

ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - Inhibitorio

ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO EN SEGUNDA INSTANCIA / COMPETENCIA PARA LA RESOLUCIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN / COMPETENCIA POR RAZÓN DE LA CUANTÍA / PROCESO DE DOBLE INSTANCIA / FACTOR OBJETIVO

La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es la competente para conocer la controversia que se presentó con ocasión del contrato 2050477 del 11 de marzo de 2005 celebrado entre FONADE –empresa industrial y comercial del Estado de carácter financiero– y las sociedades integrantes de la Unión Temporal. El fundamento de la competencia se encuentra en lo dispuesto en el artículo 75 de la Ley 80 de 1993, en concordancia con el literal a) del numeral 1º del artículo 2 del mismo estatuto, así como en lo dispuesto en el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, que a su vez fue reformado por el artículo 1 de la Ley 1107 de 2006. De conformidad con los artículos 129 y 132 del Código Contencioso Administrativo, modificados por la Ley 446 de 1998, la Sala es competente para desatar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Administrativo del Magdalena, pues a la fecha de presentación de la demanda –20 de abril de 2007– la cuantía de la pretensión mayor debía superar la suma de \$216'850.000 y, como en este caso equivale a \$859'468.802, el proceso tiene vocación de doble instancia. **NOTA DE RELATORÍA:** Al respecto, consultar sentencia de 8 de febrero de 2007, Exp. 30903, C.P. Enrique Gil Botero.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTÍCULO 75 / LEY 80 DE 1993 - ARTÍCULO 2 LITERAL A NUMERAL 1 / CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTÍCULO 82 / CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTÍCULO 129 / CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTÍCULO 132 / LEY 446 DE 1998 - ARTÍCULO 30 / LEY 1107 DE 2006 - ARTÍCULO 1

NATURALEZA DEL CONTRATO ESTATAL / CRITERIO ORGÁNICO / CONCEPTO DE CONTRATO ESTATAL / FONADE / NATURALEZA JURÍDICA DE FONADE / EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO

La naturaleza del contrato estatal, no depende de su régimen jurídico, en la medida que, según las normas legales vigentes, en virtud de las cuales se acogió un criterio subjetivo u orgánico, deben considerarse contratos estatales aquellos que celebren las entidades públicas. La presencia de una entidad estatal como parte del contrato le imprime al negocio jurídico ese carácter. En el caso analizado por la Sala, el contrato celebrado entre FONADE y los integrantes de la Unión Temporal tiene la naturaleza de un contrato estatal, pues FONADE es una empresa industrial y comercial del Estado de carácter financiero.

CONTRATO DE SUMINISTRO - Régimen jurídico / CONTRATO ESTATAL

[E]l contrato que FONADE y las sociedades integrantes de la Unión Temporal celebraron es de naturaleza estatal, pero en virtud de lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, su régimen no fue el del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTÍCULO 32 PARÁGRAFO PRIMERO

SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / CAPACIDAD PARA SER PARTE - De los consorcios y de las uniones temporales / APLICACIÓN DEL ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN / REITERACIÓN JURISPRUDENCIAL

[L]a sentencia de unificación sobre la capacidad procesal de los consorcios y de las uniones temporales se fundamentó en las disposiciones contenidas en la Ley 80 de 1993. El primer argumento formulado en el fallo acoge uno de los significados que se le puede adscribir a su artículo 6º, según el cual la capacidad jurídica reconocida a los consorcios y a las uniones temporales no se limita a la actividad contractual propiamente dicha, sino que proyecta sus efectos en el ámbito procesal. El segundo planteamiento se soporta en el mismo texto legal, pues la proposición conforme a la cual los consorcios y las uniones temporales son las partes del contrato estatal y, por tanto, las titulares de la acción contractual, está sustentada en ese mismo artículo 6, que les reconoció capacidad jurídica para celebrar el contrato, sin que, como ya se dijo, se limite a esa sola actuación. El tercer argumento se funda en una interpretación razonable de la locución “para todos los efectos” contenida en el inciso segundo del párrafo primero del artículo 7 de la misma Ley, según la cual no es admisible hacer distinciones entre la representación judicial y extrajudicial. Y, el cuarto, descansa sobre el principio de efecto útil con el que deben interpretarse los artículos 6 y 7 ya citados. Así, en definitiva, la postura unificada según la cual los consorcios y las uniones temporales tienen capacidad para ser parte en procesos judiciales supone la aplicación de la Ley 80 de 1993. **NOTA DE RELATORÍA:** Al respecto, consultar sentencia de unificación de 25 de septiembre de 2013, Exp. 19933, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

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

SENTENCIA DE UNIFICACIÓN - No aplicable al caso / CONTRATO DE SUMINISTRO - No está sometido al Estatuto General de Contratación por expresa disposición legal

[E]ncuentra la Sala que la sentencia de unificación jurisprudencial no puede aplicarse en este preciso caso para arribar a la conclusión de que la Unión Temporal tenía capacidad para comparecer al proceso como parte demandante. La explicación radica en que los supuestos fácticos y jurídicos de la sentencia de unificación jurisprudencial y los del caso analizado por la Sala en esta ocasión no son análogos. Mientras que en el primero se estudió una controversia suscitada en un proceso de selección de contratistas gobernado por la Ley 80 de 1993, en el que concita la atención de la Sala, el litigio se deriva de un contrato estatal que, por expresa disposición legal, no está sometido al Estatuto General de Contratación, como ya se analizó. (...) la Sala no encuentra en la sentencia de unificación ya reseñada, criterio jurisprudencial directo e inmediato para infirmar la sentencia recurrida.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993

ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - Presentada por la Unión Temporal / APLICACIÓN DE LAS NORMAS PROCESALES EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO / COADYUVANTE - No adquiere la condición de parte / INTERVENCIÓN DEL COADYUVANTE / LÍMITES A LA ACTIVIDAD DEL COADYUVANTE

Así, no cabe duda de que la demanda en ejercicio de la acción de controversias contractuales la presentó la Unión Temporal y, por lo mismo, no es atendible el reparo hecho en el recurso de apelación, según el cual debió tenerse a la sociedad AJC IT Soluciones Informáticas S.A. como parte demandante en nombre propio y en representación de DISICO S.A. Adicionalmente, advierte la Sala que el hecho de que la sociedad AJC IT Soluciones Informáticas S.A. hubiera presentado un memorial coadyuvando la demanda de la Unión Temporal no le permite aducir la condición de parte, toda vez que, de conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 52 del Código de Procedimiento Civil, aplicable al caso concreto por remisión expresa del artículo 146 del Código Contencioso Administrativo, el coadyuvante es un tercero que puede efectuar los actos procesales permitidos al sujeto procesal que ayuda, pero no lo desplaza de su posición ni adquiere la condición de parte. **NOTA DE RELATORÍA:** Al respecto, consultar auto de 01 de octubre de 2014, Exp. 27874, C.P. Hernán Andrade y auto de 8 de noviembre de 2018, Exp. 52916, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTÍCULO 52 / CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTÍCULO 146

CONTRATO ESTATAL REGIDO POR EL DERECHO PRIVADO - Carece de capacidad de goce y de titularidad del derecho de acción

[E]n los negocios jurídicos sometidos a las leyes civiles, comerciales y financieras, como es el caso del contrato celebrado entre FONADE y los integrantes de la Unión Temporal, estos esquemas de colaboración carecen de capacidad de goce y, por ello, tampoco tienen capacidad para aducir la titularidad del derecho de acción inmerso en las pretensiones de una demanda, esto es, para promover y ser parte en los procesos judiciales en los que discutan los derechos que tienen su fuente en el contrato, pues, a diferencia de lo que ocurre en los contratos regidos por el derecho público, ninguna ley civil o comercial les ha reconocido facultad para derivar de ahí, respecto de aquéllas, el derecho de postulación propio del proceso judicial.

PRESUPUESTO PROCESAL EN LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO / AUSENCIA DEL PRESUPUESTO PROCESAL / AUSENCIA DE CAPACIDAD PARA SER PARTE DE LA UNIÓN TEMPORAL

[L]a Sala concluye que la Unión Temporal que instauró la demanda, a la luz de la ley, no tenía capacidad para comparecer como parte demandante en este proceso.

PRESUPUESTO PROCESAL EN LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO / AUSENCIA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA - No constituye una excepción de fondo / LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA - Presupuesto necesario para proferir sentencia de mérito favorable / CAPACIDAD PARA SER PARTE - Diferencias frente a la legitimación en la causa

[D]ebe decirse que la legitimación en la causa –o, más exactamente, su ausencia– no es constitutiva de excepción de fondo, sino que es un presupuesto necesario para proferir sentencia de mérito favorable a las pretensiones del demandante. Si el demandante no está legitimado en la causa por activa, el demandado tiene derecho a ser absuelto, pero no porque haya probado un hecho 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. A diferencia de

la capacidad para ser parte, la legitimación en la causa no es un presupuesto de la acción ni de validez del proceso, sino de la adopción de una sentencia estimatoria de las pretensiones del demandante. Por lo tanto, para estudiar la legitimación en la causa del demandante, un requisito previo es establecer que la relación jurídico procesal nació válidamente, es decir, que se reunieron todos los presupuestos procesales. **NOTA DE RELATORÍA:** Al respecto, consultar sentencia de 6 de febrero de 2020, Exp. 53212, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

AUSENCIA DE CAPACIDAD PARA SER PARTE DE LA UNIÓN TEMPORAL - Impide pronunciamiento de fondo sobre la legitimación en la causa de las partes / PROCEDENCIA DEL FALLO INHIBITORIO

[C]omo en este caso uno de esos presupuestos no se cumplió, porque quien demandó carecía de capacidad para hacerlo (y quienes sí la tenían y estaban legitimadas por activa por ser las titulares de los derechos y obligaciones del contrato, no lo hicieron), es improcedente abordar cuestiones de fondo del litigio, como lo es la relacionada con la legitimación en la causa de las partes. Este análisis que se centra en la distinción entre capacidad procesal y legitimación en la causa conduce a modificar la sentencia de primera instancia, pues, por lo acabado de expresar, no puede sostenerse la declaración de ausencia de la segunda. (...) La capacidad para ser parte es uno de los denominados presupuestos procesales. La ausencia de este presupuesto impide resolver el fondo del litigio y, por consiguiente, debe proferirse un fallo inhibitorio. **NOTA DE RELATORÍA:** Al respecto, consultar sentencia de 29 de abril de 2019, Exp. 36103, C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas.

CONDENA EN COSTAS - No hay lugar a su imposición

En consideración a que no se evidenció temeridad ni mala fe en la actuación procesal de las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas, de conformidad con lo establecido en el artículo 171 del CCA, modificado por el artículo 55 de la ley 446 de 1998.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTÍCULO 171 / LEY 446 DE 1998 - ARTÍCULO 55

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de octubre de dos mil veinte (2020)

Radicación número: 47001-23-31-000-2007-00415-01(41277)

Actor: UNIÓN TEMPORAL AJC IT SOLUCIONES INFORMÁTICAS S.A - DISICO S.A.

Demandado: FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO - FONADE

Referencia: APELACIÓN SENTENCIA - ACCIÓN DE CONTROVERSIA CONTRACTUALES

Surtido el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la Unión Temporal AJC IT Soluciones Informáticas S.A. – Disico S.A. contra la sentencia que profirió el Tribunal Administrativo del Magdalena, mediante la cual declaró probadas las excepciones de falta de capacidad para comparecer a juicio de la parte demandante y falta de legitimación en la causa por activa.

El caso que analizará la Sala se sintetiza así:

(i) En desarrollo de un convenio suscrito con el Fondo de Comunicaciones del Ministerio de Telecomunicaciones que tenía por objeto la gerencia integral de los proyectos para el desarrollo del programa agenda de conectividad, el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo – FONADE celebró con las sociedades AJC IT Soluciones Informáticas S.A. y Disico S.A., integrantes de la Unión Temporal AJC IT Soluciones Informáticas S.A. - Disico S.A., el contrato 2050477 del 11 de marzo de 2005. El objeto del contrato era el suministro de la infraestructura tecnológica para la zona 2 del proyecto, incluyendo los componentes de hardware, software y los servicios de soporte y mantenimiento detallados en el anexo técnico del contrato.

(ii) La Unión Temporal AJC IT Soluciones Informáticas S.A. - Disico S.A., por conducto de apoderado judicial, demandó al Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo – FONADE por la mora en el pago del valor de los bienes suministrados y los servicios prestados, así como por el incumplimiento de otras obligaciones a cargo de la entidad.

(iii) El Tribunal Administrativo del Magdalena, en primera instancia, declaró probadas las excepciones de falta de capacidad para comparecer a juicio de la parte demandante y falta de legitimación en la causa por activa.

I. LA SENTENCIA IMPUGNADA

Corresponde a la decisión adoptada el 30 de marzo de 2011, mediante la cual el Tribunal Administrativo del Magdalena dispuso lo siguiente:

“1.- DECLARAR probado el medio exceptivo de “FALTA DE CAPACIDAD PARA COMPARECER EN JUICIO DE LA PARTE DEMANDANTE” formulado por el ente oficial encausado de conformidad a las consideraciones expuestas en la parte motiva de este proveído. ‘Falta de legitimación por activa’ formulado por el ente oficial encausado, de conformidad a las consideraciones de este proveído.

2.- Sin lugar a CONDENAR en costas”.

1.1. Las pretensiones y los fundamentos fácticos y jurídicos de la demanda que decidió la sentencia impugnada

La Unión Temporal AJC IT Soluciones Informáticas S.A. – Disico S.A (en adelante, la Unión Temporal), en ejercicio de la acción de controversias contractuales, formuló las siguientes pretensiones declarativas y de condena¹:

“1. Principales:

1.1 Que se declare la existencia del Contrato 2050477 firmado a los 11 días del mes de marzo de 2005.

1.2 Que se declare el incumplimiento por parte de FONADE en sus obligaciones contractuales y muy especialmente en su obligación principal de pago.

1.3 Que se declare el cumplimiento total de las obligaciones a cargo de la Unión Temporal demandante.

1.4 Que se declare que por causas imputables [sic] FONADE se rompió el equilibrio económico del Contrato No. 2050477 del 11 de marzo de 2005 y sus modificaciones, porque el Contratista no recibió oportunamente la remuneración pactada.

1.5 Que se restablezca el Equilibrio Económico y Financiero del contrato nombrado en el numeral anterior y sus modificaciones.

1.6 Que FONADE indemnice y repare integralmente pagando las siguientes sumas:

a) El valor total de la suma adeudada de OCHOCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MILLONES CUATROCIENTOS SESENTA Y OCHO MIL OCHOCIENTOS DOS PESOS MONEDA CORRIENTE (\$859'468.802).

b) El valor de QUINIENTOS MILLONES DE PESOS (\$500'000.000) a título de dinero estimado como reparación por los perjuicios económicos de las actuaciones irregulares e ilegales de FONADE en la ejecución de sus obligaciones contractuales.

c) El valor total de los intereses de mora causados a la tasa máxima legal vigente a título de dinero estimado como indemnización por el NO

¹ En el memorial del 30 de mayo de 2007, mediante el cual subsanó la demanda, la Unión Temporal excluyó del petitorio la primera pretensión sobre la existencia del contrato. Folio 21, c. 1.

pago oportuno de las sumas de dinero relacionadas en el literal a) del presente acápite.

1.7 Que se ordene a la demandada dar cumplimiento a la sentencia que ponga fin a este proceso dentro del término establecido en los artículos 176 y 177 del C.C.A.

2. Subsidiaria:

2.1. Que en el evento de que se pruebe la existencia de algún tipo de incumplimiento parcial por parte de la Unión Temporal, se proceda a la declaración de la excepción de contrato no cumplido de que trata el artículo 1609 del C.C. por cuanto quien incurrió en mora en primera instancia, fue FONADE al no haber pagado suma de dinero alguna a la UNIÓN TEMPORAL, tal y como lo establecía la cláusula tercera del contrato, en los términos transcritos en el numeral 12 del acápite de los Hechos y al no haber cumplido las demás obligaciones que se encontraban a su cargo, en la parte inicial del contrato, tal y como se relata en los Hechos de la presente demanda.

3. Que, surtida una de las declaraciones anteriores, se ordene la revisión inmediata de los precios para el debido restablecimiento del equilibrio económico.

4. Que, de no acogerse una de las anteriores, El Tribunal, en ejercicio de la regla jura [sic] novit curia, según la cual se ratifica la primacía de lo sustancial sobre lo formal, decida a favor del demandante en el sentido que corresponda rigurosamente al mantenimiento de un orden justo en relación con sus derechos.

5. Que el Tribunal determine la práctica de conciliación judicial, en los términos del artículo 43 de la Ley 640 de 2001”.

En apoyo de sus peticiones, la parte demandante indicó que el Fondo de Comunicaciones del Ministerio de Comunicaciones y FONADE celebraron el convenio 193046 con el objeto de que esta última entidad prestara servicios técnicos y jurídicos y desarrollara las actividades necesarias para la gerencia integral de los proyectos del programa agenda de conectividad del Ministerio de Comunicaciones.

Manifestó que FONADE asumió la obligación de adelantar todas las actividades necesarias para cumplir el objeto del convenio, en virtud de lo cual abrió el proceso de oferta pública IPG-714-193046.

Relató que el 8 de febrero de 2005, FONADE adjudicó el contrato a la Unión Temporal por un valor de \$1.515'.203.351 incluido IVA, para lo cual contaba con las asignaciones presupuestales expedidas por el grupo de presupuesto de la entidad con cargo al convenio celebrado con el Fondo de Comunicaciones.

Agregó que el 11 de marzo de 2005, FONADE y la Unión Temporal celebraron el contrato 2050477 con el objeto de suministrar la infraestructura tecnológica en los componentes de hardware, software y los servicios de soporte y mantenimiento en

185 municipios, que integraban la zona 2 del proyecto.

Aseveró que el plazo de ejecución del contrato era de 19 meses contados a partir del acta de inicio, la cual se firmó el 13 de junio de 2005.

Narró que FONADE debía entregar un anticipo del 30% del valor contrato dentro de los 30 días siguientes a la aprobación de las garantías y a la suscripción del acta de inicio y que el saldo se cancelaría mediante cortes mensuales, previa suscripción de un acta de recibo de los bienes y servicios con el visto bueno del interventor.

Advirtió que, en la fecha de presentación de la demanda, a pesar de que la Unión Temporal entregó la totalidad de los bienes objeto del contrato, FONADE solo había pagado el anticipo, sustrayéndose al pago del saldo adeudado.

Adujo que FONADE contrató a la Unión Temporal Colvista – C&M para llevar a cabo la interventoría del contrato. Añadió que la interventoría notificó la ocurrencia de incumplimientos inexistentes y no verificó mensualmente los bienes efectivamente entregados y los servicios prestados para la elaboración del acta de recibo a satisfacción, lo que impidió la facturación de la Unión Temporal.

Planteó que FONADE esgrimió como argumento para sustraerse al pago de los servicios prestados por la Unión Temporal, que el anexo técnico de las reglas de participación no autorizaba la admisión de entregas parciales de soluciones tecnológicas.

Destacó que FONADE no solo incumplió la obligación de pagar el valor del contrato, sino que incurrió en otros incumplimientos como (i) retardar la suscripción del acta de inicio; (ii) no entregar los planos eléctricos de las alcaldías donde se instalarían los equipos; (iii) no suministrar los planos físicos para realizar un estudio previo de instalación de la red inalámbrica; (iv) exigir la entrega de un estabilizador de voltaje con características diferentes a las contenidas en las reglas de participación y a las ofrecidas en la propuesta de la Unión Temporal; (v) exigir como requisito para el recibo a satisfacción de los bienes y servicios una impresión del reporte del programa de diagnóstico utilizado en los mantenimientos preventivos que no se pactó en el contrato; (vi) modificar el cronograma inicialmente acordado y prescindir de las actividades de adecuación eléctrica de 53 soluciones que se habían previsto; y (vii) declarar visitas fallidas sin conceder a la Unión Temporal un término de 4 horas para subsanar eventuales defectos, tal y como lo establecían las reglas de participación.

Expuso que FONADE pretendió configurar un incumplimiento del contrato sin tener en cuenta que la entidad fue la que desde el inicio de la relación no honró los compromisos asumidos. Finalmente, indicó que la mora en la que incurrió FONADE le generó a la Unión Temporal un detrimento patrimonial.

En los fundamentos de derecho de la demanda, señaló que FONADE vulneró distintas disposiciones de la Constitución Política y de los Códigos Civil y de Comercio por incumplir las obligaciones que asumió en virtud del contrato; agregó

que el equilibrio financiero se alteró debido a que FONADE retardó el pago del valor de los servicios prestados; e indicó que, en los términos del artículo 1609 del Código Civil, la Unión Temporal no incurrió en mora, pues FONADE no se allanó a cumplir en primer lugar la obligación de pagar las sumas debidas en los cortes mensuales establecidos en la cláusula tercera del contrato.

1.2. Las defensas y excepciones que se analizaron en la sentencia impugnada

En la sentencia apelada, luego de resumir los hechos narrados en la demanda, el Tribunal Administrativo del Magdalena registró las defensas y excepciones formuladas por FONADE, que fueron las siguientes:

Precisó que la entidad es una empresa industrial y comercial del Estado de carácter financiero que actuó en ejercicio de sus funciones de administración y gerencia integral de proyectos, en virtud de lo cual no intermedió recursos del Fondo de Comunicaciones del Ministerio de Comunicaciones, sino que ejecutó por su cuenta y riesgo el contrato celebrado con la Unión Temporal.

Aseveró que el proceso de selección IPG-714-193046 y el contrato 2050477 celebrado con la Unión Temporal se regularon por las disposiciones civiles y comerciales y por el manual interno de contratación, habida cuenta de que el párrafo primero del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 establece que los contratos suscritos en el giro ordinario de la actividad de la entidad no están sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Destacó que en la legislación civil y comercial no existe una disposición que regule lo relacionado con la ecuación contractual, sino que se autoriza la revisión del contrato por circunstancias anormales y excepcionales que tornen excesivamente oneroso el cumplimiento de las prestaciones a cargo de las partes del contrato. Indicó que, por esta razón, era improcedente alegar el desequilibrio del contrato, máxime cuando la Unión Temporal incumplió las obligaciones a su cargo.

Alegó el pago parcial del valor del contrato e indicó que, en el mes de diciembre de 2006, el Consorcio radicó facturas sin los soportes y la aprobación de la interventoría; que las partes firmaron el acta aclaratoria No. 1 del 14 de mayo de 2007 para conjurar tales errores y pagar las facturas contra las actas de recibo parcial suscritas en los meses de febrero y marzo de 2007; y que el saldo a favor del contratista por valor de \$344'114.640, soportado en las actas de recibo parcial 7, 8, 9 y 10 de noviembre y diciembre de 2007, no había podido pagarse porque la Unión Temporal no accedió a suscribir el acta aclaratoria No. 2.

Afirmó que la Unión Temporal carecía de capacidad para comparecer a juicio y enfatizó que la demanda fue presentada con fundamento en un poder otorgado por el representante de la Unión Temporal, y no por cada una de las personas jurídicas que la integraron.

1.3. Los fundamentos de la sentencia impugnada

El Tribunal Administrativo del Magdalena basó su decisión en la falta de capacidad procesal de la Unión Temporal y en su falta de legitimación en la causa por activa. Para estos efectos, reprodujo el contenido de los artículos 6 y 7 de la Ley 80 de 1993 y planteó que las uniones temporales son asociaciones o contratos de colaboración empresarial que carecen de personería jurídica, por lo que la representación a la que aluden estas disposiciones legales se restringe a la adjudicación, celebración y ejecución de contratos con entidades estatales.

Argumentó que las uniones temporales no pueden comparecer a instancias judiciales de manera autónoma y que el mandatario judicial designado debe contar con el poder otorgado por los representantes legales de cada una de las sociedades que conforman la respectiva asociación.

Precisó que la demanda la presentó la Unión Temporal, cuando lo procedente era que las sociedades comerciales que la integraban, AJC IT Soluciones Informáticas S.A. y Disico S.A, concedieran el mandato judicial.

Agregó que el poder para ejercer la representación judicial lo confirió el representante de la Unión Temporal invocando esa condición y que la parte demandante no acreditó en debida forma *“su legitimación en la causa por activa por carecer de poder conforme lo adujo la entidad oficial encausada”*.

II. EL RECURSO DE APELACIÓN

2.1. En condición de apelante único, la parte demandante solicitó que se revoque la sentencia del Tribunal Administrativo del Magdalena. En sustento de su pretensión impugnativa, planteó los siguientes argumentos:

2.1.1. Sostuvo que el representante de la Unión Temporal era el llamado a otorgar el poder al profesional del derecho, pues sus facultades comprendían todas las actuaciones relacionadas con la ejecución del contrato, tanto las judiciales como las extrajudiciales.

2.1.2. Adujo que, si bien era cierto que la Unión Temporal carece de personalidad jurídica, las sociedades Disico S.A y AJC IT Soluciones Informáticas S.A. manifestaron su voluntad de facultar a AJC IT Soluciones Informáticas S.A, representada legalmente por el señor Antonio José Copello, para que obrara en nombre de la Unión Temporal en las actuaciones prejudiciales y judiciales que se derivaran del contrato celebrado con FONADE.

2.1.3. Planteó que en el proceso se discutió exclusivamente la responsabilidad de FONADE y no la de los miembros de la Unión Temporal que responden solidariamente, por lo que la sentencia debió tener efectos sobre las sociedades que la integraban o, al menos, respecto de AJC IT Soluciones Informáticas S.A,

pues no existe norma legal que obligue a formular conjuntamente las pretensiones de la demanda a los integrantes de una unión temporal.

2.1.4. Finalmente, solicitó tener a AJC IT Soluciones Informáticas S.A. como parte demandante y como representante de las sociedades que integraron la Unión Temporal y pidió que se concedieran las pretensiones en su favor o, al menos, en favor de AJC IT Soluciones Informáticas S.A., debido a que coadyuvó la demanda.

2.2. El 13 de mayo de 2011, el Tribunal Administrativo del Magdalena concedió el recurso de apelación², el cual fue admitido por esta Corporación el 2 de septiembre del mismo año³. El 14 de octubre de 2011 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto⁴.

2.3. En sus alegaciones, la parte demandante repitió idénticos argumentos a los que formuló en el recurso de apelación⁵.

2.4. Por su parte, FONADE solicitó que se confirmara la sentencia recurrida. Básicamente replicó que la Unión Temporal no podía instaurar por sí misma la demanda, sino que debió ser formulada por las personas jurídicas que la integraron, las cuales sí tenían la capacidad para comparecer al proceso⁶.

2.5. El Ministerio Público guardó silencio.

III. CONSIDERACIONES

3.1. Jurisdicción y competencia de la Sala

La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es la competente para conocer la controversia que se presentó con ocasión del contrato 2050477 del 11 de marzo de 2005 celebrado entre FONADE –empresa industrial y comercial del Estado de carácter financiero– y las sociedades integrantes de la Unión Temporal⁷. El fundamento de la competencia se encuentra en lo dispuesto en el artículo 75 de la Ley 80 de 1993⁸, en concordancia con el literal a) del numeral 1º del artículo 2 del mismo estatuto⁹, así como en lo dispuesto en el artículo 82 del Código

² Folio 322, c. ppal.

³ Folio 337, c. ppal.

⁴ Folio. 341, c. ppal.

⁵ Folios 342 a 354, c. ppal.

⁶ Folios 338 y 339, c. ppal.

⁷ En vigencia del artículo 82 Código Contencioso Administrativo, modificado por la Ley 1107 de 2006, la jurisprudencia de la Sección ratificó su competencia para conocer controversias relativas a contratos estatales, cualquiera fuera el régimen jurídico aplicable: “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”. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 8 de febrero de 2007. Exp. 30.903. C.P Enrique Gil Botero.

⁸ Artículo 75, Ley 80 de 1993. “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”.

⁹ “Artículo 2º. De la definición de entidades, servidores y servicios públicos. 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

Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, que a su vez fue reformado por el artículo 1 de la Ley 1107 de 2006¹⁰.

De conformidad con los artículos 129 y 132 del Código Contencioso Administrativo, modificados por la Ley 446 de 1998, la Sala es competente para desatar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Administrativo del Magdalena, pues a la fecha de presentación de la demanda –20 de abril de 2007– la cuantía de la pretensión mayor debía superar la suma de \$216'850.000 y, como en este caso equivale a \$859'468.802, el proceso tiene vocación de doble instancia.

3.2. El objeto de la apelación

Expresados los motivos de inconformidad del apelante, la Sala pasa a examinar, como tema central para dirimir la controversia, si la demandante tenía capacidad para ser parte en el proceso. En el caso de que la respuesta sea favorable, se procederá a estudiar los argumentos centrales por incumplimiento contractual elevados en la demanda.

A efectos de resolver este problema, la Sala (i) analizará la naturaleza y el régimen jurídico del contrato celebrado entre FONADE y las personas jurídicas que integraron la Unión Temporal; (ii) examinará si, en virtud del régimen jurídico que rigió el contrato, debe aplicarse la postura unificada de la Sección Tercera, según la cual los consorcios y las uniones temporales tienen capacidad para comparecer a los procesos judiciales en los cuales se debatan asuntos relacionados con los derechos de los que son titulares; (iii) determinará, con fundamento en los documentos que reposan en el expediente, si la Unión Temporal fue la parte que demandó a FONADE o si, como plantea el apelante, puede interpretarse que esa posición la ocupó la sociedad AJC IT Soluciones Informáticas S.A.; y (iv) definirá si la decisión impugnada debe revocarse, modificarse o confirmarse con la precisión de que si es revocada por estar acreditada la susodicha capacidad, se procederá con el estudio de las pretensiones centrales de la demanda.

3.3. Motivación de la sentencia

3.3.1. La naturaleza y el régimen jurídico del contrato celebrado entre FONADE y las sociedades que integraron la Unión Temporal

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 (...). (Subraya fuera del texto original).

¹⁰ Artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, con las modificaciones introducidas por las Leyes 446 de 1998 y 1107 de 2006: “*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 y los juzgados administrativos de conformidad con la Constitución y la ley (...)*”.

3.3.1.1. La naturaleza del contrato estatal, no depende de su régimen jurídico, en la medida que, según las normas legales vigentes, en virtud de las cuales se acogió un criterio subjetivo u orgánico, deben considerarse contratos estatales aquellos que celebren las entidades públicas¹¹. La presencia de una entidad estatal como parte del contrato le imprime al negocio jurídico ese carácter¹². En el caso analizado por la Sala, el contrato celebrado entre FONADE y los integrantes de la Unión Temporal tiene la naturaleza de un contrato estatal, pues FONADE es una empresa industrial y comercial del Estado de carácter financiero.

En efecto, FONADE fue creado por el Gobierno Nacional mediante el Decreto 3068 de 1968 como un establecimiento público adscrito al Departamento Nacional de Planeación. En desarrollo de las atribuciones otorgadas por el artículo 20 transitorio de la Constitución Política, el Presidente de la República expidió el Decreto 2168 de 1992, en virtud del cual reestructuró la entidad, que pasó a tener la naturaleza de una *empresa industrial y comercial del Estado de carácter financiero* dotada de personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, vinculada al Departamento Nacional de Planeación. Según lo dispuesto en el artículo 11 de ese Decreto, la Superintendencia Bancaria –hoy Superintendencia Financiera– ejerce las funciones de vigilancia y control de la entidad¹³. Las disposiciones del Decreto 2168 de 1992 fueron incorporadas al capítulo XII del Decreto 663 de 1993, mediante el cual se actualizó el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, cuyo artículo 286 reiteró que FONADE tiene la naturaleza ya indicada. Posteriormente, el Presidente de la República expidió el Decreto 288 de 2004, mediante el cual modificó su estructura interna, pero conservó su naturaleza jurídica de empresa industrial y comercial del Estado con carácter financiero¹⁴. Con fundamento en estas disposiciones, el Consejo de Estado ha concluido que FONADE es una entidad pública y que los contratos que celebra son estatales¹⁵.

La Corporación también ha precisado que FONADE es una entidad o institución financiera de carácter público, pues además de que así se estableció en los actos que definieron su naturaleza jurídica, a esa misma conclusión se arriba según lo dispuesto en el artículo 90 de la Ley 45 de 1990¹⁶ que establece: “[p]ara los efectos de la presente ley se entiende por instituciones financieras las entidades sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria, con excepción de los intermediarios de seguros (...)”¹⁷.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 16 de mayo de 2019. Exp. 43.306. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

¹² Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 26 de julio de 2016. Rad. 2257. C.P. Álvaro Namén Vargas.

¹³ En el artículo 1º del Decreto 4327 de 2005 se dispuso lo siguiente: “*Fusionase la Superintendencia Bancaria de Colombia en la Superintendencia de Valores, la cual en adelante se denominará Superintendencia Financiera de Colombia*”.

¹⁴ El artículo 1º del Decreto 495 de 2019 cambió la denominación de la entidad a Empresa Nacional Promotora del Desarrollo Territorial (ENTerritorio).

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 3 de agosto de 2017. Exp. 52.531. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

¹⁶ Por medio de la cual se expiden normas en materia de intermediación financiera, se regula la actividad aseguradora, se conceden unas facultades y se dictan otras disposiciones.

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 9 de abril de 2013. Rad. 2135. C.P. Augusto Hernández Becerra.

3.3.1.2. En cuanto al régimen jurídico de los contratos celebrados por FONADE, habrá de considerarse que el mismo ha sufrido modificaciones con el paso del tiempo.

Así, en el marco de lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 32 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, los contratos que celebrara en el giro ordinario de las actividades propias de su objeto social se regían por las normas del derecho común. Posteriormente, el artículo 26 de la Ley 1150 de 2007 dispuso que FONADE se regiría por las normas de contratación contenidas en la Ley 80 de 1993¹⁸; artículo que fue derogado por la Ley 1450 de 2011; en consecuencia, a partir de la promulgación de esta normativa, el régimen de contratación de esa entidad retornó a lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, en su texto modificado por el artículo 15 de la Ley 1150 de 2007¹⁹.

Puesto que el artículo 38 de la Ley 153 de 1887 dispone que en todo contrato se entienden incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración, la Sala determinará el régimen jurídico aplicable con fundamento en el texto del párrafo primero del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 que estaba vigente el 11 de marzo de 2005, cuando FONADE y las sociedades que integraron la Unión Temporal celebraron el contrato objeto del litigio.

Para precisión de lo anterior, habrá de considerarse que el párrafo primero del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 –antes de la modificaciones que le introdujo el artículo 15 de la Ley 1150 de 2007– establecía: *“sin perjuicio de lo dispuesto en esta ley sobre fiducia y encargo fiduciario, los contratos que celebren los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y las demás **entidades financieras de carácter estatal, que correspondan al giro ordinario de las actividades propias de su objeto social, no estarán sujetos a las disposiciones del presente estatuto y se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades**”* (Negrita fuera del texto). De acuerdo con esta disposición, la Sala concluye que el contrato entre FONADE y las sociedades que integraron la Unión Temporal no se sujetó a las disposiciones de la Ley 80 de 1993, pues, como se analizará enseguida, fue celebrado en el giro ordinario de las actividades de la entidad financiera estatal.

3.3.1.3. Las competencias y funciones de FONADE, que demarcan el giro ordinario de sus actividades, fueron señaladas inicialmente en el artículo 2 del Decreto 2168 de 1992 que estableció que la entidad tendría *“por objeto principal ser agente en el ciclo de proyectos de desarrollo mediante la financiación y administración de estudios, y la coordinación y financiación de la fase de preparación de proyectos de desarrollo”*. Esta disposición fue reglamentada por el Decreto 2606 de 1998, que en su artículo 1º dispuso que el ciclo de proyectos

¹⁸ En el artículo 26 de la Ley 1150 de 2007 se dispuso lo siguiente: *“El Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo, FONADE se regirá por las normas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública contenido en la Ley 80 de 1993 y en las demás normas que lo modifiquen, deroguen o adicione”*.

¹⁹ El artículo 15 de la Ley 1150 de 2007, que establece: *“Los Contratos que celebren los Establecimientos de Crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal, no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades”*.

comprendía tres etapas: la de preparación, que *“incluye los estudios que sustenten de manera clara y suficiente la decisión y compromiso institucional de realizar la mejor alternativa o rechazar un proyecto de inversión previamente identificado”*; la de ejecución, *“consistente en el desarrollo y realización de todas las actividades para la obtención de los objetivos y metas a que hace referencia el proyecto de desarrollo”*; y la de evaluación, en la que *“se realizan los análisis posteriores acerca del cumplimiento de los objetivos y metas propuestos en el proyecto de desarrollo”*.

Posteriormente, a través del Decreto 288 de 2004 –que se encontraba vigente en la fecha de celebración del contrato en el que se sustentaron las pretensiones de este proceso–, se amplió el objeto de FONADE. Así, el artículo 1º de este Decreto estableció que la entidad tendría por *“objeto principal ser Agente en cualquiera de las etapas del ciclo de proyectos de desarrollo, mediante la preparación, financiación y administración de estudios, y la preparación, financiación, administración y ejecución de proyectos de desarrollo en cualquiera de sus etapas”*. Por su parte, el artículo 3º indicó que, para el desarrollo de su objeto, FONADE podría, entre otras actividades, *“[p]romover, estructurar, gerenciar, ejecutar y evaluar proyectos de desarrollo financiados con recursos de fuentes nacionales o internacionales”* y *“[c]elebrar contratos para administrar recursos destinados a la ejecución de proyectos y para el desarrollo de esquemas de gerencia de proyectos”*.

Concretando el objeto antes indicado, la actividad de FONADE se extiende a actividades propias de la banca de desarrollo y a la gerencia de proyectos, tal como lo ha explicado la Subsección en anteriores oportunidades:

“Si se mira con cuidado el objeto definido para FONADE en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, se entiende que a esa entidad le corresponde una función de la denominada banca de desarrollo, cuya actividad es diferente de la que ordinariamente realiza un banco comercial (la actividad bancaria de servicio al público en general se conoce como banca de primer piso).

De esa apreciación se advierte que la gestión de la banca de desarrollo se asemeja más al objeto ordinario de las sociedades de servicios financieros, que a las de entidades bancarias, sin perjuicio de su particular condición de constituir un instrumento de gestión directa en materia de los planes y programas públicos.

Dentro del objeto propio de FONADE, que se corresponde con una actividad de servicios financieros, se encuentra prevista la gerencia y ejecución de proyectos de desarrollo, en la cual, con recursos de presupuestos públicos y privados, FONADE despliega una capacidad ejecutora, que puede expresarse a través de la denominada contratación derivada, de la más diversa índole.

Se denomina contratación derivada, en cuanto se trata de contratos que se originan en convenios interadministrativos, convenios de

*financiación, convenios de cooperación y cualquier otro tipo de contrato que funciona como acuerdo matriz o principal*²⁰.

3.3.1.4. Descendiendo al caso materia de controversia, se tiene que, de acuerdo con las pruebas que obran en el proceso, el convenio 193046 suscrito entre FONADE y el Fondo de Comunicaciones tenía por objeto realizar la gerencia integral de los proyectos a desarrollar en el marco del programa de agenda de conectividad del Ministerio de Comunicaciones²¹. Una de las obligaciones que asumió FONADE en virtud del convenio fue *“celebrar los convenios o contratos que resulten necesarios para la ejecución del objeto del programa”*²².

Con ese fin, FONADE formuló la oferta pública IPG714-193046 para contratar una empresa que suministrara e instalara soluciones de infraestructura tecnológica en las alcaldías beneficiadas por el programa de gobierno en línea territorial. Así, el contrato suscrito entre FONADE y los miembros de la Unión Temporal se celebró en desarrollo de dicho convenio, como se indicó en los considerandos del acuerdo²³.

Se precisa, además, que en el contrato también se estipuló que FONADE pagaría el valor *“con cargo a los recursos del convenio No. 193046 suscrito por FONADE y Agenda de Conectividad, conformidad [sic] con las Asignaciones Presupuestales No. 664 del 8 de febrero y 2046 de 1 de marzo de 2005, expedidas por el grupo de presupuesto de FONADE”*²⁴.

3.3.1.5. En ese contexto, surge que el contrato entre FONADE y las sociedades que integraron la Unión Temporal demandante fue suscrito en el giro ordinario de los negocios y funciones de la entidad financiera estatal. En efecto, el contrato para el suministro de la infraestructura tecnológica y la prestación de los servicios asociados se enmarcó en la etapa de ejecución del proyecto agenda conectividad del Ministerio de Comunicaciones, en el que la entidad actuó como gerente integral del proyecto, tal como se pactó en ese convenio y, como según lo previsto en el Decreto 288 de 2004, podía hacerlo en desarrollo de su objeto social, pues celebró el contrato 2050477 del 11 de marzo de 2005 en ejercicio de sus funciones de *“[p]romover, estructurar, gerenciar, ejecutar y evaluar proyectos de desarrollo financiados con recursos de fuentes nacionales”* (en este caso del Fondo de Comunicaciones) y *“administrar recursos destinados a la ejecución de proyectos y para el desarrollo de esquemas de gerencia de proyectos”* (artículo 3º del Decreto 288 de 2004).

3.3.1.6. En conclusión, el contrato que FONADE y las sociedades integrantes de la Unión Temporal celebraron es de naturaleza estatal, pero en virtud de lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, su régimen no fue el del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

²⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 3 de agosto de 2017. Exp. 52.531. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

²¹ Folio 146, c. 2.

²² Tomado de los considerandos del contrato 2050477 del 11 de marzo de 2005. Folio 134, c. 2.

²³ Ídem.

²⁴ Folio 135, c. 2.

3.3.2. La postura unificada sobre la capacidad procesal de las uniones temporales frente a controversias originadas en contratos no sometidos a la Ley 80 de 1993

En la sentencia del 25 de septiembre de 2013, proferida después de que el Tribunal Administrativo del Magdalena notificara la decisión de primera instancia y de que la demandante sustentara el recurso de apelación²⁵, el Consejo de Estado unificó su jurisprudencia sobre la capacidad procesal que les asiste a los consorcios y a las uniones temporales y modificó la tesis que hasta la fecha se sostenía²⁶. El pleno de la Sección Tercera estableció 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 (...), también se encuentran facultados para concurrir a los procesos judiciales que pudieren tener origen en controversias surgidas del mencionado procedimiento administrativo de selección de contratistas o de la celebración y ejecución del contrato estatal respectivo –legitimatío ad processum-, por intermedio de su representante”*²⁷.

La Sección Tercera del Consejo de Estado dictó la sentencia de unificación en un proceso en el que se debatió la validez de la resolución mediante la cual el Consejo Superior de la Judicatura adjudicó una licitación a un proponente distinto del consorcio demandante. Y aunque no se dijo expresamente, tal jurisprudencia fue adoptada para ser aplicada sin restricción temporal, no solo a los procesos que con posterioridad a ella se iniciaran, sino que está llamada a gobernar los procesos en curso, iniciados, incluso, antes de que la misma fuera proferida, pero pendientes de decisión definitiva.

Ante tal jurisprudencia y con el alcance ya descrito en el recurso de apelación, la Sala debe establecer si, en este caso, por tratarse de un contrato estatal que no está sujeto a las disposiciones de la Ley 80 de 1993, puede aplicarse el criterio contenido en la sentencia de unificación, y aún en caso de no proceder, valorar si las razones que esgrime el apelante tienen vocación de abrirse paso para justificar la capacidad procesal de quien ha promovido el presente proceso. Con este propósito, es pertinente recordar cuáles fueron las razones que sustentaron el criterio adoptado en la sentencia de unificación del 25 de septiembre de 2013, respecto de la capacidad procesal de los consorcios y las uniones temporales pues, en la base de la misma, están varios de los elementos que servirán a la Sala para definir los problemas antes descritos.

²⁵ El recurso de apelación contra la sentencia del Tribunal Administrativo de Magdalena fue presentado el 2 de mayo de 2011. Folios 309 a 320, c. ppal.

²⁶ La capacidad para ser parte, que es uno de los denominados presupuestos procesales, se define como *“(...) 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”*. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 25 de marzo de 2010. Exp. 36.489. C.P. Myriam Guerrero de Escobar.

²⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena. Sentencia del 25 de septiembre de 2013. Exp. 19.933. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

En la sentencia de unificación, luego de justificar por qué la personalidad jurídica no es un requisito *sine qua non* para comparecer como parte a un proceso judicial, la Sección Tercera formuló varios argumentos para fundamentar la conclusión de que los consorcios y las uniones temporales sí tienen capacidad para ser parte en procesos judiciales. El primero de ellos consistió en que la capacidad jurídica que el artículo 6 de la Ley 80 de 1993 les reconoció se proyecta en el ámbito procesal:

“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 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 (...).”

El segundo argumento que planteó la Corporación fue que el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, les confirió a las partes del contrato estatal la titularidad de la acción contractual, categoría dentro de la cual estaban incluidos los consorcios y las uniones temporales:

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

No sobra señalar que el referido artículo 87 del C.C.A., es una norma procesal, de carácter especial en relación con la materia de los contratos estatales y posterior en el tiempo al citado artículo 44 del C. de P. C., 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” (destaca la Sala).

El tercer argumento consistió en que el inciso segundo del párrafo primero del artículo 7 de la Ley 80 de 1993 establece que los miembros de la unión temporal deben designar una persona que *para todos los efectos* los represente, por lo que no es atendible distinguir entre la representación judicial y extrajudicial:

“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 párrafo 1º del artículo 7 de la Ley 80, ninguna diferenciación introdujo el mismo 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”.

Finalmente, la sentencia invocó el principio del efecto útil de las normas jurídicas y concluyó 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”.*

Lo que se deduce de estas consideraciones es que la sentencia de unificación sobre la capacidad procesal de los consorcios y de las uniones temporales se fundamentó en las disposiciones contenidas en la Ley 80 de 1993. El primer argumento formulado en el fallo acoge uno de los significados que se le puede adscribir a su artículo 6º, según el cual la capacidad jurídica reconocida a los consorcios y a las uniones temporales no se limita a la actividad contractual propiamente dicha, sino que proyecta sus efectos en el ámbito procesal. El segundo planteamiento se soporta en el mismo texto legal, pues la proposición conforme a la cual los consorcios y las uniones temporales son las *partes* del contrato estatal y, por tanto, las titulares de la acción contractual, está sustentada en ese mismo artículo 6, que les reconoció capacidad jurídica para celebrar el contrato, sin que, como ya se dijo, se limite a esa sola actuación. El tercer argumento se funda en una interpretación razonable de la locución *“para todos los efectos”* contenida en el inciso segundo del párrafo primero del artículo 7 de la misma Ley, según la cual no es admisible hacer distinciones entre la

representación judicial y extrajudicial. Y, el cuarto, descansa sobre el principio de efecto útil con el que deben interpretarse los artículos 6 y 7 ya citados.

Así, en definitiva, la postura unificada según la cual los consorcios y las uniones temporales tienen capacidad para ser parte en procesos judiciales supone la aplicación de la Ley 80 de 1993.

Ahora bien, encuentra la Sala que la sentencia de unificación jurisprudencial no puede aplicarse en este preciso caso para arribar a la conclusión de que la Unión Temporal tenía capacidad para comparecer al proceso como parte demandante. La explicación radica en que los supuestos fácticos y jurídicos de la sentencia de unificación jurisprudencial y los del caso analizado por la Sala en esta ocasión no son análogos. Mientras que en el primero se estudió una controversia suscitada en un proceso de selección de contratistas gobernado por la Ley 80 de 1993, en el que concita la atención de la Sala, el litigio se deriva de un contrato estatal que, por expresa disposición legal, no está sometido al Estatuto General de Contratación, como ya se analizó.

La Sala considera que en los contratos estatales sometidos a un régimen excepcional al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, como el celebrado entre FONADE y las sociedades que integraron la Unión Temporal, los artículos 6 y 7 de la Ley 80 de 1993 –sobre los cuales se fundamentó la unificación jurisprudencial– no integran el contenido del negocio jurídico²⁸. Como lo indicó recientemente la Corporación, la Ley 80 de 1993 regula expresamente cuatro aspectos que son aplicables a las entidades que están sometidas a ese estatuto, pues en los demás se aplican las disposiciones civiles y comerciales²⁹: *“(i) capacidad: dentro de la cual están las inhabilidades, incompatibilidades³⁰, conflictos de interés, **los consorcios y uniones temporales -que pueden celebrar contratos sin ser personas jurídicas-** y el registro único de proponentes; (ii) la selección objetiva, que abarca los procedimientos de selección de contratistas (que bien podría en el futuro mirarse más como una materia de derecho de la competencia); (iii) algunos aspectos relativos a su ejecución como el manejo de riesgo y las potestades excepcionales y (iv) los mecanismos de solución de controversias”³¹* (Negrita fuera del texto). Así, las normas relativas a la capacidad jurídica de los consorcios y de las uniones temporales constituyen una de las materias particularmente reguladas en la Ley

²⁸ Según la jurisprudencia de la Corporación, “*la integración del negocio jurídico (...) consiste en incorporar toda aquella regulación que no tiene su fuente en el acuerdo de las partes sino en la ley y en general en las restantes fuentes del derecho externas al contrato, tales como los principios generales del derecho, la equidad y los usos normativos o costumbres como también se les llama*”. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 13 de junio de 2013. Exp. 23.730. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

²⁹ Según lo dispuesto en el inciso primero del artículo 13 de la Ley 80 de 1993, “[l]os contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2o. del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, **salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley**” (Negrita fuera del texto).

³⁰ Se precisa que por expresa disposición del artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, “*Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un **régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública**, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al **régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal***” (negritas fuera de texto).

³¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 28 de febrero de 2020. Exp. 31.628. C.P. Guillermo Sánchez Luque.

80 de 1993 y, por tanto, son aplicables a los contratos que se rigen por esa normativa, al paso que frente a los contratos que están exceptuados de ella, salvo que la propia ley disponga otra cosa, los artículos 6 y 7 no son aplicables y, por lo mismo, a fuerza de conclusión, tampoco el criterio adoptado en la sentencia de unificación³².

Adviértase, además, que la conclusión expresada en el párrafo anterior no contradice la sentencia de unificación. Por el contrario, en ella se destacó que *“allí 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”* (negritas fuera de texto).

Por las anteriores razones, la Sala no encuentra en la sentencia de unificación ya reseñada, criterio jurisprudencial directo e inmediato para infirmar la sentencia recurrida, por lo que procede a analizar la capacidad jurídica y procesal de la Unión Temporal desde la perspectiva de las normas de derecho común.

3.3.3. La capacidad procesal de la parte que formuló la demanda en contra de FONADE

La Sala analizará cuál fue la parte que, en ejercicio de la acción de controversias contractuales, demandó la responsabilidad de FONADE. Con base en ello se establecerá si, tal y como se adujo en el recurso de apelación, debe tenerse a la sociedad AJC IT Soluciones Informáticas S.A. como parte demandante y representante de las sociedades que integraron la Unión Temporal.

Los documentos que obran en el expediente demuestran que la acción de controversias contractuales la ejerció la Unión Temporal, y no la sociedad AJC IT Soluciones Informáticas S.A. en nombre propio y en representación de DISICO – S.A. De hecho, en el poder especial conferido al profesional del derecho que presentó la demanda, el señor Antonio José Copello invocó expresamente su calidad de representante de la Unión Temporal, mas no de las sociedades que la integraron:

*“ANTONIO JOSÉ COPELLO VERGARA, mayor de edad, vecino de Bogotá D.C, identificado con cédula de ciudadanía No. 19.485.490, obrando en mi **calidad de representante legal de la UNIÓN TEMPORAL AJC IT SOLUCIONES INFORMÁTICAS S.A. – DISICO***

³² Aunque la norma es posterior a la fecha en la que se celebró el contrato, se reitera que el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 –mediante el cual se precisaron los principios de la actividad contractual para las entidades no sometidas al estatuto general de contratación– no incluyó las disposiciones atinentes a la capacidad jurídica de los consorcios y uniones temporales, aunque sí integró otras normas sobre la capacidad para celebrar contratos como son las relativas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades.

*S.A., legalmente constituida con domicilio principal en Cota, Cundinamarca y estando debidamente facultado para conferir el presente poder, de acuerdo a los términos definidos en la Cláusula Sexta del Convenio de Unión Temporal, por medio del presente escrito confiero poder especial, amplio y suficiente al abogado (...), para que a nombre y en representación de la **UNIÓN TEMPORAL AJC IT SOLUCIONES INFORMÁTICAS S.A. – DISICO S.A.** inicie y lleve a su terminación un proceso ORDINARIO – ACCIÓN CONTRACTUAL con la correspondiente indemnización de perjuicios a que hubiera lugar y demás declaraciones y condenas definidas en el escrito de demanda, en contra del FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS - FONADE³³ (negrillas fuera de texto).*

Igualmente, en la designación de las partes procesales contenida en la demanda, se hizo alusión a la Unión Temporal y no a las sociedades AJC IT Soluciones Informáticas S.A. y DISICO S.A.: “(...) *Mi poderdante, la UNION TEMPORAL AJC IT SOLUCIONES INFORMÁTICA S.A. – DISICO S.A., en su Convenio de Unión Temporal, **designó como representante legal de la Union [sic] a AJC IT SOLUCIONES INFORMÁTICA S.A., sociedad comercial, constituida y domiciliada en Bogota [sic], representada legalmente por ANTONIO JOSE COPELLO VERGARA, tal y como se aprecia en el Convenio de Unión Temporal, y es en virtud de estas atribuciones que el señor COPELLO VERGARA me ha conferido poder especial amplio y suficiente***³⁴ (negrillas fuera de texto).

En la cláusula sexta del acuerdo de Unión Temporal se estipuló: “(...) *los Representantes autorizados de las sociedades que integran la UNION han designado a AJC IT SOLUCIONES INFORMÁTICAS S.A. como representante legal de la Unión Temporal, quien para efectos del presente acto y en general de los actos que lo requieran en el transcurso del proceso de licitación, contratación y liquidación, entre otros, estará representada por ANTONIO JOSÉ COPELLO VERGARA colombiano, mayor de edad identificado como aparece al pie de su firma*³⁵ (negrilla y subraya fuera de texto).

Al amparo de esta cláusula resulta claro que la mención al señor Antonio José Copello, se hace en tanto tiene a su cargo llevar la representación de la persona jurídica que fue designada como representante legal de la Unión Temporal, esto es la sociedad AJC IT Soluciones Informáticas S.A. Consecuente con tal designación, la representante de la Unión Temporal, obrando por intermedio de la persona natural antes indicada, confirió poder para promover la demanda que finalmente fue introducida a esta jurisdicción por el abogado designado. Y aunque la Sala intentara hacer una lectura diferente a los documentos de apoderamiento y constitución de la Unión Temporal, lo cierto es que, en una actuación posterior, el señor Copello ratificó que el poder otorgado para presentar la demanda lo confirió en nombre de la Unión Temporal y no de la sociedad AJC IT Soluciones Informáticas S.A., o en nombre propio, o en representación de la sociedad DISICO S.A. En efecto, en el memorial presentado el 17 de febrero de 2011, luego de practicadas las pruebas decretadas en primera instancia y antes de que se dictara

³³ Folio 1, c. 1.

³⁴ Folio 16, c. 1.

³⁵ Folio 2, c. 2.

sentencia, Antonio José Copello presentó un escrito obrando, esta vez sí, en calidad de representante legal de AJC IT Soluciones Informáticas S.A., en el que dijo coadyuvar la demanda presentada por la Unión Temporal:

*“ANTONIO JOSE COPELLO VERGARA, mayor de edad y vecino de la ciudad de BOGOTÁ D.C., por medio del presente escrito y **obrando en mi calidad de representante legal de QUINTEC COLOMBIA S.A.** (antes AJC IT SOLUCIONES INFORMÁTICAS) y de conformidad con lo establecido en el artículo 146 del Código Contencioso Administrativo y en el artículo 52 del Código de Procedimiento Civil, me permito COADYUVAR en un todo, **la demanda presentada por la Unión Temporal AJC – IT DISICO** y de todas las actuaciones surtidas por el demandante dentro del presente proceso.*

De igual manera, por el presente acto confiero poder especial amplio y suficiente a quien ha sido el apoderado de la Unión Temporal (...), para que en todas las actuaciones que realice, obre como apoderado especial de QUINTEC COLOMBIA S.A., con la mismas facultades y extensión que le fueran conferidas en el poder especial conferido por la Unión Temporal, para la presentación de esta demanda”³⁶ (negritas fuera de texto).

Así, no cabe duda de que la demanda en ejercicio de la acción de controversias contractuales la presentó la Unión Temporal y, por lo mismo, no es atendible el reparo hecho en el recurso de apelación, según el cual debió tenerse a la sociedad AJC IT Soluciones Informáticas S.A. como parte demandante en nombre propio y en representación de DISICO S.A.

Adicionalmente, advierte la Sala que el hecho de que la sociedad AJC IT Soluciones Informáticas S.A. hubiera presentado un memorial coadyuvando la demanda de la Unión Temporal no le permite aducir la condición de parte, toda vez que, de conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 52 del Código de Procedimiento Civil, aplicable al caso concreto por remisión expresa del artículo 146 del Código Contencioso Administrativo, el coadyuvante es un *tercero* que puede efectuar los actos procesales permitidos al sujeto procesal que ayuda, pero no lo desplaza de su posición ni adquiere la condición de parte³⁷.

Aclarado este punto, la Sala procede a determinar si la Unión Temporal demandante tenía capacidad para ser parte en el proceso, teniendo en cuenta que los artículos 6 y 7 de la Ley 80 de 1993 no integraron el régimen jurídico del contrato. Este análisis supone revisar las reglas que, en el ámbito del derecho privado, presiden la formación de los consorcios y de las uniones temporales.

En las leyes civiles, comerciales y financieras, que son las que integran el régimen jurídico al que quedó sometido el contrato entre FONADE y los integrantes de la Unión Temporal, no hay una regulación especial de las uniones temporales. Estas uniones se consideran una modalidad atípica de los denominados contratos de

³⁶ Folio 251, c. 1.

³⁷ Al respecto véase: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A: Auto del 1 de octubre de 2014. Exp. 27.874. C.P. Hernán Andrade y Auto del 8 de noviembre de 2018, Exp. 52.916. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

colaboración, en virtud de los cuales dos o más personas convienen aunar esfuerzos con un determinado objetivo consistente, por lo general, en la construcción de una obra o en la prestación de un servicio, sin que establezca una sociedad entre ellas³⁸. La conformación de uniones temporales tiene su fundamento en el derecho de asociación, libertad de empresa y, por supuesto, en el principio de la autonomía de la voluntad privada, pero no en una norma expresa que la autorice con alcance similar al fijado en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Como ha dicho la Corte Suprema de Justicia, el consorcio –y lo mismo vale para la unión temporal– es el resultado de la conjunción de esfuerzos de naturaleza técnica, económica y tecnológica que diferentes personas, naturales o jurídicas, ponen al servicio de una causa común. La unión temporal no constituye una persona jurídica, sino que los sujetos que la conforman conservan, de manera independiente y autónoma, su organización, por lo que no hay confusión patrimonial³⁹. Los titulares de los derechos, obligaciones e intereses que tienen su fuente en el contrato –las *partes* del negocio– son los integrantes de la unión temporal, y no ésta, pues no es un centro de imputación jurídica⁴⁰, más allá de las reglas atinentes a la forma, modo y tiempo en el cumplimiento de las obligaciones que por virtud del convenio de colaboración se imponen de cara al contrato que suscriben.

La capacidad procesal de los consorcios y las uniones temporales ha sido analizada desde la perspectiva de las relaciones jurídicas sometidas a las leyes civiles y comerciales. La Corte Suprema de Justicia ha concluido que, bajo el derecho privado, las uniones temporales no tienen capacidad de goce y, por lo mismo, tampoco tienen capacidad para ser parte en procesos judiciales. Por este motivo, en la sentencia del 13 de septiembre de 2006, esa Corporación se inhibió de fallar de fondo una demanda responsabilidad contractual formulada por un consorcio contra un establecimiento bancario:

*“Viene de lo dicho que el Tribunal incurrió en el error jurídico por el cual se le emplaza, pues no obstante reconocer que los consorcios ‘no son personas, sino entes que las agrupan, bien sea naturales o jurídicas, para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato estatal, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 7º de la ley 80 /93’, terminó por aceptar que el consorcio Pedro Gómez Ing. & Co. Ltda. – Dicon Ltda. oficiare como parte en la contienda, pese a que esa aptitud corresponde, en los términos del art. 44 – 1 del C. de P.C. a ‘toda persona natural o jurídica’, personalidad que no ostenta quien accionó, y sin la cual no está autorizada su gestión procesal, amén de que, tampoco es dable predicar que goce de capacidad excepcional para ese fin, como antes se explicó. Como lo anotó la Corte en pronunciamiento reciente, sabido es **‘que los consorcios no son personas jurídicas, motivo por el cual no pueden demandar***

³⁸ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 16 de diciembre de 2015. Rad. 110013103019200900360 01. M.P. Margarita Cabello Blanco.

³⁹ Ídem.

⁴⁰ Así en un contrato mercantil, los integrantes de la unión temporal se consideran deudores plurales y, conforme a lo previsto en el artículo 825 del Código de Comercio, se presume que se han obligado solidariamente.

directamente ni ser demandados, a menos que se haga por intermedio de las personas que de manera independiente lo integran⁴¹.

Este criterio ha sido reiterado en decisiones posteriores⁴², como en la providencia del 29 de octubre de 2019 en la que, al resolver un conflicto de competencias, la Sala de Casación Civil indicó que según el precedente inalterado de la Corporación, estos esquemas asociativos carecen de capacidad para ser parte⁴³. De hecho, en la sentencia de unificación del 25 de septiembre de 2013, el Consejo de Estado también destacó *“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”*.

En síntesis, en los negocios jurídicos sometidos a las leyes civiles, comerciales y financieras, como es el caso del contrato celebrado entre FONADE y los integrantes de la Unión Temporal, estos esquemas de colaboración carecen de capacidad de goce y, por ello, tampoco tienen capacidad para aducir la titularidad del derecho de acción inmerso en las pretensiones de una demanda, esto es, para promover y ser parte en los procesos judiciales en los que discutan los derechos que tienen su fuente en el contrato, pues, a diferencia de lo que ocurre en los contratos regidos por el derecho público⁴⁴, ninguna ley civil o comercial les ha reconocido facultad para derivar de ahí, respecto de aquéllas, el derecho de postulación propio del proceso judicial.

No desconoce la Sala que en nuestro ordenamiento la personalidad jurídica no constituye un requisito absoluto para actuar válidamente en el curso de un proceso judicial; sin embargo, lo que en este caso ocurre es que no existe una norma que constituya excepción frente a lo dispuesto en el artículo 44 del Código de Procedimiento Civil⁴⁵ que atribuye *“(...) capacidad para comparecer por sí al proceso (...)”* a las personas, naturales o jurídicas, que pueden disponer de sus

⁴¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 13 de septiembre de 2006. Rad. 88001-31-03-002-2002-00271-01. M.P. Jaime Alberto Arrubla Paucar.

⁴² Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia del 6 de agosto de 2020. Rad. 1100122030002020-00908-01. M.P. Octavio Augusto Tejeiro Duque.

⁴³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Auto del 29 de octubre de 2019. Rad. 11001-02-03-000-2019-03557-00. M.P. Luis Alonso Rico Puerta.

⁴⁴ En la sentencia del 25 de septiembre de 2013, la Sala Plena de la Sección Tercera advirtió que: *“la tesis expuesta sólo está llamada a operar en cuanto corresponda a los litigios derivados de los contratos estatales o sus correspondientes procedimientos de selección, puesto que la capacidad jurídica que la Ley 80 otorgó a los consorcios y a las uniones temporales se limitó a la celebración de esa clase de contratos y la consiguiente participación en la respectiva selección de los contratistas particulares, sin que, por tanto, la aludida capacidad contractual y sus efectos puedan extenderse a otros campos diferentes, como los relativos a las relaciones jurídicas que, de manera colectiva o individual, pretendan establecer los integrantes de esas agrupaciones con terceros, ajenos al respectivo contrato estatal, independientemente de que tales vínculos pudieren tener como propósito el desarrollo de actividades encaminadas al cumplimiento, total o parcial, del correspondiente contrato estatal”* (negritas fuera de texto).

⁴⁵ Normativa vigente para la fecha de presentación de la demanda, aplicable a la materia, porque la capacidad para ser parte en el proceso judicial debía existir desde la presentación de la demanda. Además, las normas del Código de Procedimiento Civil son aplicables a este caso, de conformidad con las reglas de tránsito de legislación previstas en el artículo 625 del Código General del Proceso, especialmente la contenida en el literal c) del numeral 1, puesto que el proceso ordinario entró a despacho para fallo en segunda instancia el 23 de enero de 2013, esto es, antes de la fecha en la que, según la posición unificada de la Sección Tercera de esta Corporación, entró a regir ese Código en la Jurisdicción Contencioso Administrativa: 14 de enero de 2014 (14 de enero de 2014, auto del 25 de junio de 2014, exp. 49299).

derechos. Tampoco se desconoce que, según lo previsto en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo⁴⁶, los titulares de la acción contractual son las **partes del contrato**, solo que, al no estar esos esquemas de colaboración –en el marco del derecho privado– facultados para celebrarlos, no pueden reputarse como parte de aquéllos, pues quienes los celebran y, por tanto, ocupan ese lugar en la relación contractual, son los sujetos de derechos y obligaciones que los integran⁴⁷.

Por todo lo anterior, la Sala concluye que la Unión Temporal que instauró la demanda, a la luz de la ley, no tenía capacidad para comparecer como parte demandante en este proceso.

Los reparos formulados en el recurso de apelación no desvirtúan esta conclusión. Si bien es cierto –como indicó la parte demandante en su recurso– que en la cláusula sexta del convenio se indicó que el señor Antonio José Copello tendría la representación prejudicial y judicial de la Unión Temporal en todo lo relacionado con el contrato, no lo es menos que la capacidad jurídica y procesal deriva de la ley y no de una estipulación convencional, por lo cual esa manifestación no es suficiente para entender cumplido ese presupuesto procesal, pues, se insiste, el poder para presentar la demanda se otorgó a nombre de la Unión Temporal, que no tiene capacidad para ser parte en el proceso. Y aún en el campo de la mera especulación, de tenerse por válida esa cláusula o de interpretarla para que produzca sus efectos, solo podría tenerse al señor Copello como facultado para llevar la representación judicial en nombre de las sociedades integrantes de la Unión Temporal, individual e independientemente consideradas (en nombre de las cuales, en todo caso, no otorgó poder) y no como se quiso hacer valer en este proceso.

3.3.4. El apelante también argumentó que las sociedades que integraron la Unión Temporal no fueron demandadas como deudores solidarios, que, por ese motivo, entre ellas no hay un litisconsorcio necesario y que, por tanto, no debió declararse la falta de legitimación en la causa por activa.

Al respecto, debe decirse que la legitimación en la causa –o, más exactamente, su ausencia– no es constitutiva de excepción de fondo, sino que es un presupuesto necesario para proferir sentencia de mérito favorable a las pretensiones del demandante. Si el demandante no está legitimado en la causa por activa, el demandado tiene derecho a ser absuelto, pero no porque haya probado un hecho 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 hacerlo⁴⁸. A diferencia de la capacidad para ser parte, la legitimación en la causa no es un

⁴⁶Aplicables al caso de conformidad con lo dispuesto en el artículo 308 de la Ley 1437 de 2011, toda vez que la demanda se instauró antes de la entrada en vigencia de esta ley.

⁴⁷ En la sentencia del 25 de septiembre de 2013, la Sala Plena de la Sección Tercera razonó que se erigen como titulares de la acción contractual a las “**partes del contrato**, entre las cuales se encuentran, precisamente **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” (negritas fuera de texto).

⁴⁸ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 6 de febrero de 2020. Exp. 53.212. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

presupuesto de la acción ni de validez del proceso, sino de la adopción de una sentencia estimatoria de las pretensiones del demandante. Por lo tanto, para estudiar la legitimación en la causa del demandante, un requisito previo es establecer que la relación jurídico procesal nació válidamente, es decir, que se reunieron todos los presupuestos procesales.

Así las cosas, como en este caso uno de esos presupuestos no se cumplió, porque quien demandó carecía de capacidad para hacerlo (y quienes sí la tenían y estaban legitimadas por activa por ser las titulares de los derechos y obligaciones del contrato, no lo hicieron), es improcedente abordar cuestiones de fondo del litigio, como lo es la relacionada con la legitimación en la causa de las partes. Este análisis que se centra en la distinción entre capacidad procesal y legitimación en la causa conduce a modificar la sentencia de primera instancia, pues, por lo acabado de expresar, no puede sostenerse la declaración de ausencia de la segunda.

3.3.5. Conclusiones del análisis de la Sala y sentido de la decisión

3.3.5.1. De acuerdo con lo expresado en los anteriores acápites del fallo, la Unión Temporal demandante no tenía capacidad para comparecer al proceso. La sentencia del 25 de septiembre de 2013, en la que el Consejo de Estado unificó su jurisprudencia en el sentido de reconocer capacidad procesal a los consorcios y a las uniones temporales, no es aplicable en este caso, pues la razón de la decisión descansa en el contenido normativo de los artículos 6 y 7 de la Ley 80 de 1993, disposiciones legales que no son aplicables a contratos estatales que no están sujetos al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, como el celebrado entre FONADE y los miembros de la Unión Temporal.

3.3.5.2. La capacidad para ser parte es uno de los denominados presupuestos procesales. La ausencia de este presupuesto impide resolver el fondo del litigio y, por consiguiente, debe proferirse un fallo inhibitorio⁴⁹.

3.3.5.3. Consultada la parte resolutive de la sentencia apelada, la Sala encuentra que el Tribunal Administrativo del Magdalena declaró probada la excepción de *“falta de capacidad para comparecer en juicio de la parte demandante”* y, a renglón seguido, la de *“falta de legitimación por activa”*. La Sala modificará parcialmente esta decisión por las razones que ya se expresaron en el acápite anterior.

3.3.6. Costas

En consideración a que no se evidenció temeridad ni mala fe en la actuación procesal de las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas, de conformidad con lo establecido en el artículo 171 del CCA, modificado por el artículo 55 de la ley 446 de 1998.

⁴⁹ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 29 de abril de 2019. Exp. 36103. C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas.

IV. PARTE RESOLUTIVA

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

FALLA:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida el 30 de marzo de 2011 por el Tribunal Administrativo del Magdalena, el cual quedará así:

1. Declarar probada la excepción de *“falta de capacidad para comparecer en juicio de la parte demandante”* y, en consecuencia, inhibirse para decidir sobre el fondo de las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: ABSTENERSE de condenar en costas.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
ELECTRÓNICAMENTE
MARÍA ADRIANA MARÍN

FIRMADO
MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Se deja constancia de que esta providencia fue aprobada por la Sala en la fecha de su encabezado y que se suscribe en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI del Consejo de Estado, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar su integridad y autenticidad en el enlace <http://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081/Vistas/documentos/evalidador>.