

Aplicabilidad de la Jurisprudencia del Consejo de Estado en Materia Procesal Civil

Respecto de la Capacidad para Comparecer al Proceso de los Consorcios y de las Uniones

Temporales

Juan Manuel Sierra & María Paula Sierra

Abril 2020

Universidad EAFIT - Universidad Autónoma Latinoamericana

Medellín, Antioquia

Derecho Procesal Civil

Resumen

El tratamiento de un asunto procesal, como lo es la participación de las Uniones Temporales y los Consorcios al interior del proceso, esto es, el debate sobre su capacidad jurídico-procesal, requiere en un primer momento de un estudio de carácter documental, debido a las revisiones críticas que se han hecho frente a la regulación actual, la jurisprudencia, y la doctrina, que han tratado el tema de la capacidad jurídica de los consorcios y las uniones temporales en diferente forma. Algunos acojen los argumentos esgrimidos por el Consejo de Estado, al establecer que estas asociaciones pueden actuar al interior de un proceso judicial por medio de la designación de un representante legal para esos efectos. Sin embargo, otros afirman que su participación debería continuar siendo por medio de la figura del litisconsorcio necesario, pues de lo contrario, se estarían vulnerando derechos, tales como el derecho de defensa de los demás miembros de la Unión Temporal o del Consorcio.

Esta disparidad de apreciaciones, ha generado cierto grado de incertidumbre frente a cómo debería ser realmente la participación de las Uniones Temporales y los Consorcios al interior del proceso. De aquí, se deriva la necesidad de realizar una organización y evaluación de la información teórica, jurisprudencial y doctrinal existente sobre este problema, focalizándose en el progreso actual de la investigación y brindando posibles vías para su solución; se analizará la consistencia de cada una de las posturas jurisprudenciales y doctrinales sobre el tema, para luego señalar las fallas o demostrar la eficacia de unas sobre otras, o si es posible que subsistan las diferentes posturas.

Abstract

The treatment of a procedural matter, such as the participation of Temporary Unions and Consortia within the process, that is the debate on their legal and procedural capacity, initially requires a study of a documentary nature, due to the critical revisions that have been made to the current regulation, the jurisprudence and the doctrine, which have dealt with the legal capacity of consortia and the temporary unions in different ways. Some take into account the arguments put forward by the Council of State, which provides that these associations may act within a judicial process by appointing a legal representative for that propose. However, others assert that their participation should continue to be through the necessary litigation figure, since otherwise, rights such as the right of defense of the other members of the Temporary Union or Consortium would be violated.

The difference in perception has led to a degree of uncertainty as to what the involvement of Temporary Unions and Consortia, should really be like within the process. Hence, there is a need to organize and evaluate existing theoretical, jurisprudential and doctrinal information on this problem, focusing on current research progress and providing possible avenues for its solution; will be analyzed the consistency of each of the jurisprudential and doctrinal positions on the topic, to then, point out the failures or demonstrate the effectiveness of once on the other, or if it is possible that the different positions remain.

Palabras claves

Litisconsorcio Necesario; Consorcio; Unión Temporal; Parte Procesal y Parte Sustancial; Oponibilidad de la Sentencia; Derecho de defensa; Economía procesal; Celeridad procesal; Publicidad; Bilateralidad de la audiencia.

Keys Words

Litigation Required; Consortium; Temporary Union; Procedural Part and Substantial Part; Opposability of the Judgment; Right of defense; Procedural economy; Procedural celerity; Publicity; Bilaterality of the hearing.

Tabla de Contenidos

Introducción.....	6
Capítulo 1 Nociones Básicas del Debido Proceso: Presupuestos Procesales del Derecho de Acción.....	8
Capítulo 2 Capacidad Jurídico Procesal de los Consorcios y de las Uniones Temporales a la Luz de la Jurisprudencia del Consejo de estado.....	23
Capítulo 3 Aplicación de los Principios de Derecho Procesal en el Marco de la Capacidad Jurídico Procesal de los Consorcios y de las Uniones Temporales.....	38
Conclusión.....	53
Bibliografía.....	56

Introducción

En el ordenamiento jurídico colombiano, se han consagrado figuras que asocian grupos de personas con el fin de adjudicar, celebrar y ejecutar contratos con el Estado. Es el caso de las figuras llamadas consorcios y uniones temporales, que han sido desarrolladas por la Ley 80 de 1993 y por la jurisprudencia del Consejo de Estado. El máximo órgano de lo contencioso administrativo, venía considerando a través de reiterada jurisprudencia que tales agrupaciones no podían acudir a los procesos judiciales a través de su representante, quien solo se encontraba facultado para el ejercicio de funciones administrativas y contractuales. Años más tarde, dicha corporación decide modificar esta tesis jurisprudencial, de tal manera que por medio de sentencia de unificación con radicado 1997-13930, consejero ponente Mauricio Fajardo Gómez, del año 2013, se empieza a considerar que los consorcios y las uniones temporales cuentan con capacidad jurídica procesal para ser parte y comparecer a los procesos judiciales, en donde entren en juego intereses jurídicos que le sean propios.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia, aun cuando no ha tenido un desarrollo jurisprudencial amplio frente al tema de la capacidad jurídica de los consorcios y las uniones temporales, continua considerando que tales entes no cuentan con capacidad para obrar en los diferentes procesos judiciales, y argumenta su posición en la falta de personalidad jurídica de estos; y adicionalmente estima, que quienes en realidad tienen capacidad procesal son las personas que integran dichas asociaciones, las cuales pueden acudir a los procesos de manera individual.

De este modo, permanece viva la incertidumbre respecto de si los consorcios y uniones temporales pueden o no comparecer al proceso civil, y si les es o no exigible el requisito de la personalidad jurídica para ello. De este punto, es que se deriva la importancia del presente escrito, con miras a determinar si existe la posibilidad de aplicar lo resuelto por el Consejo de Estado sobre la materia

en el campo del derecho privado, y si existe vulneración alguna de los principios y normas de carácter procesal al limitar la comparecencia de estas asociaciones al proceso.

A este respecto, en el presente escrito se realizará un análisis doctrinal, jurisprudencial y normativo de los presupuestos procesales de la acción, centrando la atención en los presupuestos de la capacidad para ser parte y de la capacidad para comparecer al proceso. Teniendo claro lo anterior, se abordarán los conceptos de consorcio y unión temporal, y se procederá a realizar un estudio minucioso de lo dispuesto por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación del año 2013, sentencia que unificó jurisprudencia reconociendo al consorcio y a la unión temporal su capacidad jurídico procesal. Finalmente, se atenderá a los principios generales del proceso y a la normatividad del Código General del Proceso, para determinar si con la comparecencia de estas figuras al proceso se concibe un respeto de tales disposiciones, o si por el contrario existe alguna vulneración que impida una garantía óptima del derecho al debido proceso.

Capítulo I

Nociones Básicas del Debido Proceso: Presupuestos Procesales del Derecho de Acción

Con el fin de determinar si los Consorcios y las Uniones Temporales cuentan o no con capacidad para ser parte y para comparecer a un proceso, es pertinente abordar algunos conceptos, que permitan entender el debido proceso y los presupuestos que le son propios.

En este orden de ideas, ha establecido la Corte Constitucional en sentencia C-163 de 2019, lo siguiente:

el debido proceso constituye un conjunto de garantías destinadas a la protección del ciudadano vinculado o eventualmente sujeto a una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten las formalidades propias de cada juicio. En consecuencia, implica para quien asume la dirección del procedimiento la obligación de observar, en todos sus actos, la plenitud de las formas previamente establecidas en la ley o en los reglamentos.

De igual manera, la misma corporación establece que el debido proceso comporta al menos los derechos a: i) la jurisdicción¹; ii) al juez natural²; iii) el derecho a la defensa. Adicionalmente, comporta derechos como, iv) las garantías mínimas de presentación, controversia y valoración probatoria; v) a un proceso público; vi) y a la independencia e imparcialidad del juez.

Ahora bien, como el debido proceso comporta una protección al derecho de acceso a la administración de justicia, ésta a su vez conlleva la protección de otros derechos tales como, 1) de acción o de promoción de la actividad jurisdiccional –que se concreta en la posibilidad que tiene todo sujeto de ser parte en un proceso y de utilizar los elementos que allí se prevén para plantear

¹ Que conlleva las garantías a un acceso igualitario a los jueces, a obtener decisiones motivadas, a impugnar decisiones ante autoridades de jerarquía superior y al cumplimiento de lo decidido en el fallo. (Sentencia C-163 de 2019).

² Identificado como el funcionario con capacidad legal para ejercer jurisdicción en determinado proceso o actuación, de acuerdo con la naturaleza de los hechos, la calidad de las personas y la división del trabajo establecida en la constitución y en la ley.

sus pretensiones al Estado, sea en defensa del orden jurídico o de sus intereses particulares–; 2) que se emita una decisión de fondo en torno a las pretensiones planteadas; 3) a que existan procedimientos adecuados, idóneos y efectivos, para la definición de las pretensiones y excepciones debatidas; 4) a que las controversias sean resueltas en un término prudencial y sin dilaciones injustificadas; 5) a que las decisiones sean adoptadas con el pleno cumplimiento del debido proceso; 6) a que exista un conjunto amplio y suficiente de mecanismos para el arreglo de controversias; 7) a que se prevean mecanismos para facilitar los recursos jurídicos a quienes carecen de medios económicos; 8) a que la oferta de justicia cobije todo el territorio nacional (Corte Constitucional, 2009).

La jurisprudencia entonces, al establecer el alcance y las características propias del derecho al debido proceso, se basa en lo consagrado en el artículo 29 de la Constitución Nacional, el cual establece que el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, de tal forma que el juez o tribunal competente debe observar a plenitud las formas propias de cada juicio, pues nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes.

El mencionado artículo se encuentra íntimamente relacionado con el artículo 229 de la Constitución Política, el cual garantiza a toda persona el derecho de acceso a la administración de justicia, denominado también derecho a la tutela judicial efectiva:

El fin de la tutela judicial efectiva, es que el Estado despliegue la actividad judicial, respondiendo, a través del proceso a las pretensiones que se le formula, las que deben resolverse con base en el sistema de fuentes establecido y de manera independiente, imparcial y en un término razonable, mediante una decisión de fondo motivada³.

³ Cifuentes Muñoz, E. (1999) *Acceso a la Justicia y debido proceso en Colombia: síntesis de la doctrina constitucional*. Anuario iberoamericano de justicia constitucional. Pág. 276.

De esta forma, en desarrollo de la tutela judicial efectiva, resulta pertinente entonces destacar los presupuestos procesales que se exigen con miras a garantizar la efectividad del derecho de acción, en el marco del debido proceso.

Así pues, resulta importante enfatizar que los presupuestos procesales, “son condiciones que deben existir para que pueda darse un pronunciamiento ya sea favorable o desfavorable sobre una pretensión por parte del juez” (Calmandrei, 1962). Dichas condiciones, deben concurrir en el momento mismo en el que comienzan las etapas sustanciales del proceso, porque en caso de que falte una de esas condiciones, “el proceso pierde su aptitud como instrumento para proferir sentencia de mérito.” (B. Quintero & E. Prieto, 2008, p.401).

En este mismo sentido, Hernando Devis Echandía (1996) afirma que los presupuestos procesales se clasifican según las diversas instituciones, dentro de las cuales se destaca la del derecho de acción. Considera que, si se quiere ejercer el derecho de acción de manera efectiva debe tenerse en cuenta entre otros los siguientes presupuestos procesales: capacidad jurídica (capacidad para ser parte) y capacidad procesal (capacidad para comparecer al proceso).

Ahora bien, el derecho de acción se concibe como “un derecho de rango fundamental, que tiene toda persona a obtener del Estado-juez una tutela judicial efectiva” (Quintero, B & Prieto, E, 2008, p.301). Esta tutela judicial efectiva, se encuentra amparada constitucionalmente por el artículo 229 de la Constitución Política, el cual consagra una garantía del derecho que tiene toda persona de acceder a la administración de justicia. De esta forma, el derecho de acceso a la jurisdicción, debe ir acompañado tanto de la capacidad jurídica, como de la capacidad procesal, como presupuestos *sine qua non*, pues “el proceso no se constituye válidamente”, sin la presencia de ambos elementos (Pallares. 1961). La trasgresión a los mencionados presupuestos procesales, ocasionaría a su vez

una violación de los derechos que componen dicho principio, esto es, el derecho de acceder a la jurisdicción, el derecho a que se adelante un debido proceso, el derecho a que se profiera una decisión de fondo o de mérito y el derecho a una sentencia efectiva.

Los presupuestos procesales son entonces, condición de la acción, pues a falta de uno de ellos, no se puede obtener una resolución, ya sea favorable o desfavorable, por lo que se hace indispensable su existencia en el momento de la demanda, y corresponderá al juez determinar de oficio si estos se cumplen o no, con miras a pronunciarse emitiendo una decisión de fondo.

Ahora bien, es pertinente analizar a quién le corresponde el ejercicio del derecho de acción. Dicho de otro modo, el derecho de acción se predica de sujetos que pretenden iniciar un proceso con miras a la protección de un determinado bien jurídico. A estos sujetos se les llama partes. En este sentido, en palabras de Chiovenda “es parte el que demanda en nombre propio (o en cuyo caso es demandada) una actuación de la ley, y aquel frente al cual ésta es demandada” (Chiovenda, G, 1922, p.6).

En otras palabras, “parte es cualquiera de las personas que llega al proceso y se apersona en él en el polo positivo o en el negativo de la relación” (Quintero, B & Prieto, E, 2008, p.415). Así las cosas, se diferencia entre parte sustancial y parte procesal, así

al sujeto del derecho sustancial se le denomina parte en sentido material o sustancial, y al sujeto del proceso se le llama parte en sentido formal o procesal. Se utiliza también la expresión partes del litigio para referirse a los sujetos de la relación sustancial en conflicto (Quintero, B & Prieto, E, 2008, p.415-416)⁴.

⁴ “(...) Así mismo, se alude a parte principal y parte accesoria como fenómeno relevante frente a la hipótesis de intervención de tercero: el tercero que llega al proceso se hace él mismo parte, principal o accesoria según sea su vinculación con la pretensión debatida o con los sujetos de la pretensión”. (Quintero, B & Prieto, E, 2008, 416).

Una vez entendido el concepto de parte, tanto en su sentido sustancial como procesal, es conveniente abordar el tema de la *capacidad para ser parte*. El artículo 53 del Código General del Proceso (C.G.P), dispone que podrán ser parte en un proceso, las personas naturales y jurídicas; los patrimonios autónomos; el concebido, para la defensa de sus derechos; los demás que la ley determine.

En este sentido, “la capacidad para ser parte se concibe como la aptitud para poder ser sujeto del proceso, como parte principal o accesoria, de manera permanente o incidental” (Quintero, B & Prieto, E, 2008, p.416). Del mismo modo, Devis Echandía establece que

ser parte en el proceso equivale a ser sujeto de la relación jurídica procesal; por consiguiente, la capacidad para ser parte se identifica con la capacidad de ser sujeto de esa relación, como demandante, demandado, interviniente, sindicado, parte civil o ministerio público (Echandía, D, 1996, p.373).

Bajo este entendido, “toda persona natural o jurídica, de derecho privado o público, tiene capacidad para ser parte en el proceso, o lo que es igual, para ser sujeto de la relación jurídica procesal” (Devis Echandía, H. 1996). De esta forma, según esta corriente doctrinal, la capacidad para ser parte se encuentra de cierto modo ligada al concepto de *personalidad*, de tal manera que, solo podrán ostentar la calidad de parte en el proceso quien se tipifique dentro de la categoría de persona. Del mismo modo, el Consejo de Estado en sentencia del año 2013, con consejero ponente Enrique Gil Botero, afirmó:

La capacidad para ser parte hace referencia a la posibilidad de ser sujeto de la relación jurídico-procesal, esto es, constituir uno de los dos extremos de la litis, a saber, demandante o demandado. Esta condición proviene de la capacidad jurídica que se le atribuye a la personalidad, en otras palabras, la que tienen las personas, naturales, jurídicas o las ficciones habilitadas por la ley, para ser parte de cualquier relación jurídica (...). Así las cosas, es claro que la categoría que subyace al concepto de capacidad para ser parte es la de la personalidad jurídica o de una habilitación legal expresa, por cuanto a partir de ella se erige la capacidad como uno de sus atributos principales, por ende, en principio, son las personas las únicas que pueden ser parte del proceso.

Sin embargo, es importante aclarar en este punto, que, si bien el presupuesto procesal de la capacidad para ser parte ha sido concebido por algunos en consonancia con el concepto de personalidad jurídica, la Corte Constitucional en sentencia C-414 de 1994 reafirmó que,

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 disponga en contrario la ley, no es requisito necesario ser persona para disponer de capacidad jurídica.

Un ejemplo claro de lo antes dicho, son los llamados *patrimonios autónomos*, institución ésta que da lugar a la existencia de sujetos de derecho que no cuentan con personalidad jurídica, pues se trata de un conjunto de bienes transferidos, por ejemplo, por medio de una fiducia⁵; se trata así, de

Una masa patrimonial perteneciente a un determinado sujeto jurídico, por lo que no es ella misma una persona jurídica; pero sustraída a la administración de su sujeto, es confiada a un administrador que actúa en nombre de la misma, lo que permite que el patrimonio autónomo se comporte en el comercio jurídico como un todo independiente, análogamente a una persona. El administrador no representa al sujeto, por lo que este no es parte en causa en los litigios relativos al patrimonio (Corte Constitucional. 1996)⁶.

De esto último se desprende, que la capacidad para ser parte no se circunscribe al cumplimiento del requisito de la personalidad jurídica, toda vez que como se ha dicho existen otras figuras que, a pesar de no contar con esta característica, pueden figurar como parte dentro un proceso.

Así las cosas, conviene concluir sobre este punto que la atribución de capacidad para ser parte que realiza el mencionado Art. 53 del C.G.P, corresponde a una lista meramente enunciativa, de tal forma que no solo hace referencia a la capacidad de los sujetos que ahí se enuncian, a modo de ejemplo, sino que además cabrían en el contenido de dicha norma, más concretamente en su

⁵ Otros casos de patrimonios autónomos son por ejemplo, la herencia yacente, la sucesión, la comunidad, la sociedad conyugal y la sociedad patrimonial.

⁶ Sentencia T-345 de 1996. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

numeral cuarto, otros entes que si bien no se incluyen, cuentan con la potencialidad de ser parte en un juicio.

Teniendo claro que el demandante o el demandado dentro de un proceso no necesariamente tiene que ser persona natural o jurídica, es preciso explicar si ese sujeto procesal puede ejercer o no por sí mismo los derechos y obligaciones dentro del debate jurisdiccional. Para ello, debe hacerse referencia en este punto a la *capacidad para comparecer al proceso*. La también denominada “*legitimatio ad prosequum*”, forma parte de lo que se ha conocido entre nosotros con el nombre de personería adjetiva, que mira a la capacidad, a la adecuada representación y a la habilidad litigiosa de las partes, o sea al derecho de comparecer por sí misma o solo por conducto de abogado (Devis Echandía, H, 1996, p.382).

El derecho a comparecer al proceso, hace entonces referencia a la posibilidad que se tiene dentro de un proceso de:

Actuar, demandar, contestar, notificarse, dar poder, concurrir a la audiencia, absolver interrogatorio de parte, conciliar, y transigir, y demás actuaciones que requieran la participación de las partes. Se puede incluso afirmar que la capacidad para comparecer es el equivalente procesal de la capacidad de ejercicio⁷, de conformidad con lo consagrado en el artículo 1503 del Código Civil, según el cual solo podrá tener capacidad para comparecer directamente aquel que se considera capaz de celebrar un acto jurídico. Así las cosas, la capacidad para comparecer es “la aptitud o idoneidad para actuar en un proceso, en el ejercicio de un derecho propio o en representación de otro (Couture. J.1976, pág. 380).

Dicho presupuesto procesal, se encuentra regulado en el artículo 54 de la Ley 1564 de 2012, el cual consagra, que las personas que puedan disponer de sus derechos tienen capacidad para comparecer por sí mismas al proceso. Las demás deberán comparecer por intermedio de sus representantes o debidamente autorizadas por estos con sujeción a las normas sustanciales. De

⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. 2013. C.P: Enrique Gil Botero.

igual forma consagra la norma, que cuando los padres que ejerzan la patria potestad, o los guardadores de un mismo pupilo estuvieren en desacuerdo sobre la representación judicial, el juez designará un curador ad litem, a solicitud de cualquiera de ellos u oficiosamente.

Del mismo modo, podrán comparecer al proceso las personas jurídicas y los patrimonios autónomos por medio de sus representantes, y cuando se trate de patrimonios autónomos constituidos a través de sociedades fiduciarias, comparecerán por medio del representante legal o apoderado de la respectiva sociedad fiduciaria. Igualmente, de encontrarse la persona jurídica en etapa de liquidación, está podrá ser representada por su liquidador.

El mencionado artículo dispone a su vez, que podrán comparecer al proceso los grupos de personas conforme a las disposiciones de la ley que los regule, y los concebidos por medio de quienes ejercerán su representación en un futuro, cuando ya hayan nacido.

De esta forma, la capacidad para comparecer al proceso, da cuenta entonces de la parte en su sentido formal, la cual se concibe como aquella parte que actúa en juicio, pero sin que recaigan en ella en lo personal, los efectos de la sentencia, y que se diferencia de la parte en su sentido material, pues esta última es aquella en cuyo interés o en contra del cual se provoca la intervención del poder jurisdiccional (como se cita en Quintero, B & Prieto, E, 2008, p.419). De ahí, que dicho presupuesto procesal se relaciona directamente con el tema sustantivo de la representación legal y la representación voluntaria; para que esa persona pueda comparecer en proceso, si es incapaz necesita de un complemento, que se logra por medio del instituto de la representación legal. En este evento, debe quedar claro que el representante legal no es parte en el proceso, pues quien realmente ostenta esta calidad es su representado. De igual manera, puede ocurrir que la persona,

aun siendo plenamente capaz, decide acudir al proceso representada, evento en el cual se está ante la representación voluntaria.

En este punto, resulta importante reiterar que es requisito esencial de la capacidad para comparecer al proceso, tener capacidad de ejercicio, la cual se encuentra consagrada en los artículos 1503 y 1504 del Código Civil colombiano, y que se traduce en la posibilidad de toda persona de celebrar actos jurídicamente válidos. De esta forma, solo serán capaces las personas que aparezcan relacionadas en las citadas normas, quienes, a su vez, cuentan con capacidad para comparecer al proceso, ya sea de forma directa o a través de un representante como ya ha quedado claro; representación ésta, que no limita ni disminuye la capacidad de la persona para comparecer al proceso, sino que, por el contrario, garantiza su derecho a la defensa y, por ende, el derecho al debido proceso.

Ahora bien, a lo largo de esta explicación se puede evidenciar que existen varias diferencias entre el presupuesto procesal de capacidad para ser parte y el presupuesto procesal de la capacidad para comparecer al proceso, las cuales se deben destacar dada su relevancia:

En primer lugar, se afirma que la diferencia existente entre uno y otro presupuesto, “es la misma que existe en el derecho civil entre la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio” (Quintero, B & Prieto E, 2008, 419), a saber, “hay incapaces que aun cuando son sujetos de derechos y obligaciones, necesitan del complemento de otros para poder intervenir en el proceso, esto es, tienen capacidad para ser parte, pero no pueden intervenir por sí mismos en el proceso.” (Quintero, B & Prieto, E. 2008).

En segundo lugar, la capacidad para ser parte habilita para ser sujeto de una relación procesal, ya sea como demandante, demandado o interviniente, pero para que la concurrencia de la parte en el

proceso sea válida y sus actos produzcan efectos procesales, debe contar con capacidad para comparecer al proceso⁸.

De otro lado, resulta importante hablar de la capacidad para ser parte y de la capacidad para comparecer al proceso, haciendo referencia a la legitimación en la causa. En efecto, “la legitimación en la causa es la condición jurídica en que se haya una persona en relación con el derecho que invoca en juicio, ya sea en razón de su titularidad o de otras circunstancias que justifican su pretensión.” (Couture.1976. Pág. 379).

En este mismo sentido, afirma Devis Echandía (1996, p.265) que la legitimación en la causa determina quienes están jurídicamente autorizados para obtener una sentencia de fondo sobre las pretensiones formuladas en la demanda, en cada caso concreto, y quienes aparecen como partes en el debate judicial sobre esas pretensiones. Así, tener legitimación en la causa consiste en ser la persona que, de conformidad con la ley sustancial, puede formular o contradecir las pretensiones contenidas en la demanda, por ser el sujeto activo o pasivo de la relación jurídica sustancial que autorice para intervenir en el proceso ya iniciado.

Así, la doctrina distingue entre la legitimación en la causa ordinaria y la legitimación en la causa extraordinaria. La primera se refiere a la relación sustancial que se pretende que existe entre las partes del proceso y el interés sustancial en litigio o que es el objeto de la decisión reclamada; se refiere a la coincidencia de la relación sustancial y de la relación procesal. Por su parte, la legitimación extraordinaria se refiere a la ausencia de esa coincidencia entre la relación sustancial y la relación procesal, de tal manera que personas distintas del titular de un derecho sustancial

⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección primera. Auto 2015-00181. 2018. C.P: Roberto Serrato Valdés.

pueden tener un legítimo interés tutelado por ley. En este sentido, se afirma que “nadie puede, en nombre propio, pretender o ser demandado a contradecir en proceso, resistir a una pretensión, sino por una relación, de la cual se atribuya, o se le atribuya a él la subjetividad activa o pasiva” (Quintero, B & Prieto, E, p.461). Basta con que exista una coincidencia de titularidades en cada sujeto y en cada polo de la relación activo o pasivo, y que tal existencia sea afirmada, sin que importe para nada su verdadera realidad jurídica.

Una de las hipótesis especiales de legitimación en la causa se predica de la figura del litisconsorcio necesario, según el cual, surge la necesidad de integrar el contradictorio en el proceso, de manera subjetiva plural, cuando en el campo del derecho sustancial debatido existe una relación entre tales sujetos, que por su naturaleza reclama en la pretensión o en la resistencia, o en ambas, la presencia de todos los sujetos de la relación sustancial, de tal manera que se vincule a la totalidad de estos (Quintero, B & Prieto, E, 2008, p. 485). Así, la eficacia de la sentencia o de la decisión no conviene a uno ni a varios sujetos de la relación sustancial –porque de lo contrario se hablaría de *inutiliter data* tal como lo afirma Chiovenda–, sino a todos.

De esta manera, se pueden distinguir dos cualidades atribuibles a las partes en el proceso, la capacidad y la legitimación; la primera relacionada con la aptitud que tiene la parte para intervenir en el proceso, y la segunda, hace referencia a la relación entre el derecho sustancial y la parte interesada para comparecer.

Así las cosas, el ser parte y tener la posibilidad de comparecer al proceso, constituyen dos de los presupuestos procesales más importantes dentro del derecho de acción. El primero, basado en la aptitud para tomar postura dentro del proceso, ya sea como demandante o como demandado –cualquiera sea el extremo de la litis–; el segundo, basado en el reconocimiento de la capacidad

con que cuenta una parte para actuar en juicio. Sin embargo, el derecho de acción plantea otros presupuestos para su debido reconocimiento.

Una correcta aplicación del derecho de acción, exige adicionalmente como presupuesto procesal, el denominado *derecho de postulación*. Este derecho

es el que tienen por regla general los abogados para presentar ante jueces peticiones para adelantar un proceso, para practicar pruebas extrajudiciales o diligencias varias a aquellos encomendadas, bien sea que actúen en nombre propio o por cuenta de otra persona, como es lo frecuente. (López Blanco, H, 2009, p.370).

Dicho de otro modo, “el derecho de postulación es el que se tiene para actuar en los procesos, como profesional del derecho, bien sea personalmente, en causa propia o como apoderado de otra persona” (Devis Echandía, H, 1996, P.389).

El mencionado derecho de postulación, encuentra consagración expresa en el Decreto 196 de 1971 –por el cual se dicta el estatuto del ejercicio de la abogacía–, que en su artículo 25 prevé que “nadie podrá litigar en causa propia o ajena si no es abogado inscrito”. Sin embargo, dicha consagración legal está sujeta a varias excepciones establecidas en el artículo 28 del Decreto en cuestión; a grandes rasgos dispone que en materia civil, es permitida la actuación en los procesos sin la mediación de un abogado, esto es, en causa propia, cuando se actúe en ejercicio del derecho de petición y de las acciones públicas consagradas por la constitución y las leyes; en los procesos de mínima cuantía; en las diligencias administrativas de conciliación y en los procesos de única instancia en materia laboral; y en los casos de oposición en diligencias judiciales o administrativas –como secuestros, entrega o seguridad de bienes, posesión de minas u otros–.

De este modo, el derecho de postulación no es más que el derecho que tienen los abogados para participar al interior de un proceso, con la realización de todas las actuaciones que este implica, sin considerarse parte dentro del mismo; del mismo modo garantiza el acompañamiento a las partes

y una debida defensa de sus intereses en juego, salvo los casos excepcionales que se han mencionado, en donde no se requiere de un abogado.

Una vez abordados cada uno los presupuestos procesales, propios del derecho de acción, es pertinente hacer énfasis en las consecuencias que podrían derivarse del incumplimiento de los mismos.

De esta forma, tratándose de la falta del requisito procesal de la capacidad para ser parte, “trae como consecuencia la imposibilidad de formular un pronunciamiento de mérito, y, por ende, la terminación del proceso” (Quintero, B & Prieto, E. 2008, P.420).

De otro lado, atendiendo al requisito procesal de la capacidad para comparecer al proceso, la carencia de este presupuesto, se sanciona a la vez como “excepción previa y causal de nulidad dentro de la denominación o concepto de indebida representación” (Quintero, B & Prieto, E). Dicha causal de nulidad se encuentra establecida en el artículo 133 de C.G.P que consagra, “el proceso es nulo, en todo o en parte, solamente en los siguientes casos (...) 4. cuando es indebida la representación de alguna de las partes, o cuando quien actúa como su apoderado carece íntegramente de poder”.

De esta manera, habrá falta de capacidad procesal cuando, entre otros motivos, las personas jurídicas no demuestren en debida forma la existencia de la misma ni su representación, o cuando siendo persona natural incapaz, no se acude al proceso por intermedio del representante o de la persona debidamente autorizada. En estos casos es evidente que el ejercicio del derecho de acción no se encuentra acreditado y, por tanto, no es posible entabrar la relación jurídico-procesal frente al demandado.

Finalmente se reitera que, tanto la *legitimatío ad processum*, como la capacidad para ser parte, son presupuestos necesarios para la validez del proceso, por lo que la ausencia de cada uno de ellos

conlleva a la consecuencia jurídica de la nulidad procesal, tratándose de la capacidad para obrar, o a la terminación del proceso, tratándose de la capacidad para ser parte.

Por otro lado, al configurarse la carencia de legitimación en la causa, la cual no es considerada un presupuesto procesal, sino un presupuesto material de la sentencia de fondo –pues lo que se busca con este presupuesto es determinar que realmente exista una relación directa entre la parte activa y la parte pasiva de la relación procesal, y los intereses jurídicos involucrados en el proceso–, trae como consecuencia que, si el juez en el momento de la Litis encuentra que falta esta condición para la sentencia de fondo o mérito, debe declararlo así oficiosamente y dictar una sentencia inhibitoria.

Es así, como se deja clara la definición de los diferentes presupuestos procesales que dan vía a la debida aplicación del derecho de acción, y en consecuencia, al reconocimiento del derecho fundamental al debido proceso; adicionalmente, se ha hecho referencia a un requisito material de la sentencia de fondo como lo es la legitimación en la causa, y se deja saber que éste no constituye un presupuesto del derecho de acción, sino un presupuesto material de la sentencia de fondo. De igual manera, se hace énfasis en las consecuencias jurídico procesales que se derivan del incumplimiento de los presupuestos procesales, que van desde la posibilidad de la declaratoria de nulidad en algunos casos, hasta la terminación del proceso en otros; y finalmente, se ha hecho referencia a la consecuencia jurídica de la falta de legitimación en la causa formal, cual es la sentencia inhibitoria. Es por lo anterior, que conviene cumplir con cada uno de los presupuestos, si lo que se desea es una garantía plena del derecho de acción y por ende, del derecho al debido proceso.

Finalmente, es pertinente aclarar, que si bien los requisitos procesales de la capacidad para ser parte y de la capacidad para comparecer al proceso, se encuentran ligados a otros requisitos como la legitimación en la causa y el derecho de postulación como se ha mencionado, pues son requisitos sin los cuales no se garantizaría la tutela judicial efectiva, en el presente escrito y con miras a determinar si los Consorcios y las Uniones Temporales pueden ser parte dentro de un proceso y pueden comparecer al mismo, serán objeto de estudio los dos primeros presupuestos –capacidad para ser parte y capacidad para obrar–.

Capítulo II

Capacidad Jurídico Procesal de los Consorcios y de las Uniones Temporales a la luz de la Jurisprudencia del Consejo de Estado

Como vimos en el capítulo precedente, para que se configure una aplicación correcta del derecho de acción, y en consecuencia una garantía efectiva del debido proceso, resulta necesario el cumplimiento a cabalidad de los presupuestos que lo conforman. Ahora bien, el presente capítulo se centrará en explicar cuál ha sido el tratamiento que sobre la capacidad para ser parte y la capacidad para comparecer al proceso –como dos de los presupuestos esenciales del derecho de acción–, se le ha dado a los Consorcios y Uniones Temporales en el ordenamiento jurídico colombiano.

En consonancia con lo anterior, resulta conveniente en un primer momento definir el concepto de Consorcio y Unión Temporal, desde un punto de vista doctrinal, legal y jurisprudencial. De este modo, la Ley 80 de 1993, por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en su artículo séptimo define las figuras del consorcio y la unión temporal. Al respecto, dispone la norma 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 que se originen de la propuesta y del contrato, de tal manera que, las consecuencias del incumplimiento de esas obligaciones afectarán a todos los miembros que lo conforman.

La misma normativa, establece la definición de unión temporal, afirmando que se está frente a ésta figura cuando dos o más personas presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente por el cumplimiento total de la propuesta

del objeto del contrato, pero cuyas sanciones por el incumplimiento de estas, se impondrán de acuerdo a la participación en la ejecución de cada uno de los miembros de la unión temporal.

Por su parte, la Corte Constitucional en sentencia C-414 de 1994, con magistrado ponente Antonio Barrera Carbonell, afirmó que el consorcio es una figura propia del derecho privado, que se utiliza como un instrumento de cooperación entre empresas cuando se requiere asumir una tarea económica particularmente importante, que permita a los miembros distribuirse de cierto modo los riesgos de la actividad, pero conservando los consorciados su independencia jurídica. Del mismo modo, al analizar el artículo séptimo de la Ley 80 de 1993 concluye 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 (Corte Constitucional, 1994).

Igualmente, al referirse a la unión temporal, adujo que se trata de una figura que reúne todas las características genéricas del consorcio y que se diferencia de éste, toda vez que los que la integran tienen la posibilidad de determinar cuál ha de ser el alcance y contenido de la participación de cada uno en la ejecución del objeto contratado, de tal manera que, los efectos de los actos sancionatorios solo van a recaer sobre la persona que incurrió en el incumplimiento o la falta que se trate (Corte Constitucional, 1994).

De otro lado, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 2015, con magistrada ponente Margarita Cabello Blanco, define los consorcios como “instrumento de cooperación del cual se sirven personas con actividades afines, que temporalmente y sin el ánimo de asociarse resuelven conjuntar esfuerzos para ejecutar determinado negocio, sin que se interfiera su organización jurídica o económica”. Adicionalmente, afirma la corporación que dicha figura no ha sido objeto

de regulación en el derecho privado, por lo que constituye una modalidad atípica de los denominados por la doctrina contratos de colaboración, por el cual dos o más personas convienen en aunar esfuerzos con un objetivo, consistente por lo general en la construcción de una obra o en la prestación de un servicio, sin que se establezca una sociedad entre ellos, y conservando así cada cual su personalidad y capacidad para ejecutar el contrato común (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, SC17429, 2015).

En la misma providencia, la Corte Suprema de Justicia hace referencia a las características de la figura del consorcio. Al respecto aduce:

Tiene como características principales, entre otras: i) las de no constituir, en principio, una nueva sociedad, por tanto, carece de personalidad jurídica; ii) de manera excepcional, la ley le reconoce capacidad para adquirir derechos y obligaciones; iii) los entes que lo conforman, cuando de ello se trata, conservan, de manera independiente y autónoma, su organización; iv) no hay confusión patrimonial con el del consorcio; v) por disposición legal, sus integrantes son solidarios respecto de las obligaciones asumidas; y, vi) principalmente, su formación no está sometida a una solemnidad especial, luego su perfeccionamiento puede provenir, inclusive, de un acuerdo verbal. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, SC17429, 2015).

De esta forma, tanto el consorcio como la unión temporal han sido concebidas por la Corte Suprema de Justicia como figuras atípicas de los denominados contratos de colaboración, en atención a que dichas asociaciones no han tenido un desarrollo amplio en el marco del derecho privado en Colombia.

Una vez definidos los conceptos de consorcio y unión temporal en el ordenamiento jurídico colombiano, se debe analizar el tratamiento jurisprudencial que, en materia de capacidad para ser parte y capacidad para comparecer al proceso, se les ha dado a estas figuras. En este sentido, el Consejo de Estado en sentencia de unificación del año 2013 desarrolló ambos presupuestos procesales, cuando quienes se encuentran en los extremos de la relación procesal son los

denominados consorcios y uniones temporales, figuras que, como se verá más adelante, no cuentan con personalidad jurídica.

El máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en sentencia del año 2013 con magistrado ponente Mauricio Fajardo Gómez, unificó jurisprudencia frente al tema de la capacidad procesal de los consorcios y uniones temporales como modalidades asociativas para comparecer como parte en juicios. Al respecto, señala esta corporación que los consorcios y uniones temporales son “agrupaciones de contratistas u organizaciones empresariales que no configuran una persona jurídica nueva e independiente respecto de los miembros que la integran”. En este mismo sentido, afirma que tanto la jurisprudencia del Consejo de Estado como la de la Corte Constitucional, han señalado tradicionalmente de manera uniforme y reiterada que el consorcio y la unión temporal que se conformen con el propósito de presentar conjuntamente una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato con una entidad estatal, no constituye una persona jurídica diferente de sus miembros individualmente considerados, por lo que carecen de personalidad jurídica diferente de aquella que acompaña a las personas naturales que los integran (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, 03930, 2013).

En la misma providencia, el Consejo de Estado aduce que debido a la falta de personalidad jurídica de estas asociaciones, la Sala venía concluyendo en providencias⁹ anteriores que tampoco podían comparecer en proceso ante autoridades judiciales, y basaban tal consideración en el artículo 44 del Código de Procedimiento Civil –norma que para aquel entonces se encontraba vigente–. De

⁹ . Consejo de Estado, Sección Tercera. (7 de diciembre de 2005) Auto, Rad. 27.651. [CP Alier Hernández Enríquez].

esta manera, entendía la Sala que eran las personas naturales o jurídicas que integran el consorcio o la unión temporal las verdaderas titulares de la capacidad para actuar como sujetos procesales.

Al tiempo que la Alta Corte consideraba a los consorcios y a las uniones temporales como incapaces de comparecer al proceso, dada su falta de personalidad jurídica, la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia del 13 de mayo de 2004, consideró que tampoco “había lugar a la aplicación de la figura del litisconsorcio necesario por activa cuando la unión temporal o consorcio no hubiese sido seleccionado en el proceso de contratación y solo uno de sus miembros decidiera comparecer a formular la reclamación correspondiente” (Consejo de Estado, Sección Tercera, 1994-0467, 2004). La corporación consideraba que era diferente si el consorcio alcanzaba la calidad de adjudicatario o de contratista, pues en este caso sí habría lugar a una relación jurídica sustancial entre los miembros del consorcio o la unión temporal y la entidad estatal contratante, por lo que sí podría hablarse de la integración de un litisconsorcio necesario.

De esta forma, el Consejo de Estado sostenía que, si un consorcio o unión temporal comparecía a un proceso en calidad de demandante o de demandado, igual debían hacerlo, de manera individual, todos y cada uno de los miembros que lo conforman para efectos de integrar el litisconsorcio necesario. Esto era así, pues si bien el artículo 6 del Estatuto General de Contratación permite a los consorcios y uniones temporales celebrar contratos con entidades estatales, esto es, para participar en la adjudicación, celebración y ejecución de estos, no implicaba que pudieran comparecer a un proceso judicial.

Sin embargo, para el mes de diciembre del año 2005 se emite una providencia¹⁰ por parte del Consejo de Estado, por medio de la cual

¹⁰ *Ibidem*.

la Sala reiteró que hay lugar a predicar la integración de un litisconsorcio necesario respecto de los integrantes de los consorcios y de las uniones temporales, tanto adjudicatarios como no adjudicatarios, porque no son personas jurídicas, de tal manera que el litigio debe resolverse de modo uniforme para todos los sujetos que hubieren intervenido en la relación contractual (Consejo de Estado, Sección Tercera, 27.651, 2005).

Adicionalmente, establecía tal providencia que cuando los miembros de determinado consorcio o unión temporal tuvieren interés en demandar o ejercer el derecho de acción ante la administración de justicia, o de acudir a esta en razón de las actividades del consorcio o de la unión temporal, eran los integrantes individualmente considerados quienes debían acudir al proceso judicial e intervenir, pero no la asociación a la que pertenecían (Consejo de Estado, Sección Tercera, 27.651, 2005).

De esta forma, la Sala igualmente precisó a cerca de la representación de los consorcios y las uniones temporales lo siguiente:

Si bien el artículo 7o de la Ley 80 de 1993 establece que los miembros del consorcio y de la unión temporal deberán designar la persona que, para todos los efectos, representará al consorcio o unión temporal, esta representación está limitada, en principio, a las relaciones que genera el contrato con la entidad contratante.

Así las cosas, tal representación solo habilitaba al representante legal del consorcio o unión temporal para actuar en la adjudicación, celebración y ejecución del contrato, pero no para emprender acciones por fuera del marco contractual especificado.

No obstante la anterior disposición, la misma corporación en sentencia del año 2011¹¹ señaló la diferencia existente entre el llamado litisconsorcio facultativo y el litisconsorcio necesario, con miras a determinar cuándo se entiende configurada la relación jurídica sustancial entre el consorcio o unión temporal y la entidad contratante, y cuando se hace obligatorio conformar un litisconsorcio

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (9 de febrero de 2011), Auto, Rad. 37.566. [CP. Olga Mérida Valle De La Hoz].

necesario para efectos de integrar el contradictorio. Frente a esto, la Sala consideró en su momento, volviendo a lo expuesto en jurisprudencia del año 2004, que “cuando se presenta la propuesta y ésta no resulta seleccionada, no surgen las referidas obligaciones y el consorcio pierde vigencia” (Consejo de Estado, Sección Tercera, 37.566, 2011). Así las cosas, determinó que la no adjudicación impide la constitución de la relación jurídico sustancial con la entidad, y por tanto, el nacimiento de obligaciones por parte de los miembros del consorcio; en este caso específico, si se considera que existen méritos suficientes para interponer una demanda, cualquiera de las partes que integraba el consorcio o la unión temporal, podrá ejercer su derecho de acción de manera independiente, pues no nace la relación contractual que los obligue a vincularse por medio de un litisconsorcio necesario. Concluye la Sala en este caso, que se trata entonces de un derecho subjetivo, propio e individual a cada una de las partes del consorcio o unión temporal (Consejo de Estado, Sección Tercera, 37.566, 2011).

Con base en la jurisprudencia precedente, la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, decide unificar jurisprudencia en cuanto a la capacidad jurídico procesal que finalmente debe otorgársele a figuras como los consorcios y uniones temporales, que se reitera no cuentan con personalidad jurídica.

En este sentido, dicha corporación con miras a modificar la tesis jurisprudencial que se venía siguiendo, manifiesta que si bien las uniones temporales y los consorcios no conforman personas jurídicas distintas de quienes integran la respectiva figura plural de oferentes y contratistas, lo cierto es que además de contar con la aptitud para ser parte dentro del procedimiento administrativo de selección de contratistas, también se hallan facultados para concurrir a los procesos judiciales que pudieran originarse en controversias surgidas del procedimiento administrativo de selección

de contratistas o de la celebración y ejecución del contrato que se trate, por intermedio de su representante (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, 03930-01, 2013).

En tal sentido, los argumentos de la Sala encuentran sustento en la interpretación que se hace de los presupuestos de la capacidad para ser parte y la capacidad para comparecer al proceso en la legislación colombiana. Señala que tanto el artículo 53 como el artículo 54 del Código General del Proceso (en adelante C.G.P), “dejan expresamente abierta la posibilidad de que cuenten con capacidad para comparecer por sí mismos, en los procesos judiciales, sujetos que carecen de la condición de ser personas jurídicas” (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, 03930-01,2013).

De un lado, el artículo 53 del C.G.P consagra que podrán ser parte en un proceso, las personas naturales y jurídicas, los patrimonios autónomos, el concebido para la defensa de sus derechos, y los demás que determine la ley. Por su parte, el artículo 54 del mismo texto normativo determina que las personas que puedan disponer de sus derechos tienen capacidad para comparecer por sí mismas al proceso, y en este sentido, las demás deberán hacerlo por intermedio de sus representantes o debidamente autorizadas por estos. Así las cosas, el Consejo de Estado al analizar ambas disposiciones concluye que el artículo 53, tanto en su numeral segundo como en el cuarto, y el artículo 54, permiten que sujetos de derecho puedan ser parte en los procesos judiciales y comparecer de forma directa, con independencia de si gozan o no del atributo de la personalidad jurídica (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, 03930-01,2013).

Así las cosas, el Consejo de Estado no se limita a la normatividad citada, sino que demuestra que la posibilidad de que al proceso comparezcan como partes sujetos de derecho en los que se haga ausente el atributo de la personalidad jurídica, se hace aún más evidente al analizar lo preceptuado

en el artículo 159 del CPACA, el cual consagra que tanto las entidades públicas como 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 intervenir, ya sea como demandantes o como demandados, en los procesos contencioso-administrativos, por medio de sus representantes debidamente acreditados (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, 03930-01,2013). De esta forma, el Consejo de Estado hace notar que en las disposiciones aludidas no se establece discriminación alguna respecto de los sujetos que no ostentan la calidad de personas, para fines de comparecer en juicio; por el contrario, tal posibilidad permanece abierta y no se encuentra prohibida en ninguna normatividad.

En este mismo sentido, la Sala Plena del Consejo de Estado, de igual manera reiteró lo dicho por la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 23 de agosto de 1984¹², en la cual puso de presente que la capacidad para comparecer en juicio no se encuentra supeditada al requisito de la personalidad jurídica, pues ésta, al igual que la personería jurídica o de representación y para comparecer en juicio, son de estirpe legal y no constitucional, lo que permite su modificación sin violar disposiciones constitucionales (Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, 1157, 1984).

Así pues, el Consejo de Estado en la sentencia objeto de análisis, trae un listado que consagra ejemplos claros de entidades a las cuales la ley les ha conferido la posibilidad de ser parte y comparecer a un proceso aun cuando no se consideran personas jurídicas. Al respecto, señala como ejemplos, lo dispuesto por el numeral 7º del artículo 277 de la Carta Política, en virtud del cual, al Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados y agentes le corresponde

¹² Corte Suprema de Justicia, Sala Plena. (23 de agosto de 1984), Sentencia 1157. [MP. Manuel Gaona Cruz]. Consideraciones que luego fueron reiteradas y reafirmadas por esa misma corporación en sentencias de febrero 28 de 1985 y en mayo 29 de 1990.

intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales, en defensa del orden jurídico, el patrimonio público o de los derechos y garantías fundamentales; el artículo 1742 del Código Civil, que faculta al Ministerio Público para demandar la declaratoria judicial de nulidad de cualquier acto o contrato, en interés de la moral o de la ley; el artículo 45 de la Ley 80, que legitima al Ministerio Público para alegar la nulidad absoluta de los contratos estatales ante el juez competente; y el artículo 3° de la Ley 144 de 1994, que prevé que el proceso de la pérdida de la investidura puede ser promovido por la Mesa Directiva de la correspondiente Cámara, a la cual pertenezca el congresista demandado (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, 03930-01,2013); entre otros. De esta forma, la característica común de la normatividad aludida, se basa en el hecho de que prevén, autorizan o consagran funciones o facultades para que los órganos, entidades o dependencias sin personalidad jurídica, puedan ejercer acciones e intervenir en los determinados procesos judiciales.

De esta forma, la Alta Corporación de lo Contencioso Administrativo, continua argumentando su posición, y para tal efecto trae a colación un pronunciamiento de la Corte Constitucional, del año 1994¹³, por medio del cual la Corte reitera que la capacidad es la aptitud que se tiene que ser sujeto de relaciones jurídicas, esto es, para realizar actos jurídicamente válidos, y si bien esa habilitación se vincula con la noción de persona, no es requisito necesario ser persona para disponer de capacidad jurídica. Asimismo, al referirse a la Ley 80, establece que ésta, al permitir a los consorcios y las uniones temporales contratar con el estado, no se refieren a una persona, lo cual significa que la ley les reconoce capacidad jurídica, a pesar de que no les exige como condición de su ejercicio, la de ser personas morales (Corte Constitucional, 1994).

¹³ Corte Constitucional, (22 de septiembre de 1994), Sentencia C-414/94. [MP. Antonio Barrera Carbonell].

Con el fin de ejemplarizar aún más el tema de la capacidad jurídica de los consorcios y de las uniones temporales, la Corte Constitucional en la sentencia antes citada, establece que incluso en materia tributaria la ley eleva a la categoría de sujetos pasivos de una obligación tributaria a ciertos “entes” colectivos sin personería jurídica o masas de bienes, tales como las sucesiones liquidadas, las sociedades de hecho, la comunidad organizada y los consorcios, entre otros (Corte Constitucional, 1994). En estos casos, también señala la Corte, que la ausencia de personería jurídica no supone una dificultad para identificar a estos sujetos especiales como pasivos del tributo.

De otro lado, al referirse a la capacidad para contratar que la Ley 80 otorga a los consorcios y a las uniones temporales, el Consejo de Estado considera que ésta 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 sus efectos se proyectan en el campo procesal, en el cual, como se ha indicado antes, esas organizaciones podrán asumir la condición de parte, y al mismo tiempo podrán comparecer en juicio para defender los derechos que a su favor hubieren surgido del respectivo procedimiento administrativo de selección contractual o del propio contrato estatal (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, 03930-01,2013).

Así, el Consejo de Estado afirma, teniendo en cuenta lo dispuesto igualmente en el artículo 141 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), que son las partes de un contrato estatal las que están suficientemente facultadas para acudir a la vía judicial para reclamar los derechos originados en el contrato, lo que permite determinar que cuando el contrato es celebrado con un consorcio o unión temporal, se entiende que una de las partes está constituida por esta clase de agrupación.

Con el fin de abundar en razones que den cuenta de la capacidad para comparecer en juicio con que cuentan los consorcios y las uniones temporales, en la misma sentencia bajo estudio, el Consejo de Estado afirma que la misma ley 80 en su artículo séptimo da cuenta de esto, de manera que como dicha normatividad establece que tales asociaciones deberán designar a la persona que para todo los efectos los representará, y por tanto el legislador no limitó, ni condicionó el alcance de las facultades de los representantes, debe dejarse de lado lo que venía sosteniendo la Sala, por cuanto afirmaba que el representante de un consorcio o unión temporal tendría facultades para los solos efectos relativos a la celebración y ejecución del contrato.

el inciso segundo del párrafo primero del artículo séptimo de la citada Ley 80, determina que “[l]os miembros del consorcio y de la unión temporal deberán designar la persona que, **para todos los efectos**, representará al consorcio o unión temporal (...)”, cuestión que obliga a destacar que el legislador no limitó y no condicionó, en modo alguno, el amplio alcance de las facultades que, por mandato normativo, acompaña a quien se designe como representante de una de esas organizaciones, lo cual se opone por completo a las indicaciones anteriormente formuladas por la Sala en cuanto se venía sosteniendo que el representante de un consorcio o unión temporal tendría facultades para **los solos efectos** relativos a la celebración y ejecución del contrato (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, 03930-01,2013).

De esta forma, considera el Consejo de Estado que tanto el artículo 6º como el 7º de la Ley 80, tienen evidentemente el propósito de dotar de capacidad jurídica necesaria a los consorcios y a las uniones temporales, tanto para celebrar contratos estatales como para comparecer en juicio; de no ser así, afirma esta corporación, tales disposiciones legales carecerían de sentido alguno, y no se dispondrían a producir los respectivos efectos (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, 03930-01,2013).

Finalmente, el Consejo de Estado en la mencionada providencia reafirma la importancia de los efectos que se generan del artículo 52 de la Ley 80, el cual consagra la responsabilidad civil de los consorcios y de las uniones temporales por las acciones u omisiones de sus integrantes. Así, la

norma distingue entre los consorcios y las uniones temporales por un lado y sus integrantes por otro, al punto de hacer responsables a los primeros por los actos y omisiones de los segundos. De esta forma, una de las medidas previstas en el ordenamiento jurídico colombiano para hacer exigible la responsabilidad civil de este tipo de organizaciones, es mediante el ejercicio de acciones judiciales, lo que supone al tiempo la necesidad de permitir que tanto los consorcios como las uniones temporales puedan ser convocadas a los procesos judiciales (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, 03930-01,2013).

Es preciso entonces concluir, respecto de la sentencia de unificación estudiada de forma precedente, que tanto los consorcios como las uniones temporales sí se encuentran legalmente facultados para concurrir, por conducto de su representante a los procesos judiciales que pudieran tener origen en controversias surgidas del procedimiento administrativo de selección de contratistas, o de la celebración y ejecución de los contratos estatales en relación con los cuales tengan algún interés; cuestión que de ninguna manera excluye la posibilidad de que los integrantes de tales asociaciones también puedan comparecer a los procesos judiciales de manera individual, ya sea como demandantes o como demandados o incluso como litisconsortes facultativos o necesarios. Lo anterior, teniendo en cuenta las particularidades de cada caso en concreto, de tal manera que los demás integrantes del consorcio o unión temporal, sean vinculados de la forma adecuada y se les respeten sus derechos. En otras palabras, la solución que brinda el Consejo de Estado, no pugna con la posibilidad de si se quiere demandar por todos o contra todos los miembros del consorcio o unión temporal, sea posible; lo que no es pertinente es que demanden los miembros de estas agrupaciones y en adición a esto, también se demande al consorcio mismo, pues se estaría frente a una intervención redundante e innecesaria.

Una vez analizada la postura del Consejo de Estado respecto de la comparecencia en juicio de los consorcios y de las uniones temporales, es de notar lo que tal Corporación concluye frente a que dichas asociaciones puedan acudir a los procesos judiciales por vía de la figura de la representación, por lo que resulta pertinente hacer referencia a ésta, en sus dos modalidades, legal y contractual. La representación se concibe como la facultad para que los actos o negocios celebrados por una persona en nombre de otra, produzcan efectos y consecuencias jurídicas, pudiendo el representante estar facultado por la persona a la cual representa, o por designación legal. Dicha representación encuentra sustento en el artículo 1505 del Código Civil Colombiano, en virtud del cual, lo que ejecute una persona a favor de otra, estando facultado por ella o por ley, produce iguales efectos que si hubiese contratado el representado. Así las cosas, podemos distinguir entre dos tipos de representación, la representación convencional, derivada de un acuerdo entre las partes, esto es, entre el representante y el representado, por medio del cual establecen y acuerdan las obligaciones, facultades y límites inherentes a la representación (Hinestrosa, F, 2015, pp.560-561); y la representación legal, que constituye una relación jurídica entre el representante y el representado, bajo la cual aquel actúa por cuenta y en nombre del representado para la celebración de contratos, operaciones u otro tipos de actos, y es derivada por virtud de la ley (Hinestrosa, F, 2015, pp.560-561).

De esta forma, el Consejo de Estado ha interpretado dicha representación conforme a lo establecido en el párrafo uno del artículo séptimo de la Ley 80, el cual establece que los miembros del consorcio y de la unión temporal deberán designar a una persona que los represente, para todos los efectos, y deberá señalar las reglas básicas que regulen las relaciones entre ellos y su responsabilidad. Así, serán los mismos consorciados dentro del documento de constitución de la respectiva asociación, quienes designen al representante y estipulen las facultades que le serán

otorgadas a éste, configurando así la llamada representación voluntaria por vía de un mandato que le confiere el representado al representante.

Finalmente, es importante destacar el efecto vinculante con que cuentan las sentencias de unificación del Consejo de Estado, y de las Altas Cortes en general, pues tal como lo ha dicho la Corte Constitucional en sentencia SU-611 de 2017,

la obligatoriedad de la jurisprudencia las Altas Cortes, es una exigencia orientada a que las decisiones judiciales estén guiadas por un parámetro de igualdad, lo que a su vez confiere seguridad jurídica a la aplicación del derecho y permite que los usuarios de la administración de justicia, puedan tener confianza legítima sobre las normas que regulan sus relaciones jurídicas (Corte Constitucional, 2017).

Afirma igualmente la Corte, que la extensión de la jurisprudencia que hace el Consejo de Estado, está orientada a que los efectos de una sentencia de unificación de éste, en la que se haya reconocido un derecho, pueda extenderse a casos similares. De esta forma, nada obsta para que lo establecido en la providencia estudiada sea aplicado a otros casos en los cuales esté en discusión la participación de estas asociaciones al interior de los procesos judiciales.

Para concluir, es necesario dejar claro que los efectos vinculantes de esta providencia solo están aplicando en materia contencioso administrativa, pues se considera que en el campo que se rige por las normas del Código Civil o del Código de Comercio, se mantiene la postura según la cual, los consorcios y las uniones temporales no pueden comparecer al proceso, debido a que no cuentan con el atributo de la personalidad jurídica, por lo que los únicos facultados para acudir a un proceso judicial, son los miembros que los conforman, individualmente considerados.

Capítulo III

Aplicación de los Principios Generales del Derecho Procesal en el marco de la Capacidad

Jurídico Procesal de los Consorcios y de las Uniones Temporales

En el capítulo precedente, se estudiaron los conceptos de consorcio y unión temporal, y el tratamiento jurisprudencial que el Consejo de Estado en sentencia de unificación del año 2013 otorgó a este tipo de asociaciones empresariales, con el fin de que pudieran ser parte en un proceso, y en este mismo sentido, comparecer para la defensa de sus derechos por intermedio de su representante, quien deberá ser designado para todos los efectos por los miembros del respectivo consorcio o unión temporal. Lo anterior, apartándose el Consejo de lo establecido en jurisprudencia anterior, y del criterio según el cual tales agrupaciones no pudieran actuar en el proceso por no encontrarse acreditado el requisito de la personalidad jurídica.

Ahora bien, en el siguiente capítulo, abordaremos cómo ha sido el tratamiento en el derecho privado de la capacidad jurídico procesal de los consorcios y uniones temporales. Posteriormente, se analizarán los principios de derecho procesal en su generalidad, para luego determinar si actualmente al negarle la posibilidad a dichas asociaciones de acudir a un proceso, se estarían vulnerando algunos de estos principios. Adicionalmente, y en conjunción con los principios, se atenderá a la normatividad vigente del Código General del Proceso, para indagar sobre la posibilidad de que lo establecido por el Consejo de Estado, pudiera aplicarse en materia civil, esto es, analizar si los consorcios y las uniones temporales pueden o no ser capaces de comparecer a los procesos judiciales en el campo del derecho privado, tal como lo ha concebido esta corporación.

Para un buen desarrollo del análisis antes planteado, es pertinente en primer lugar, conocer las consideraciones que, sobre la capacidad jurídico procesal de los consorcios y de las uniones temporales, ha establecido la Corte Suprema de Justicia. En este sentido, esta corporación, establece que los consorcios y uniones temporales no son personas, sino que se trata de entes que las agrupan con los fines de adjudicación, celebración y ejecución de un contrato estatal, y que, por tanto, son los integrantes de estos los que están llamados a responder solidariamente de todas las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 2002-27101, 2006). Así, la Corte considera que es en los miembros del consorcio en quienes se radican los efectos del contrato y sus consecuencias jurídicas, atendiendo a lo dispuesto en el artículo séptimo de la Ley 80 de 1993. Es por lo anterior, y debido a que el consorcio o unión temporal según dicha corporación no constituye una persona jurídica independiente de quienes lo conforman, que todos deben suscribir tanto la propuesta como el contrato, si resultan seleccionados en la licitación o concurso, con el fin de reafirmar su solidaridad y compromiso con los otros; esto con independencia de que se deba nombrar a la persona que para todos los efectos representará al ente, pues para la Corte, aquella solo asume la dirección o coordinación del proyecto, en todo lo que tiene que ver con el negocio celebrado¹⁴, pero no se encuentra facultada para la representación judicial del consorcio, el cual carece de personería y por tanto no es susceptible de ser representado (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 2002-27101, 2006)¹⁵.

¹⁴ Actuará como representante convencional de los integrantes del consorcio, de conformidad con el artículo 832 del Código de Comercio, aplicable por remisión a las normas mercantiles y civiles que hace el artículo 13 de la Ley 80.

¹⁵ En este mismo sentido, y atendiendo a lo dispuesto por la Alta Corte, la Superintendencia de Sociedades en oficio 220-067661 del 20 de junio de 2019, dispone que cuando un consorcio comparece a un proceso de liquidación, como acreedor del comerciante insolvente, la adjudicación respectiva se hace a los

Asimismo, la Corte Suprema de Justicia, de forma rotunda afirma que “los consorcios no son personas jurídicas, motivo por el cual no pueden demandar directamente ni ser demandados, a menos que se haga por intermedio de las personas que de manera independiente lo integran” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 2002-27101, 2006). En esta misma providencia, considera que la ausencia de personalidad del consorcio o de la unión temporal no se superaría con la designación de un representante legal para dicha labor, pues ello solo lo habilita o autoriza para obrar en nombre de cada uno de los sujetos que lo integran y no del consorcio como tal.

De esta forma, queda claro que la postura de la Corte Suprema de Justicia que hasta el día de hoy se ha mantenido frente a la capacidad jurídico procesal de los consorcios y las uniones temporales, resulta contraria al manejo que en materia contencioso administrativa le ha dado el Consejo de Estado, como ya se ha estudiado en el capítulo precedente.

Es por lo anterior que resulta conveniente el estudio de los principios de derecho procesal, y de los lineamientos que sobre estos trae el Código General del Proceso frente al tema de la capacidad procesal de los sujetos en cuestión, con miras a determinar, con base en lo anterior, si es posible que los consorcios y las uniones temporales, a pesar de no tener personería jurídica, participen en un proceso civil de forma directa, sin necesidad de que cada uno de sus integrantes sea llamado al proceso.

A este respecto, es importante partir de la idea de que “cualquier principio procesal que se viole implicará la violación del debido proceso” (Quintero, B & Prieto, E, 2008, p.130). Este concepto del debido proceso en las constituciones modernas presenta un nexo inescindible con el derecho

integrantes de la forma asociativa y en la proporción a su participación en la misma, es decir, de manera individual.

fundamental de la acción, el cual comprende a su vez el derecho de acceso a la jurisdicción, acceso que no podrá estorbar, ni un juez, ni una norma procesal de nivel legal o administrativo, de tal manera que no podrán ponerse trabas a la llegada al proceso, ya sea con la exigencia de ciertos procedimientos como obligatorios o de requisitos irracionales previos al proceso (Quintero, B & Prieto, E, 2008).

De este modo, el debido proceso se garantiza con el respeto de principios como el de bilateralidad de la audiencia, economía procesal, celeridad procesal, publicidad de los actos procesales, formalidad de los actos procesales, entre otros. Se procederá a explicar cada uno de estos principios y si estos se corresponden con el postulado de la capacidad para comparecer al proceso de los consorcios y las uniones temporales.

En primer lugar, el principio de bilateralidad de la audiencia, también conocido como principio del contradictorio o derecho de defensa, es uno de los pilares fundamentales del debido proceso. Este principio implica, que “el juez no podrá decidir una pretensión o reclamo del actor, si la persona en contra de quien ha sido propuesto no ha tenido oportunidad de ser oída” (Quintero, B & Prieto, E, 2008, p.133). En este mismo sentido, se materializa en el tratamiento igualitario de los litigantes, de tal forma que ambas partes gocen de idénticas y recíprocas oportunidades de ataque y de defensa; derecho de defensa que se manifiesta, en el proceso jurisdiccional a través de la debida notificación de las providencias, “la posibilidad de demandar o de acusar, la de excepcionar, la de pedir pruebas y contradecirlas, la de alegar, la de recurrir y la exigencia de una debida representación legal, voluntaria o judicial” (Quintero, B, & Prieto, E, 2008, p.133). Igualmente, la Corte Constitucional en sentencia C-690 de 2008, afirma que “el principio de la bilateralidad de la audiencia supone que no puede existir ningún tipo de ventaja de alguna de las partes en el proceso” (Corte Constitucional, 2008).

Asimismo, Clemente Díaz, al analizar el principio de la bilateralidad de la audiencia, dispone que este se conforma de varios corolarios, entre los cuales se destaca el corolario del postulado de la igualdad procesal de los litigantes, según el cual, nadie puede encontrarse en condición de inferioridad jurídica, esto es, no puede concedérsele a algunos lo que se le niega a otros, es decir, deben encontrarse en igualdad de circunstancias (Díaz, C, 1968, p.218). Además, el mencionado autor afirma que es imprescindible que los sujetos participantes en el proceso sean notificados con anticipación de forma razonable para ejercer correctamente la defensa.

Así las cosas, aterrizando el estudio de este principio a la posibilidad de los consorcios y de las uniones temporales de ser parte y comparecer a los procesos judiciales, puede surgir una primera interpretación –teniendo en cuenta lo expuesto también por el Consejo de Estado–, según la cual, cuando no se le permite a estas asociaciones comparecer a un proceso, por no cumplir con el requisito de la personalidad jurídica, se estaría ante una desigualdad procesal, pues no tendría sentido exigir tal requisito, el cual no le es exigible a su contraparte, que bien podría ya contar con personalidad –como es el caso de las personas naturales o jurídicas–, o que están permitidas por ley para comparecer a un proceso aun sin contar con dicho atributo –como por ejemplo los patrimonios autónomos o entidades públicas–. Además, si atendemos a que es imprescindible que los participantes en el proceso sean notificados con antelación para poder ejercer su derecho de defensa, no hay mejor garantía de la efectividad de la notificación que permitiendo que sea el mismo consorcio por medio de su representante legal, quien haga valer en juicio los intereses jurídicos de tal asociación, y por ende quien participe de forma activa de todas las etapas del proceso; esto es así, porque en caso de que se exija la participación en el proceso de cada uno de los miembros del consorcio o unión temporal, y no sea posible la concurrencia de todos al proceso,

no habría una correcta integración del contradictorio, y por ende, la violación del principio en cuestión.

Sin embargo, puede existir una interpretación adversa a esta, teniendo en cuenta lo que ha venido sosteniendo la Corte Suprema de Justicia. Se podría afirmar, que no existe vulneración alguna del principio de bilateralidad de la audiencia al exigir el requisito de la personalidad jurídica, toda vez que la exigencia de que por pasiva acudan todos los sujetos que integran el consorcio o la unión temporal, es proteger aún más su derecho de defensa y garantizar mayores oportunidades a estas asociaciones. Así, cada uno de los integrantes del consorcio o unión temporal deberá acudir como litisconsorte necesario tanto por pasiva como por activa, de tal forma que se integre correctamente el contradictorio y no haya lugar a la violación del debido proceso.

Por otra parte, se tiene el principio de publicidad de los actos procesales. Este principio, pretende que las actuaciones surtidas ante la administración de justicia no sean secretas, sino que, por el contrario, sean difundidas especialmente para quienes tienen interés directo en ellas. Dicha publicidad deberá ser restringida al núcleo de personas que deben conocer el curso de la actuación, con el fin de que puedan defender sus derechos, mediante el ejercicio de las facultades que consagra la ley, para lo cual es pertinente que conozcan oportunamente las determinaciones judiciales que se tomen (López, H, 2009).

Así las cosas, y en consonancia con lo establecido en el artículo 26 de la Ley 196 de 1971 por la cual se dicta el estatuto del ejercicio de la abogacía, las personas habilitadas para la revisión de los procesos civiles son los funcionarios públicos en ejercicio de sus cargos, los abogados inscritos, las partes, los auxiliares de justicia, directores y miembros de consultorios jurídicos, y los dependientes de abogados que sean estudiantes de derecho (Lopez, H, 2009).

Ahora bien, de acuerdo con este principio, y analizando la capacidad de los consorcios y de las uniones temporales para comparecer al proceso, se podría establecer que al exigir que todos los miembros comparezcan al proceso, y no sea posible la notificación de alguno de estos, se corre el riesgo de que más adelante dicho integrante alegue la vulneración del derecho de defensa y en consecuencia del debido proceso, toda vez, que no le fue notificado el proceso en curso, ni las actuaciones que dentro del mismo se agotaron; lo que podría evitarse si el consorcio compareciera al proceso por vía de su representante, sin necesidad de que todos sus miembros intervengan en el proceso.

De otro lado, se encuentra el principio de economía procesal. En consonancia con lo afirmado por la Corte Constitucional en sentencia C-037 de 1998, consiste, en conseguir el mayor resultado con el mínimo de actividad de la administración de justicia. Con la aplicación de este principio, se busca la celeridad en la solución de los litigios, es decir, que se imparta pronta y cumplida justicia (Corte Constitucional, 1998). Este principio implica por tanto, que los esfuerzos del juez y de las partes deben en lo posible ser mínimos, pues exige que los procesos se adelanten en forma pronta y económica, o en otras palabras, que la función de administrar justicia sea eficiente¹⁶ (Lopez, H, 2009). Así, dicho principio se cumple haciendo que las tramitaciones sean más sencillas y evitando la proliferación de decisiones inútiles y de recursos innecesarios.

Adicionalmente, este principio puede explicarse desde dos vertientes. Desde el punto de vista de la economía financiera del proceso, “concuera con la idea esencial de que el proceso es un servicio público” (Quintero, B & Prieto, E, 2008, p.148), y en este sentido, el Estado deberá vigilar que la actividad jurisdiccional no se torne en excesiva y lujosa, a la que solo tengan acceso algunos.

¹⁶ De esta forma también se encuentra consagrado en el artículo 7º de la ley Estatutaria de la Administración de justicia –Ley 270 de 1996–.

De ahí la necesidad de figuras como el amparo de pobreza y la defensoría de oficio, que garantizan el acceso a la administración de justicia del más desvalido económicamente. Ahora bien, desde el punto de vista de la simplificación y facilitación de la actividad procesal, este principio implica la simplicidad de los trámites procesales, y se manifiesta en los corolarios de la eventualidad de la afirmación, en virtud del cual, se deben aducir todas las pretensiones de ataque y de defensa con que cuenta el justiciable, en forma simultánea; y en el corolario de la concentración de actos procesales, por medio del cual se insta a reunir la mayor cantidad posible de actividad procesal en el menor número de actos procesales (Quintero, B & Prieto, E, 2008).

Este principio, que se encuadra como uno de los principios esenciales dentro de la actuación procesal, puede encontrarse vulnerado al estudiar el presupuesto procesal de la capacidad para ser parte y de comparecer al proceso de los consorcios y las uniones temporales. Esto es así, debido a que si se niega la posibilidad de que estos consorcios puedan comparecer al proceso por intermedio de su representante legal, quien estará designado para todos los efectos, incluyendo la representación judicial, en tanto se afirme de esta manera en el respectivo documento de constitución, la actuación procesal dejaría de ser ágil, toda vez que se deberá surtir para cada uno de los integrantes de la respectiva asociación de manera individual. Lo anterior, sin ánimos de significar que con miras a que la actuación procesal sea más expedita, se viole el derecho de defensa, sino que, por el contrario, éste se encuentre garantizado con la actuación del representante, el cual representará los intereses del consorcio o unión temporal como órgano, y no los de los miembros individualmente considerados. Del mismo modo, lo ha estimado el Consejo de Estado en la sentencia de unificación del año 2013, que fue objeto de análisis en el capítulo anterior, pues considera que el representante que se asigna por ley para todos los efectos, lo es para el consorcio en su totalidad y no para cada uno de los miembros de este individualmente considerados, pues de

considerarse esto último, estaríamos ante la potencialidad de estos sujetos de modificar o revocar su propio mandato a través de actos igualmente individuales, situación que admitiría que cada integrante de la agrupación pudiera iniciar, por su cuenta, gestiones ante la entidad contratante en relación con el contrato estatal o designar a otro representante para que vele por sus intereses particulares, lo que no solo afecta el principio legal de economía procesal, sino además el de eficacia y eficiencia, debido a que se llegaría al absurdo de considerar un solo y único contrato estatal, con tantos representantes como integrantes tuviese el respectivo consorcio o unión temporal (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, 03930-01,2013). Así lo ha establecido la Corporación:

Lo anterior porque el representante de los consorcios y de las uniones temporales, concebido y exigido por la ley **para todos los efectos**, es mucho más que un representante o mandatario de cada uno de los integrantes de la agrupación, individualmente considerados, al cual cada quien pudiere modificarle o revocarle su propio y particular mandato a través de actos igualmente individuales, situación que llevaría a admitir entonces que cada integrante de la agrupación podría iniciar, por su propia cuenta, gestiones ante la entidad contratante en relación con el contrato estatal o designar otro representante diferente para que vele por sus propios y respectivos intereses particulares, de suerte que la entidad estatal contratante, en una situación que resultaría abiertamente contraria a los principios constitucionales y legales de economía, de eficacia y de eficiencia, tendría que entenderse, a propósito de un solo y único contrato estatal, con tantos representantes o interesados como integrantes tuviese el respectivo consorcio o unión temporal. (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, 03930-01,2013).

Por otra parte, se debe hacer referencia al principio de formalismo procesal. Este principio, tal como lo ha definido Chiovenda, se concibe como el “conjunto de actividades de las partes y de los órganos jurisdiccionales en el procedimiento amoldadas de acuerdo a las condiciones de tiempo, modo y lugar” (Chiovenda, G, 1922, p.124). Este principio, por tanto, hace referencia a la exigencia de las formas estructurales del proceso, esto es, a las que regulan las actividades de las partes que integran el derecho de defensa. Este sistema de la legalidad de las formas, suministra al justiciable mayor certeza e igualdad, pues significa seguridad jurídica para todos los sujetos del

proceso. Ahora bien, la forma del procedimiento implica que el legislador predetermina el tipo de procedimiento que debe seguirse en cada caso, y la forma de los actos procesales se refiere a la regulación normativa de la forma, la cual implica la indicación legal del conjunto de condiciones que debe reunir el acto procesal para producir un efecto jurídico (Quintero, B & Prieto, E, 2008). Así las cosas, la forma se refiere al conjunto de solemnidades o requisitos extrínsecos que deben rodear un acto para que resulte idóneo. Sin embargo, dicho principio puede flexibilizarse, bajo el entendido de que las formas procesales deben atender al criterio teleológico, que apunta a la salvaguardia de la defensa, sin ánimos de que se entienda como un régimen de libertad de formas, puesto que las partes no pueden disponer de estas (Quintero, B & Prieto, E, 2008).

A este respecto, al considerar el presupuesto de capacidad para comparecer al proceso de los consorcios y de las uniones temporales, una primera interpretación apunta a que no resulta lógico exigir el requisito de la personalidad jurídica para actuar en el proceso a estas agrupaciones, cuando la misma norma procesal no lo exige o no lo consagra, dejando al arbitrio del juez la interpretación de la norma procesal, la cual designa de manera expresa y previa las formalidades que deben exigirse en un proceso para garantizar una debida defensa de los intereses en juego. Así, no podrá dejarse a la libre determinación de las partes y del juez las formalidades del proceso, pues su determinación corresponde exclusivamente al legislador. Lo anterior, se corresponde también con la lectura literal que se hace del artículo 53 del Código General del Proceso, que no consagra limitación alguna para que dichas asociaciones puedan comparecer al proceso en la defensa de sus derechos. El exceso de formalismo exigido por la arbitrariedad del juez, llevaría a transgredir el derecho de defensa, y en consecuencia el desarrollo normal del proceso.

Sin embargo, en contravía de lo anterior, podría interpretarse también—a partir del análisis de lo dispuesto por la Corte Suprema de Justicia— que es completamente admisible la exigencia del

requisito de la personalidad jurídica para comparecer al proceso respecto de estas asociaciones, en cuanto el representante no haya sido expresamente facultado para fines judiciales, caso en el cual, cada uno de los miembros del consorcio o unión temporal deberá acudir al proceso a través de la figura del liticonsorcio necesario tanto por activa como por pasiva, integrando debidamente el contradictorio, y garantizando de esta forma el derecho de defensa.

Cabe ahora analizar, el principio procesal del interés para intervenir en los procesos. Este principio consagra una limitación de intervenir a los procesos únicamente a las personas que tengan un interés jurídico, económico o familiar dentro del mismo (Echandía, D, 1996). Esto es así, pues si a todo el mundo se le permitiera intervenir en el proceso, para alegar, formular peticiones, interponer recursos, etcétera, los procesos serían dispendiosos, enredados y no cumplirían con el fin para el cual fueron diseñados. De manera natural, tanto el demandante como el demandado tienen un interés jurídico que justifica su intervención en el proceso por el simple hecho de haber interpuesto la demanda, y haber sido admitida. En oposición a esto, los terceros no pueden intervenir en el proceso por su voluntad, sino que resulta indispensable que se le reconozca un interés serio y actual en las resultas del proceso, con el fin de que se les certifique el derecho a ser oídos como intervinientes dentro del proceso, ya sea de forma principal, según su interés sea independiente, o de forma adhesiva, en cuanto su interés dependa del de una de las partes en juicio (Echandía, D, 1996).

Ahora bien, una posible interpretación sería aquella según la cual, el permitir que cada uno de los miembros del consorcio o unión temporal participe de forma activa al interior del proceso, y de forma individual formulen pretensiones, interpongan recursos, y en general actúen libremente en el mismo, podría generar efectos adversos a los que el consorcio o unión temporal como asociación, desearían en pro del todo al que pertenecen. De esta manera, podría desnaturalizarse

el fin para el cual se decidió acudir al proceso, puesto que la defensa de los intereses en juego ya no apuntarían a garantizar los derechos de una agrupación en general, sino que se tendrían tantos intereses como personas individualmente consideradas concurren al proceso, que lo que hacen es entorpecerlo y no garantizan una tutela judicial efectiva de los derechos del consorcio o unión temporal.

En contraposición a lo anterior, existe otra posible interpretación si se considerara que los consorcios y las uniones temporales no pueden comparecer al proceso por vía de su representante cuando este no ha sido facultado para ello, sino que deben integrar el litisconsorcio necesario tanto por activa como por pasiva, evento en el cual no habría lugar a un choque de intereses, puesto que cada uno velaría por sus derechos de manera individual.

Una vez analizados los principios procesales a la luz de los presupuestos procesales de la capacidad para ser parte y de la capacidad para comparecer al proceso, frente a los consorcios y las uniones temporales, que como ya se advirtió, persiste la incertidumbre en materia civil de si es o no posible atribuirles tales presupuestos a dichas figuras asociativas, es conveniente acudir a las normas de derecho procesal consagradas en el Código General del Proceso, las cuales disponen, quiénes pueden ser parte en un proceso y quiénes pueden comparecer al mismo para la efectiva defensa de intereses jurídicos.

Como se ha advertido con anterioridad, el artículo 53 del Código General del Proceso, establece la capacidad para ser parte en un proceso judicial, y en este sentido dispone que podrán ser parte en un proceso las personas naturales y jurídicas, los patrimonios autónomos, el concebido para la defensa de sus derechos y los demás que determine la ley. Si bien el mencionado artículo, no establece de manera expresa que los consorcios y las uniones temporales cuentan con capacidad

jurídica, ello se desprende de la disposición que trae el numeral 4° del mencionado artículo, el cual deja abierta la posibilidad de que la ley establezca otras formas de intervención al proceso, sin la necesidad de cumplir con el requisito de la personalidad jurídica. En este mismo sentido, el legislador dispuso que los jueces deberán interpretar el sentido de ésta y otras disposiciones, conforme a lo consagrado en el artículo 11 del mismo estatuto procesal, según el cual, el juez al interpretar la ley procesal deberá tener en cuenta que las dudas que surjan de dicha interpretación deberán aclararse mediante la aplicación de los principios constitucionales y generales del derecho procesal, garantizando en todo caso el debido proceso, el derecho de defensa, la igualdad de las partes y los demás derechos constitucionales fundamentales.

Es así, como de la lectura del mencionado numeral 4° y de la interpretación de los principios procesales que se ha hecho, se desprende que la misma normatividad remite a las disposiciones de la norma especial que regula la capacidad jurídico procesal de los consorcios y uniones temporales, esto es, a la ley 80 de 1993, la cual en su artículo séptimo, tal como lo ha interpretado el Consejo de Estado – y como se ha citado en el capítulo anterior–, permite que estas formas de asociación, acudan a los respectivos procesos judiciales a través de su representante legal, designado para todos los efectos. Esta normatividad, según lo expresado por dicha corporación, no limita la capacidad del representante a los solos efectos que pudiere generar el contrato estatal, sino que va más allá de este, de tal manera que el representante puede actuar en cualquier proceso judicial, siempre que vaya acorde con la defensa de los intereses jurídicos del correspondiente consorcio o unión temporal (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, 03930-01,2013).

A este respecto, es importante puntualizar sobre los criterios que solucionan los conflictos entre las leyes, teniendo en cuenta que podría presentarse aquí una disparidad respecto de lo que concibe la norma general, esto el Código General del Proceso –artículos 53 y 54–, y la norma especial, que

en el caso en cuestión resulta ser la ley 80 de 1993. Se conciben entonces el criterio jerárquico, en virtud del cual la norma superior prima o prevalece sobre la inferior; el criterio cronológico, según el cual, la norma posterior prevalece sobre la anterior; y el criterio de especialidad, conforme al cual la norma especial prima sobre la general. Según lo estudiado, estaríamos frente al caso de este último criterio, el cual supone que no se está propiamente ante una antinomia, en razón de que se entiende que la norma general es aplicable a todos los campos, con excepción de aquel que está regulado por la norma especial. De esta manera lo ha entendido la Corte Constitucional en sentencia C-439 de 2016:

Así las cosas, frente a este último criterio, el de especialidad, cabe entonces entender que el mismo opera con un propósito de ordenación legislativa entre normas de igual jerarquía, en el sentido que, ante dos disposiciones incompatibles, una general y una especial, permite darle prevalencia a la segunda, en razón a que se entiende que la norma general se aplica a todos los campos con excepción de aquél que es regulado por la norma especial. Ello, sobre la base de que la norma especial sustrae o excluye una parte de la materia gobernada por la ley de mayor amplitud regulatoria, para someterla a una regulación diferente y específica, sea esta contraria o contradictoria, que prevalece sobre la otra (Corte Constitucional, 2016).

Así las cosas, para determinar la capacidad jurídica de los consorcios y las uniones temporales, en vista de que la regulación en materia civil continúa generando cierta incertidumbre, es necesario acudir a criterios como los que se han expuesto con el fin de que se pueda orientar la decisión judicial frente a este tema.

En este sentido, el juez al interpretar los artículos 53 y 54 para dar paso a la garantía del debido proceso y reconocer así el derecho de los consorcios y uniones temporales de comparecer al proceso, o en su defecto para impedir que se configure dicho presupuesto, deberá ser cuidadoso de no incurrir en un defecto de carácter sustantivo, el cual se configura cuando el juez en el ejercicio de su autonomía e independencia desborda la constitución o la ley, desconociendo así, los

principios, deberes y derechos superiores, como en el evento de la errónea interpretación o aplicación de la norma (Corte Constitucional, 2017). De esta forma podría suceder, si se rebosa el contenido de la norma y se imponen mayores barreras a las exigidas por el legislador para conceder el derecho.

Finalmente, el artículo 12 del Código General del proceso consagra que, frente a cualquier vacío de las normas dispuestas en este código, el juez podrá llenarlo con las normas que regulen los casos análogos; y de faltar estas, el juez deberá observar los principios constitucionales y generales del derecho procesal para determinar la forma de realizar los actos procesales.

Luego de hacer un análisis de los principios y de las normas procesales del Código General del Proceso, en lo que atañe al presupuesto procesal de la capacidad para comparecer al proceso de los consorcios y de las uniones temporales, se podría concluir que a la luz de la normatividad vigente, no existe norma procesal alguna que impida la comparecencia a juicio de estas formas de asociación. La aplicación debida de lo consagrado en el artículo 53 del mencionado estatuto procesal, garantizaría un reconocimiento pleno del derecho de acción y por ende del debido proceso con que cuentan los consorcios y las uniones temporales, los cuales no requieren del cumplimiento de requisitos irracionales que dificulten su acceso a la administración de justicia. Adicionalmente, si bien se tuvo en cuenta que existe la posibilidad de integrar un litisconsorcio necesario tanto por activa como por pasiva, con el fin de brindar una solución a la problemática de la comparecencia al proceso de los consorcios y de las uniones temporales, no se excluye la posibilidad de que estas asociaciones comparezcan por vía un representante –tal como lo ha acogido el Consejo de Estado, y con lo cual nos encontramos de acuerdo–, dentro de cuyas facultades se haya atribuido por el consorcio mismo, la de representar sus intereses como un todo dentro de un proceso judicial, facultad que se debe dejar expresa en el documento de constitución de la respectiva asociación.

Conclusión

Luego de un estudio minucioso de las figuras del consorcio y la unión temporal, las cuales se conciben como asociaciones de personas con fines de adjudicación, celebración y ejecución de contratos estatales, se puede concluir que dichos entes, conforme la normatividad vigente que los regula y a la interpretación que de estas ha dado el Consejo de Estado en sentencia de unificación del año 2013, cuentan con capacidad jurídico procesal para comparecer a los procesos judiciales en donde se debatan intereses jurídicos que les son propios. Esto es así, debido a que, si atentemos a lo consagrado en el numeral 4° del artículo 53 y al artículo 11 del Código General del Proceso, en consonancia con los artículos 6° y 7° de la Ley 80 de 1993, no se encuentra en el ordenamiento jurídico colombiano limitación alguna para que estas agrupaciones participen de forma activa en los procesos, toda vez que su participación garantiza una aplicación correcta de los principios de derecho procesal, más concretamente, del debido proceso, que se erige como un derecho fundamental dentro de la Carta Política. Ha dicho el Consejo de Estado al respecto:

Por si lo anterior no fuese suficiente, se agrega que el efecto útil, como criterio rector de interpretación normativa, impone admitir que los artículos 6 y 7 de la Ley 80 tuvieron el claro y evidente propósito de dotar a los consorcios y a las uniones temporales de la capacidad jurídica necesaria tanto para celebrar contratos estatales como para comparecer en juicio, cuando se debatan asuntos relacionados con los mismos; si ello no fuere así y no produjere tales efectos en el campo procesal, habría que concluir entonces que las disposiciones legales aludidas saldrían sobrando o carecerían de sentido, criterio hermenéutico que llevaría a negarles la totalidad o buena parte de sus efectos. (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, 03930-01,2013).

En contravía con lo anterior, la interpretación que algunos le han dado a las disposiciones del Código General del Proceso, llevan a establecer la exigencia de requisitos, como lo es el de la personalidad jurídica para actuar en los procesos judiciales, cuando la misma normatividad –

artículo 53 numeral 4º– permite que diferentes entes sean parte y por tanto comparezcan a los procesos judiciales, sin contar con el mencionado requisito.

Como se ha dejado claro, principios procesales como el de la bilateralidad de la audiencia, publicidad, economía procesal, formalidad e interés para intervenir en el proceso, se ven vulnerados cuando los jueces niegan la posibilidad a los consorcios y las uniones temporales de acudir por vía de su representante, quién estará facultado expresamente por el consorcio mismo o la unión temporal para ejecutar las actuaciones propias de los procesos judiciales, procurando así que el proceso se torne ágil y otorgue seguridad jurídica a las partes inmersas en él.

Ahora bien, no sería coherente entablar una limitación de la capacidad para obrar de los consorcios y de las uniones temporales, pues conforme al carácter colaborativo de estas asociaciones que le permite desarrollar actividades económicas para las cuales fueron creadas, se consideran una sola parte, que si bien no cuenta con personalidad jurídica, se reconoce que sus integrantes hacen parte de un todo, cuya división no sería posible para efectos contractuales –como si lo sería para la Corte Suprema de Justicia–, de tal manera que todas las obligaciones que emanen de las actuaciones de dicho ente, serán asumidas por el consorcio o unión temporal en su generalidad, y no ya por sus miembros individualmente considerados. De esta forma, considerar que cada uno de los miembros del consorcio o unión temporal actúe en el proceso de forma individual, no solo generaría problemas que terminen en nulidades procesales, sino que cabría hablar de una desnaturalización del debido proceso en cabeza de estas asociaciones, quienes por ley se encuentran facultados para acudir al proceso, por lo que el desconocimiento de dicha facultad podría traducirse en una ilegalidad.

Así las cosas, al afirmar que los consorcios y las uniones temporales cuentan con un objeto de colaboración, que les lleva a actuar unidos en todas las instancias administrativas y contractuales,

nada obsta para que estos puedan igualmente acudir a instancias judiciales, por medio de su representante para exigir los derechos o intereses jurídicos que se puedan ver afectados, siempre y cuando se le otorguen facultades de forma expresa al representante para hacerlo.

Finalmente, con el fin de evitar más confusiones respecto de la capacidad para ser parte y de la capacidad para obrar en cabeza de los consorcios y las uniones temporales, y a pesar de que se ha considerado en el presente trabajo que la misma normatividad permite la actuación de estos dentro del proceso judicial, no sobraría establecer una normatividad más específica sobre el tema, que de manera clara y concisa establezca la capacidad de los consorcios y de las uniones temporales para comparecer a los procesos judiciales por intermedio de su representante. De esta forma, se limitaría la libre interpretación que se ha hecho de las normas procesales, más concretamente del artículo 53 del Código General del Proceso, y se evitaría el arbitrio judicial en la interpretación de las distintas disposiciones.

Bibliografía

Constitución:

Constitución Política de Colombia [Const.]. (20 de julio de 1991)/ Recuperado de:
http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

Jurisprudencia:

Consejo de Estado. (2013). Sentencia 1997-03930 [C.P: Mauricio Fajardo Gómez].
 Consejo de Estado. (2016). Sentencia 2015-00927 [C.P: Jaime Orlando Santofimio].
 Consejo de Estado. (2013). Sentencia 1998-25942 [C.P: Hernán Andrade Rincón].
 Consejo de Estado. (2005). Sentencia 27.651 [C.P: Alíer Hernández Enríquez].
 Consejo de Estado. (2011). Auto 37.566 [C.P: Olga Mélida Valle De La Hoz].
 Corte Suprema de Justicia. (1984). Sentencia 1157 [C.P: Manuel Gaona Cruz].
 Corte Suprema de Justicia. (2015). Sentencia SC17429 [M.P: Margarita Cabello Blanco].
 Corte Suprema de Justicia. (2006). Sentencia 27101 [M.P: Jaime Alberto Arrubla Paucar].
 Corte Constitucional. (1994). Sentencia C-414 de 1994 [M.P: Antonio Barrera Carbonell].
 Corte Constitucional. (2019). Sentencia C-100 de 2019 [M.P: Alberto Rojas Ríos].
 Corte Constitucional. (1996). Sentencia T-345 de 1996 [M.P: Eduardo Cifuentes Muñoz].
 Corte Constitucional. (2008). Sentencia C-690 de 2008 [M.P: Nilson Pinilla Pinilla].
 Corte Constitucional. (1998). Sentencia C-037 de 1998 [M.P: Jorge Arango Mejía].
 Corte Constitucional. (2016). Sentencia C-439 de 2016 [M.P: Luis Guillermo Guerrero Pérez].
 Corte Constitucional. (2017). Sentencia SU-573 de 2017 [M.P: Antonio José Lizarazo Ocampo].

Doctrina:

Devis Echandía, H. (1994). *Compendio de Derecho Procesal: el Proceso Civil Parte General*.
 8ª Ed. Medellín, Colombia: Biblioteca Jurídica DIKÉ.
 Devis Echandía, H. (1996). *Compendio de Derecho Procesal: Teoría General del Proceso*. 14ª
 Ed. Bogotá D.C, Colombia: Editorial A,B,C.
 Chiovenda, G. (1954). *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Madrid: Revista de Derecho Privado de Madrid.

- Quintero, B; Eugenio, P. (2008). *Teoría General del Derecho Procesal*. 4ª Ed. Bogotá, D.C, Colombia: TEMIS.
- Parra, J. (1986). *Los Terceros en el Proceso Civil*. 4ª Ed. Bogotá D.C, Colombia: Ediciones Librería del Profesional.
- Couture, E. (1973). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 3ª Ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma Buenos Aires.
- López, H. (2009). *Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano*. 10ª Ed. Bogotá D.C, Colombia: DUPRE Editores.
- Ovalle, J. (2001). *Teoría General del Proceso*. 5ª Ed. México, D.F: Oxford University Press.
- Díaz, C. (1968). *Instituciones de Derecho Procesal*. Buenos Aires: Abeledo - Perrot.
- Hinestrosa, F. (2015). *Tratado de las Obligaciones II: de las Fuentes de las Obligaciones: El Negocio Jurídico*. Vol. I. Bogotá, D.C: Universidad Externado de Colombia.

Leyes:

- Congreso de la República. (12 de julio de 2012). Código General del Proceso. [Ley 1564 de 2012]. DO: [48.489]/ Recuperado de: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012.html
- Congreso de la República (26 de mayo de 1873). Código Civil Colombiano. [Ley 84 de 1873]. DO: [2.867]/ Recuperado de: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html
- Congreso de la República (16 de junio de 1971). Código de Comercio [Decreto 410 de 1971]. DO: [33.339]/ Recuperado de: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_comercio.html
- Congreso de la República (28 de octubre de 1993). Estatuto General de Contratación de la Administración Pública [Ley 80 de 1993]. DO: [41.094]/ Recuperado de: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0080_1993.html
- Congreso de la República (15 de marzo de 1996). Ley Estatutaria de la administración de Justicia [Ley 270 de 1996]. DO: [42.745]/ Recuperado de: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0270_1996.html