01) (Resaltos son del texto).

Así mismo, sobre un tema similar, en sede de casación, al revisar un proceso promovido por un consorcio, por su naturaleza equiparable a las uniones temporales, dicha Corporación explicó:

*«(...) En dicho campo, el consorcio es de igual modo un negocio de colaboración atípico, por el cual se agrupan, sin fines asociativos, los sujetos que acuerdan conformarlo, quienes voluntariamente conjuntan energías, por un determinado tiempo, con el objeto de desarrollar una operación o actividad específica, que consiste en ofertar y contratar con el Estado. Así resulta del texto del art. 7º del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, que al definir lo que para los efectos de dicho régimen legal, se entiende por consorcio, determina que se presenta “cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato”, agrupación de sujetos que no origina un sujeto distinto, con existencia propia, y deja indeleble, en cada uno de los integrantes, su independencia y capacidad jurídica.*

Ahora, aunque al reglamentar la “capacidad para contratar”, el art. 6º dispone que “pueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes”, y añade que “también podrán celebrar contratos con las entidades estatales, los consorcios y uniones temporales”, disposición que invita a pensar que a pesar de no gozar de personalidad, excepcionalmente se les inviste de capacidad para contratar y obligarse con el Estado, a la postre no va más allá de autorizar la vinculación contractual de las entidades públicas, con las personas naturales o jurídicas que acudan a tales fórmulas convencionales –consorcio o unión temporal- con el fin de contratar con la administración, mediante la presentación de una sola propuesta en la que conjuguen potencial, experiencia, recursos, etc..

Por supuesto que si la capacidad legal es la aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones, es decir, para ser titular de unos y otros, y para hacerlos valer, en juicio o fuera de él, lo cierto es que también en materia de contratación estatal esa potestad termina atribuyéndose, siguiendo la regla general, a las personas que integran el consorcio, pues es en ellas en quienes se radican los efectos del contrato y sus consecuencias jurídicas. Así, son los consorciados y no el consorcio quienes se hacen responsables, solidariamente, “de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y el contrato”. Son ellos quienes resultan comprometidos por “las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato”, como paladinamente lo dispone el art. 7º, es decir, son ellos y no el consorcio los que asumen los compromisos que de la propuesta y el contrato resultan y los que deben encarar las consecuencias que de allí se desprendan, de ahí que se les exija indicar “si su participación es a título de consorcio o unión temporal”, y en el último caso, “los términos y extensión de la participación en la propuesta y en su ejecución, los cuales no podrán ser modificados sin el consentimiento previo de la entidad estatal contratante”, amén de señalar “las reglas básicas que regulen las relaciones entre ellos y su responsabilidad” –parágrafo 1- pues será dentro del marco del acuerdo consorcial y de la reglamentación del citado estatuto como deban hacerse efectivos, frente a ellos, los derechos y obligaciones originados en la oferta y el negocio concertado con la entidad del Estado (...).

Por supuesto que la ausencia de personalidad del consorcio no se superaría, como pretende el replicante, con la designación de un representante para tal laborío, pues ese acto de apoderamiento no tendría virtualidad para dotarlo de personería y habilitar su libre intervención en el tráfico económico y jurídico, habida cuenta que no

*va más allá de autorizarlo, como se anotó, para obrar en nombre de cada uno de los sujetos que lo integran, como resulta además del texto de las cláusulas contractuales en las que el impugnador respalda su tesis, de acuerdo con las cuales se autoriza a la persona designada para “interponer recursos o adelantar actuaciones judiciales o extrajudiciales, sin la aprobación previa y escrita de los representantes de las firmas integrantes del consorcio. Podrá recibir, confesar, transigir, conciliar o comprometer a los miembros del consorcio”, estipulaciones que como se dijo explicitan sin duda la atribución para obrar en nombre de los integrantes del consorcio y no de éste» (CSJ, SCC, 13 sep. 2006, Rad. 00271-01).<sup>3</sup>*

6. En otras oportunidades el Consejo de Estado ha concluido que los Consorcios o las Uniones Temporales tampoco pueden comparecer en proceso ante autoridades judiciales, en virtud de lo prescrito en el artículo 54 del Código General del Proceso, entendiendo así que son las personas naturales y/o jurídicas que los integran las verdaderas titulares de la capacidad para actuar como sujetos procesales<sup>4</sup>.

He aquí lo pertinente:

*“... 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**

---

<sup>3</sup> STC235-2018 MP Luis Alonso Rico Puerta

<sup>4</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 7 de diciembre de 2005; Consejero ponente: Alier Hernández Enríquez; Radicación: 27.651.

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

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

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

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

*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, 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” (subrayas fuera del texto original).<sup>5</sup>*

7. Luego, como comparecen al proceso las dos sociedades que conforman el consorcio mencionado Diseño y Concreto S.A.S. y Proyectistas y Civiles S.A.S., representadas por los respectivos gerentes, es por lo que se cumple el requisito procesal de capacidad para ser parte y para comparecer al proceso, sin que desconozca la Sala que a pesar de que tradicionalmente se había considerado que el Consorcio como tal no tenía capacidad para ser parte, tal postura fue rectificada por la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado en pronunciamiento de unificación<sup>6</sup>, que recogió la postura jurisprudencial que dominaba la materia en cuanto a la falta de capacidad procesal de los consorcios y las uniones temporales para

---

<sup>5</sup> Sept 25 de 2013 Consejero Ponente Mauricio Fajardo Gómez

<sup>6</sup> Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, 25 de septiembre de 2013, Exp.19933, Demandante: Consorcio Glonmarex, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. En lo que importa para el presente caso se destacan las siguientes consideraciones de la jurisprudencia unificada:

*“A juicio de la Sala, en esta ocasión debe retomarse el asunto para efectos de modificar la tesis jurisprudencial que se ha venido siguiendo y, por tanto, debe puntualizarse que si bien las uniones temporales y los consorcios no constituyen personas jurídicas distintas de quienes integran la respectiva figura plural de oferentes o de contratistas, lo cierto es que además de contar con la aptitud para ser parte en el correspondiente procedimiento administrativo de selección de contratistas –comoquiera que por ley cuentan con capacidad suficiente para ser titulares de los derechos y obligaciones derivadas tanto de los procedimientos administrativos de selección contractual como de los propios contratos estatales–, también se encuentran facultados para concurrir a los procesos judiciales que pudieren tener origen en controversias surgidas del mencionado procedimiento administrativo de selección de contratistas o de la celebración y ejecución del contrato estatal respectivo –legitimatio ad processum–, por intermedio de su representante.*

*“(…)”.*



comparecer en juicio, ya fuere como integrantes de los extremos activo o pasivo de la litis o como litisconsortes.

Sin embargo, lo que advierte dicha Sala Plena es que si bien tanto la figura de los consorcios como la de las uniones temporales no constituían personas jurídicas distintas de las personas naturales o jurídicas que las integraban, en atención al expreso reconocimiento que la ley les otorgaba respecto de su capacidad contractual, aspecto que igualmente los habilitaba para ser titulares de los derechos y las obligaciones que emanaban de los contratos estatales cuya celebración se les autorizaba, también era claro que igual podían actuar dentro de los procesos judiciales, a través de su respectivo representante, esto es, en cuanto a la capacidad para ser parte y comparecer al proceso el consorcio según la postura del Consejo de Estado la tiene y estará representado por el representante que se haya designado como tal para actuar ante la administración.

**8. El Área Metropolitana del Valle de Aburra y el Consorcio Diseños y Proyectos, conformadas por las personas morales ya señaladas celebraron contrato Nro. 157 de 2017, cuyo objeto fue la “CONSTRUCCION DE LA UVA- UNIDAD DE VIDA ARTICULADA DEL BARRIO SAN JAVIER DE MEDELLIN”.**

Diego Humberto Rodríguez Sierra quien dijo actuar como representante del consorcio Diseños y Proyectos, en calidad de contratante y Félix Mena Gamboa en calidad de contratista suscribieron el 10 de agosto de 2015 contrato de obra civil para la ejecución de mano de obra para excavación de pilas para la obra Unidad de Vida Articulada San Javier de acuerdo con lo consagrado en el contrato 157 de 2015 celebrado entre el consorcio referido y el Área Metropolitana de Medellín.

9. Pero una cosa es la manera como se establecen las relaciones jurídicas entre el ente público municipal y el consorcio, y otra aquélla cómo celebrará convenciones con personas ajenas al primero, lo que determinará por demás la responsabilidad contractual que asumen las compañías que asumen el consorcio. Frente al tema el Consejo de Estado se ha pronunciado:

*“Obligaciones solidarias o in solidum son aquellas en que por virtud de la convención, del testamento o de la ley puede exigirse a cada uno de los deudores o por cada uno de los acreedores el total de la deuda (art. 1568 C.C.). En un contrato la deuda es lo que cada parte se obliga a dar, hacer o no hacer. Por tanto, la responsabilidad solidaria determina, en principio, que a cada uno de los contratistas se le puede exigir que cumpla el objeto de lo propuesto o contratado, esto es, lo que ellos se obligaron a dar, hacer o no hacer. Se dice en principio, porque puede ocurrir que, a pesar de ser exigible el cumplimiento de la obligación a uno de los deudores, se requiera la concurrencia de todos los proponentes, como es el caso de una promesa de constitución de sociedad. La obligación solidaria tiene un significado patrimonial y su alcance está reglamentado en el título IX del libro 4º del Código Civil.*

*La responsabilidad de los miembros de los consorcios, así como la que adquieren quienes conformen sociedades bajo cualquiera de las modalidades previstas en la ley con el único objeto de presentar una propuesta, celebrar y ejecutar un contrato estatal, es solidaria por expreso mandato de la ley. Así lo ordena el artículo 7º numeral 1 de la ley 80, al cual remite el parágrafo 3º de la misma norma. Dicha responsabilidad solidaria se genera por las actuaciones, hechos y omisiones relacionados con las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato.”<sup>7</sup>*

La exposición de motivos de la ley 80 sobre este tópico fue el siguiente:

*“Como se anotó, en lo relativo a la responsabilidad del consorcio, se mantiene el criterio según el cual las personas que lo integran responden solidariamente de las obligaciones surgidas con ocasión de la propuesta y de la celebración y ejecución del contrato. En concordancia con lo anterior, se*

---

<sup>7</sup> Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: CÉSAR HOYOS SALAZAR. Bogotá D.C, diecisiete (17 ) mayo de dos mil uno (2001). Radicación número: 1346

*prevé expresamente que las actuaciones, hechos u omisiones que tengan lugar en desarrollo de la propuesta y del contrato, se imputarán a cada uno de sus miembros”*

**10.** La pretensión tanto en la demanda principal como en la de mutua petición fue la de resolución de contrato por incumplimiento de una de las partes, la cual varió en la fase de fijación de litigio por terminación del contrato por variación de las condiciones pactadas; lo cierto es que trate de una u otra pretensión lo primero que debió acreditarse es la existencia de un contrato bilateral válido.

En mi criterio, el contrato que celebró el Consorcio con Mena Gamboa carece de validez, pues no puede pasarse por alto que éste no es persona jurídica, y siendo así, cuando Diego Humberto Rodríguez Sierra realiza dicho convenio en representación del Consorcio Diseños y Proyectos, lo hace en nombre de persona moral inexistente, en tanto, siguiendo los anteriores prolegómenos jurisprudenciales los consorcios son considerados como entes capaces para contratar administrativamente de conformidad con el artículo 6° de la Ley 80 de 1993, que expresa: ***“DE LA CAPACIDAD PARA CONTRATAR. Pueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes. También podrán celebrar contratos con las entidades estatales, los consorcios y uniones temporales...”***, pero en momento alguno les otorga personería jurídica, ni les permite sean considerados como sociedades de hecho. Dicha capacidad para contratar sólo se predica cuando se está en presencia de propuestas para celebrar contratos eminentemente administrativos, a la luz de lo anterior se determina que los Consorcios son el resultado de que dos o más personas en manera conjunta presenten una misma propuesta para adjudicar, celebrar y ejecutar contratos administrativos, y en ningún momento adquieren personalidad ni capacidad jurídica para todos los efectos, ya que su creación y la finalidad es la anteriormente

descrita; de lo que se infiere su temporalidad, no siendo por tanto personas jurídicas o sociedades de hecho <sup>8</sup>.

**11.** Finalmente, la anterior conclusión en nada riñe con la rectificación efectuada por la rectora de la jurisdicción contencioso administrativa puesto que la misma precisó la capacidad del consorcio para reclamar judicialmente ante la administración derechos derivados del contrato estatal, pero no para celebrar convenios de carácter civil con terceras personas, puesto que para estos eventos el contratante sería inexistente, y por lo tanto como se dijo antes no se cumple el primer presupuesto de la responsabilidad contractual reclamada tanto en la demanda principal como la de reconvención.

En los términos anteriores, dejo consignado mi disenso con la decisión mayoritaria.

Con respeto,



Juan Carlos Sosa Londoño  
Magistrado

*Fecha ut supra*

---

<sup>8</sup> BOLETÍN CONTABLE Y TRIBUTARIO. DIARIO 124 OCTUBRE 16 DE 2008. ACCOUNTER LTDA. [www.acontable.com](http://www.acontable.com)