



000297

www.legismovil.com 001

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN C

Consejera Ponente: OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ

Bogotá D. C., once (11) de diciembre de dos mil trece (2013)

Radiación Número: 760012333000201300056 01 (47417)

Actor: García Ríos Constructores S. A.

Demandado: Metrocali S. A.

Referencia: Apelación Auto. Medio de Control de Controversias Contractuales.

De conformidad con lo decidido en el Acta 018 del día nueve (9) de diciembre de dos mil trece (2013) en la Sala de la Subsección C, procede el Despacho a destarar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra el auto proferido el dos (2) de mayo de dos mil trece (2013), por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, mediante el cual se rechazó la demanda, por falta de agotamiento de la conciliación prejudicial¹.

I. ANTECEDENTES

1. La Demanda.

La sociedad García Ríos Constructores S. A. y Calderón Ingenieros S. A., por intermedio de apoderada judicial, en ejercicio del medio de control controversias contractuales, interpusieron demanda contra Metrocali S. A., el día veintiuno (21) de enero de dos mil trece (2013) ante el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca², con el fin de que se declare el incumplimiento del contrato de construcción No. MC-OP-08-06 celebrado entre la demandada y el Consorcio Petroncales 2, integrado por Calderón Ingenieros

¹ Folios 101 a 103 del cuaderno principal.

² Folios 157 a 164 del cuaderno de primera instancia.



S. A. y García Ríos Constructores S. A., y se restablezca el equilibrio económico.

2. El Auto Impugnado.

El Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, mediante providencia del dos (2) de mayo de dos mil trece (2013), rechazó la demanda, por falta de agotamiento del requisito de procedibilidad de la conciliación prejudicial.³

Manifestó el *a quo* que mediante auto No. 093 del veintidós (22) de febrero de dos mil trece (2013), se inadmitió la demanda debido a que las sociedades actoras no acreditaron el requisito de procedibilidad de la conciliación prejudicial, solo acreditando la conciliación el representante legal del consorcio grupo Petroncales 2, y se concedió a la parte actora un término de diez (10) días, para que corrigiera la demanda.

De igual forma sostuvo el Tribunal que el apoderado judicial de las accionantes presentó recurso de reposición, argumentando que el consorcio Petroncales 2, está integrado por las sociedades García Ríos S. A. y Calderón Ingenieros S. A., además que en el documento consorcial, el señor Fabián García Ríos, actúa como representante para todos los efectos y convocó ante la autoridad competente la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad.

Seguidamente, el Tribunal expresó que por auto No. 132 del cinco (5) de abril de dos mil trece (2013), resolvió el recurso de reposición propuesto, analizando en ese momento si el representante del consorcio Petroncales 2, estaba facultado en la conciliación prejudicial para actuar en nombre y representación de las sociedades demandantes, con el fin de dar cumplimiento al requisito de procedibilidad exigido por la ley, sin embargo, analizada la figura del consorcio y de los documentos obrantes en el expediente y de la conciliación, el *a quo* consideró que no estaba facultado para conciliar en nombre de las sociedades actoras.

³ Folios 101 a 103 del cuaderno principal.



Concluyó que una vez notificado el auto anterior, se iniciaron los términos para corregir la demanda durante los días doce (12) al veinticinco (25) de abril del presente año, sin que la parte actora diera cumplimiento a lo ordenado, y que por lo tanto lo procedente era la aplicación del artículo 170 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

3. El Recurso de Apelación.

El apoderado judicial de las partes actoras, interpuso recurso de apelación contra el anterior proveído⁴, solicitando su revocatoria y se admita la demanda.

Consideró el recurrente que obra en el proceso certificación expedida por el Procurador 65 Judicial ante el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, constancia expedida dentro del trámite de la solicitud de conciliación extrajudicial formulada por Fabián García Ríos, en su condición de representante del Consorcio Grupo Petroncales 2.

Por último expresa que la ficción legal que conlleva la presencia de un Consorcio, le permite actuar efectivamente en la vida jurídica y legal, y *"solo sus limitaciones se hacen evidentes cuando inicia actuaciones JUDICIALES, bien como sujeto pasivo, bien como sujeto activo."*

"La convocatoria a de conciliación es un mecanismo de solución directa de las diferencias, con la participación del funcionario señalado, sin tener que acudir a la vía judicial en manera contenciosa." Y que conforme con lo anterior es facultad y derecho que le asiste a la mencionada figura promover la convocatoria y participar en la misma con el fin de una solución extrajudicial.

⁴ Folios 104 a 107 del cuaderno principal.



II. CONSIDERACIONES

1. Régimen de Transición.

El Despacho observa que la demanda fue presentada el día veintiuno (21) de enero de dos mil trece (2013) ante el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, por lo tanto la norma aplicable al sub lite es el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011), normativa que derogó expresamente en su artículo 309, el Decreto 1 de 1984, Código Contencioso Administrativo.

En efecto, el artículo 308 de la Ley 1437 de 2011⁵, establece:

“Artículo 308. Régimen de transición y vigencia. El presente Código comenzará a regir el dos (2) de julio del año 2012.

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

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

2. Competencia.

El Despacho es competente para decidir el recurso interpuesto, por tratarse de la apelación de un auto en un proceso de reparación directa con vocación de doble instancia⁶, según lo dispuesto en los artículos 125⁷ del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

⁵ Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

⁶ La estimación de la cuantía al momento de la presentación de la demanda asciende a la suma de \$1.617.421.399.

⁷ Artículo 125. De la expedición de providencias. Será competencia del juez o Magistrado Ponente dictar los autos interlocutorios y de trámite; sin embargo, en el caso de los jueces colegiados, las decisiones a que se refieren los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 243 de este Código serán de la sala, excepto en los procesos de única instancia. Corresponderá a los jueces, las salas, secciones y subsecciones de decisión dictar las sentencias. Los autos que resuelvan los recursos de súplica



3. Caso Concreto.

De conformidad con el artículo 141 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otra declaraciones y condenas.

Por otra parte el artículo 7 de la Ley 80 de 1993, prescribe que se entiende por consorcio cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato.

En este sentido, la doctrina menciona que el consorcio *"es un contrato de colaboración entre dos o más empresarios con la finalidad de unir esfuerzos para lograr un determinado objetivo, generalmente la construcción de una obra, la prestación de un servicio o en general la ejecución de una empresa determinada sin que se establezca una sociedad entre ellos. (...) Sin embargo, el consorcio no es un contrato de sociedad ni de cuentas de participación, (...) que puede ubicarse como una especie de los denominados por la doctrina, contratos de colaboración empresarial"*.⁸

Jurisprudencial y doctrinariamente se ha reconocido que el consorcio difiere de las sociedades, en cuanto en estas existe el *affectatio societatis*, en los consorcios existe un *animus cooperandi*.⁹

serán dictados por las salas, secciones y subsecciones de decisión con exclusión del Magistrado que hubiere proferido el auto objeto de la súplica.

⁸ Arrubla Paucar, Jaime Alberto. *Contratos Mercantiles*. Tomo II. Editorial Dike. Bogotá 1992. Págs. 284-293.

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia del treinta y uno (31) de mil novecientos noventa y siete (1997). Radicación: 8065. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia del veintinueve (29) de abril de dos mil diez (2010). Radicación: 16883.



Es claro, que los consorcios son un acuerdo que permite identificarlos como un sujeto especial, pues son entes colectivos sin personería jurídica, la identificación surge para poder individualizarlos por razón de los fines de la actividad que van a desarrollar. Son entes típicos que no hacen surgir una nueva persona jurídica por eso se hace en la ley una ficción para darle capacidad legal para actuar acorde al hecho o contrato que ha de celebrarse.¹⁰

En el *sub judice*, observa el Despacho que la solicitud de conciliación extrajudicial fue solicitada por Fabián García Ríos, en su calidad de representante del Consorcio Grupo Petroncales 2.

A juicio del Despacho, 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 respectivo¹¹, por intermedio de su representante.

Si bien el artículo 44 del Código de Procedimiento Civil otorga "(...) *capacidad para comparecer por sí al proceso, las personas que pueden disponer de sus derechos (...)*", se precisa que esa condición no se encuentra instituida como una exigencia absoluta, pues es claro que incluso la misma ley procesal civil consagra algunas excepciones, como sucede con la herencia yacente o con los patrimonios autónomos, que a pesar de no contar con personalidad jurídica propia, si pueden ser sujetos procesales, de lo cual se desprende que el hecho

¹⁰ Al respecto la Corte Constitucional en sentencia C-949 de 2001, expuso que, "En torno a la capacidad contractual de los consorcios y uniones temporales la jurisprudencia constitucional ha expresado que el Estatuto de contratación les reconoce este atributo sin exigirles como condición de su ejercicio la de ser personas jurídicas. También ha dicho que el consorcio es un convenio de asociación, o mejor, un sistema de mediación que permite a sus miembros organizarse mancomunadamente para la celebración y ejecución de un contrato con el Estado, sin que por ello pierdan su individualidad jurídica, pero asumiendo un grado de responsabilidad solidaria en el cumplimiento de las obligaciones contractuales."

¹¹ *Legitimatío adprocessum*.



de que los consorcios carezcan de personalidad jurídica independientemente, no constituye fundamento suficiente para concluir que carecen de capacidad para ser sujetos, activos o pasivos en un proceso.

En este sentido, de manera reiterada la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha puesto de presente que la capacidad para comparecer a un proceso judicial no se encuentra supeditada al requisito de la personalidad jurídica, tal como se evidencia los pronunciamientos consignados en el fallo emitido por su Sala Plena, en agosto 23 de 1984, en la cual se sostuvo:

"2º). – Que las funciones de ejecución administrativa y de representación en juicio no están supeditadas a la circunstancia de que los entes respectivos sean personas jurídicas.

(...)"¹²

Del artículo 159 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se desprende que la exigencia de la personalidad jurídica no constituye requisito indispensable para asumir la calidad de parte de un proceso o de intervenir dentro del mismo, en efecto determina que *"[l]as entidades públicas, los particulares que cumplen funciones públicas y los demás sujetos de derecho que de acuerdo con la ley tengan capacidad para comparecer al proceso, podrán obrar como demandantes, demandados o intervinientes en los procesos contencioso administrativos, por medio de sus representantes, debidamente acreditados."*

Teniendo presente lo dicho, la anterior norma condiciona la posibilidad de que las entidades públicas y privadas puedan obrar como demandantes, como demandadas o como intervinientes en los procesos contencioso administrativos, al cumplimiento de funciones públicas por parte de las

¹² Corte Suprema de Justicia. Sala Plena. Sentencia del 23 de agosto de 1984. Expediente 1157. Magistrado Ponente Manuel Gaona Cruz. En este sentido ver Corte Suprema de Justicia. Sala Plena. Sentencia del 28 de febrero de 1985. Expediente 1251. Magistrado Ponente Manuel Gaona Cruz; y Corte Suprema de Justicia. Sala Plena. Sentencia del veintinueve (29) de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1990). Magistrado Ponente: Hernando Gómez Otálora.



mencionadas, pero no a la exigencia de que cuenten con personalidad jurídica independiente.

Aunado a lo anterior la Corte Constitucional ha sostenido:

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

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

(...)

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

“En estos eventos el Estatuto no se refiere a una persona y sin embargo permite que los consorcios y a las uniones temporales puedan contratar con el Estado, lo cual, en resumen significa que la ley les reconoce su



capacidad jurídica a pesar de que no les exige como condición de su ejercicio, la de ser personas morales."¹³

Del extracto jurisprudencial transcrito, se infiere que los consorcios y las uniones temporales se encuentran dotados de capacidad jurídica, expresamente otorgada por la ley, a pesar de que evidentemente no son personas morales, porque para contar con capacidad jurídica no es requisito ser persona.

Así pues, la capacidad de contratación que expresamente la ley 80 otorgó y reconoció a los consorcios, 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, sino que también extiende sus efectos al campo procesal, puesto que 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.¹⁴

Por último, el artículo 144 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, antes comentado, prescribe que cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas; erigiendo así en titulares del medio de control de controversias contractuales a las partes de un contrato, dentro de las cuales se encuentran los consorcios.

De allí que es la misma ley la que establece de manera expresa e inequívoca que las partes de un contrato del Estado están facultadas para acudir ante la

¹³ Corte Constitucional. Sentencia C-414 del veintidós (22) de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994). Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell.

¹⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-178 del veintinueve (29) de abril de mil novecientos noventa y seis (1996). Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell.



jurisdicción, de contera es la ley 80 en su artículo 6 que otorga la calidad de parte del contrato estatal a las uniones temporales y a los consorcios, luego entonces forzoso es concluir que por disposición de la ley dichas agrupaciones contractuales se encuentran habilitadas para ser parte o intervenir en un proceso judicial.

En este sentido la Sala Plena de la Sección Tercera en reciente providencia sostiene:

"En este sentido se modifica la tesis que hasta ahora ha sostenido la Sala, con el propósito de que se reafirme que si bien los consorcios y las uniones temporales no constituyen personas jurídicas independientes, sí cuentan con capacidad, como sujetos de derechos y obligaciones (artículos 44 del C. P. C. y 87 C. C. A.), para actuar en los procesos judiciales, por conducto de su representante, sin perjuicio, claro está, de observar el respectivo jus postulandi."¹⁵

Por lo tanto, considera el Despacho, que el requisito de procedibilidad fue agotado, aun cuando la solicitud fue presentada por Fabián García Ríos, en su calidad de representante del Consorcio Grupo Petroncales 2, como quiera que de conformidad con la ley 80 "los miembros del consorcio y de la unión temporal deberán designar la persona que, **para todos los efectos, representará al consorcio o unión temporal y señalarán las reglas básicas que regulen las relaciones entre ellos y su responsabilidad**", por lo que se destaca que la ley no hizo limitación o condición alguna el amplio alcance de las facultades que, por mandato normativo, acompaña a quien se designe como representante de una de esas organizaciones.

De acuerdo con los anteriores asertos se procederá a revocar la providencia proferida el dos (2) de mayo de dos mil trece (2013), por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca.

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena. Sentencia del veinticinco (25) de septiembre de dos mil trece (2013). Radicación: 25000232600019971393001 (19933). Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez.



RESUELVE

PRIMERO. Revocar el auto del dos (2) de mayo de dos mil trece (2013), proferido por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca por las razones expuestas en el presente proveído, y en consecuencia se dispone:

"PRIMERO. Admitir la demanda presentada en ejercicio del medio de control de controversias contractuales.

SEGUNDO. *Notifíquese a las partes demandantes por estado.*

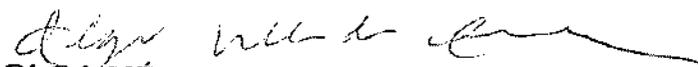
TERCERO. *Notifíquese personalmente a la Sociedad Metrocali S.A., y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, y remítaseles, a través del servicio postal autorizado, copia de la demanda, sus anexos y del auto admisorio.*

CUARTO. *Notifíquese personalmente al Ministerio Público.*

QUINTO. *Córrase traslado de la demanda, por el término de treinta (30) días, contados desde el vencimiento de los veinticinco (25) días siguientes a la última notificación, según lo dispuesto en el artículo 612 del Código General del Proceso."*

SEGUNDO. Ejecutoriado este auto, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Notifíquese y Cúmplase


OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ