**CONTROVERSIAS CONTRACTUALES – Incumplimiento contractual**

El día 20 de septiembre de 1999, el Servicio Nacional de Aprendizaje – en adelante el SENA -, por conducto de apoderado judicial debidamente constituido, presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en ejercicio de la acción de controversias contractuales, en contra de “MCR Comercializadora de Servicios y Suministros”.

**CONSEJO DE ESTADO – Ley 446 de 1998 – Vigencia**

Resulta pertinente señalar que si bien cuando se interpuso la demanda - 20 de septiembre de 1999 - la competencia del proceso debía establecerse según la regla de determinación de cuantía prevista en el Decreto 597 de 1988, lo cierto es que a la fecha de interposición del recurso de apelación - 29 de agosto de 2007 - ya se encontraba vigente la Ley 446 de 1998, norma que modificó las reglas de competencia para la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y que, además, previó que en materia de recursos se debía aplicar la ley vigente al momento de su interposición , lo cual, de conformidad con lo expresado de manera pacífica por la Sección Tercera de esta Corporación, constituye una excepción al principio legal de la perpetuatio jurisdictionis. Sobre ese particular, la Sección Tercera de esta Corporación ha señalado que la jurisdicción y competencia del juez se determinan con base en la situación de hecho existente en el tiempo de la demanda; no obstante, lo cual, también ha dicho que ese precepto no es absoluto cuando de aplicar leyes procesales nuevas se trata.

**CAPACIDAD PROCESAL – Noción**

La capacidad para ser parte se refiere a la posibilidad de ser sujeto de la relación jurídico-procesal, esto es, constituir uno de los dos extremos de la litis, como, demandante o demandado. Este presupuesto procesal, consistente en la capacidad para ser parte, tradicionalmente se ha examinado bajo la denominación de inexistencia de alguna de las partes y su formulación apunta a que la decisión definitiva del litigio se adopte respecto de sujetos de derecho, vale decir que quienes obren como parte en el proceso deben tener, en línea de principio, la condición de personas, naturales o jurídicas, comoquiera que “bien puede ocurrir que una parte tenga aparentemente carácter de sujeto de derecho, cuando en realidad no es así, como sucedería, por ejemplo, cuando se demanda por cuenta de una sociedad anónima que no se ha constituido o que se disolvió y se liquidó”.

**ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO – Definición**

El establecimiento de comercio conforme el artículo 515 del Código de Comercio se define como "un conjunto de bienes organizados por el empresario para realizar los fines de la empresa", el cual, tal como se ha dicho en reiteradas oportunidades , carece de personería jurídica y, por consiguiente, no es titular de derechos ni obligaciones procesales, de ahí que es la persona natural o jurídica propietaria del bien quien tendrá capacidad para comparecer al proceso y contra quien debe dirigirse la demanda.

**ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO – Carece de personería jurídica**

Resulta en consecuencia, que la existencia de la supuesta persona jurídica - a la que alude la demanda - no se encuentra acreditada en el sub-judice, en tanto, que el demandado es un establecimiento de comercio, el cual, tal como se indicó anteriormente, no goza de personería jurídica, no es un sujeto de derecho, circunstancia que impone a la Sala confirmar el fallo recurrido.

**INEPTA DEMANDA – Fallo inhibitorio**

Ordenó – textualmente - notificar “al representante legal de MRC Comercializadora de Servicios y Suministros”, sin que se hubiese señalado expresamente quién ostentaba esa calidad, y no podía haber sido distinto en tanto que MRC Comercializadora de Servicios y Suministros no era una persona jurídica y, en consecuencia, no existía – en ese caso - la figura de un representante legal que pudiera actuar en su nombre. En ese orden de ideas, y a diferencia de lo dicho por el apelante, no es cierto que en el asunto que se examina se hubiese vinculado al proceso a la propietaria del establecimiento de comercio, puesto que la notificación se intentó respecto de un supuesto representante legal de una persona jurídica y, en el presente caso, tal como se indicó, MRC Comercializadora de Servicios y Suministros tiene naturaleza diferente, es decir se encuentra constituida como un establecimiento de comercio, el cual carece de personería jurídica. Así las cosas, concluye la Sala que en el presente asunto el extremo pasivo de la litis es inexistente, en tanto que no se encuentra acreditado en el proceso la existencia de la supuesta persona jurídica contra quien se dirigió la demanda y tampoco es cierto que se hubiese vinculado al proceso - en calidad de parte demandada - a la propietaria del citado establecimiento de comercio. En ese sentido, acertó el Tribunal a quo al señalar que se configuró la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda, puesto que no se cumplieron todos los presupuestos procesales exigidos para la presentación de la misma, en tanto que - se reitera - la parte demandada es inexistente.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION TERCERA**

**SUBSECCION A**

**Consejero ponente: HERNAN ANDRADE RINCON**

Bogotá D.C., veintisiete (27) de enero de dos mil dieciséis (2016).

**Radicación número: 25000-23-26-000-1999-02383-01(34712)**

**Actor: SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA-**

**Demandado: MRC COMERCIALIZADORA DE SERVICIOS Y SUMINISTROS**

**Referencia: ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (APELACION SENTENCIA)**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 22 de agosto de 2007 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, mediante la cual se declaró probada de oficio la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda.

**I.-ANTECEDENTES**

**1. La demanda.**

El día 20 de septiembre de 1999, el Servicio Nacional de Aprendizaje – en adelante el SENA -, por conducto de apoderado judicial debidamente constituido, presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en ejercicio de la acción de controversias contractuales, en contra de “*MCR Comercializadora de Servicios y Suministros”*. En el escrito de la demanda planteó las siguientes pretensiones (se transcribe tal cual se halla en el expediente, incluso con errores)[[1]](#footnote-1):

*“1- Que se declare el incumplimiento del contrato 0028 del 24 de diciembre de 1997 por parte del contratista M.R.C. COMERCIALIZADORA DE SERVICIOS Y SUMINISTROS con NIT 51.976.405, representada legalmente por GABBY MARCELA RODRIGUEZ, con C.C. No. 51.976.405 de Bogotá, celebrado con la entidad demandada SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE SENA REGIONAL BOGOTA Y CUNDINAMARCA, por valor de CIENTO CUARENTA Y NUEVE MILLONES SETECIENTOS SETENTA Y SIETE MIL DOSCIENTOS CINCO PESOS ($149’777.205,00).*

*2. Que se ordene la liquidación del contrato de conformidad con lo previsto en el artículo 136 del C.C.A modificado por la ley 446 de 1998 en su artículo 44, numeral 10, literal d.*

*3. Que se condene y ordene restituir a la firma contratista M.R.C Comercializadora de Servicios y Suministros, las sumas de dinero recibidas por concepto de la ejecución del objeto contractual, según contrato 0028 del 24 de diciembre de 1997, obras que ejecutó parcialmente así:*

*Valor del contrato $149.777.205.00*

*Valor del anticipo según cuenta de*

*Cobro No. 5862 del 30 de diciembre*

*De 1997 o anticipo $ 64.475.740.00*

*Valor ejecutado Centro de la*

*Construcción e Industria de la Madera $ 32.701.865.00*

*Valor a reintegrar por el contratista $37.073.595.00*

*Esta suma debe ser actualizada atendiendo al I.P.C. y hasta la fecha de su cancelación a la Entidad demandante.*

*4. Que se condene y ordene pagar al contratista M.R.C Comercializadora de Servicios y Suministros y a favor de la entidad demandante SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE SENA REGIONAL BOGOTA Y CUNDINAMARCA, los daños materiales (daño emergente y lucro cesante) y perjuicios morales ocasionados con el incumplimiento contractual así:*

*4.1. DAÑOS MATERIALES:*

1. *DAÑO EMERGENTE: Derivado del incumplimiento al no haberse ejecutado en su totalidad el contrato 0028 del 24 de diciembre de 1997, por parte del contratista M.R.C Comercializadora de Servicios y Suministros, en los términos allí pactados, los cuales los considero al momento de presentar esta demanda en la suma de $250.000.000.00.*
2. *LUCRO CESANTE: Derivado del valor de la suma de dinero entregada al contratista M.R.C Comercializadora de Servicios y Suministros, mediante cuenta de cobro No.5862 del 30 de diciembre de 1997, a título de anticipo en cuantía de $69.775.460.00, de cuyo valor sólo se ejecutó la suma de $32.701.865.00, para este efecto se tomará como base el interés bancario, el valor aproximado por este concepto al momento de presentación de esta demanda lo establezco en la suma de Doscientos Cincuenta millones de pesos Mcte $250.000.000.00.*

*4.2. DAÑOS MORALES OBJETIVOS: Que se califican como consecuencia del detrimento de la imagen institucional al no haberse optimizado la prestación del servicio como finalidad al contratar con la firma demandada, el valor aproximado por este concepto lo asumo por el valor de mil gramos oro o su equivalente en dinero en efectivo en el momento en que su despacho condene y ordene el respectivo pago.*

*4.3. PERJUICIOS MORALES SUBJETIVOS: Los que se determinen en la sentencia previa valoración pertinente.*

*Los anteriores valores serán actualizados de conformidad con lo preceptuado 1613 a 1617 del C.C. y 178, 179 del C.C.A., hasta la fecha de la ejecutoria de la sentencia y los valores así resultantes devengaran los intereses que dispone la misma norma a partir de la ejecutoria de la sentencia, corrientes los seis primeros y moratorios después y hasta que se haga efectivo el pago.*

*5. Que se condene en costas a la parte demandada M.R.C Comercializadora de Servicios y Suministros”.*

**2. Hechos.**

En su escrito de demanda la parte actora narró, en síntesis, los siguientes hechos:

**2.1.** El día 24 de diciembre de 1997, entre el SENA y MRC Comercializadora de Servicios y Suministros se celebró el contrato No. 0028, cuyo objeto consistió en realizar “*el cableado estructurado subsistema horizontal y vertical, sistema eléctrico de la red de computadores y suministro e instalación de un sistema ininterrumpido de potencia de TRES (3) U.P.S. dos (2) con 10 KVA y una (1) con 20 KVA, destino al Centro de Servicios Administrativos ubicado en la Av. Caracas No. 13-88 del SENA Regional Bogotá Cundinamarca”.* Se estableció como precio la suma de ciento cuarenta y nueve millones setecientos setenta y siete mil doscientos cinco pesos ($149’777.205).

**2.2.** Se acordó un plazo de ejecución de la obra de noventa (90) días calendario contados a partir de la fecha de la firma del acta de iniciación de obra, lo cual ocurrió el 30 de enero de 1998.

**2.3.** Señaló la demanda que el 28 de enero de 1998 se le canceló al contratista por concepto de anticipo la suma de sesenta y nueve millones setecientos setenta y cinco mil cuatrocientos sesenta pesos ($69’775.460).

**2.4.** Manifestó que el contrato en mención fue prorrogado por treinta y cinco (35) días, no obstante, lo cual, el contratista no cumplió con el objeto contractual.

**2.5.** Aseguró que el contratista en comunicaciones enviadas al interventor del contrato había reconocido su incumplimiento.

**2.6.** Indicó el demandante que mediante oficio dirigido al contratista, el *“Jefe de Servicios Generales y Construcciones*” del SENA le informó que esa División *“se veía en la obligación de hacer efectivas las pólizas del contrato* *y le cit[ó] las cláusulas contractuales de multas, penal pecuniaria y caducidad administrativa”.*

**2.7.** Añadió que el 23 de noviembre de 1998, el Jefe de la Oficina Jurídica del Sena le comunicó al Subdirector Administrativo y Financiero de esa Entidad acerca de la terminación del contrato No. 0028.

**2.8.** Indicó en la demanda que el 16 de diciembre de 1998 las partes y el interventor de la obra, entre otros, suscribieron el *“Acta de Constancia de Obra”,* en la cual se señaló que *“el porcentaje ejecutado del objeto contractual es del 23% del anticipo entregado de $69.775.460.00 y equivale a $32.701.865.00 pesos, con saldo a favor del SENA por la suma de $37.073.595.00”.*

**2.9.** Manifestó, finalmente, que el contratista no cumplió con el objeto pactado en el contrato No. 028. Así mismo, señaló que en el caso expuesto el contratista no invirtió en la ejecución de la obra la totalidad del dinero que le fue cancelado por concepto de anticipo.

**3. El trámite de la primera instancia.**

La demanda presentada el 20 de septiembre de 1999[[2]](#footnote-2), fue admitida mediante auto del 14 de octubre de 1999[[3]](#footnote-3), en el que, adicionalmente, se ordenó vincular al proceso a la Compañía Aseguradora Colseguros, decisión que fue notificada en legal forma al Ministerio Público el 28 de octubre de 1999[[4]](#footnote-4) y a Colseguros el 21 de marzo de 2003[[5]](#footnote-5).

Respecto de la parte demandada y con el fin de notificarla del auto señalado, se fijaron dos edictos emplazando “*al representante legal de M.R.C Comercializadora de Servicios y Suministros”[[6]](#footnote-6)* y,una vez surtido el emplazamiento en mención*, “sin que el representante legal de la sociedad… h[ubiese] comparecido a notificarse*”[[7]](#footnote-7), el Tribunal *a quo* designó curador ad-litem, con quien se surtió la notificación del auto admisorio de la demanda el 19 de enero de 2004[[8]](#footnote-8).

**4. Contestación de la demanda.**

**4.1.** El curador ad-litem de MRC Comercializadora de Servicios y Suministros contestó el libelo introductorio para oponerse a la prosperidad de las pretensiones[[9]](#footnote-9).

Propuso como excepción la *“INSUFICIENCIA DE DOCUMENTO PARA DEMANDAR*” y afirmó al respecto que el demandante únicamente aportó al proceso el contrato No. 0028, echándose de menos la propuesta presentada por el contratista en el proceso de selección, circunstancia que impedía al Juez tener los suficientes elementos de juicio para emitir un pronunciamiento de fondo en el caso que se examina.

Sostuvo, además, que *“la propuesta presentada por el contratista hace parte integral del documento suscrito [contrato No. 0028]”,* de ahí que para adelantar la acción aquí pretendida resultaba forzoso aportar dicho documento junto con la demanda.

**4.2.** Por su parte, la Compañía Aseguradora Colseguros se pronunció para oponerse a la totalidad de las pretensiones de la demanda[[10]](#footnote-10).

Propuso como excepción la “*prescripción ordinaria de las acciones derivadas del contrato de seguro”.* En cuanto a la excepción planteada indicó que no resultaba posible pretender el cobro de la garantía de cumplimiento No. 6673 que amparaba el contrato No. 0028, toda vez que en el presente asunto operó la prescripción ordinaria derivada del contrato de seguro.

Manifestó que en todo caso y de arribar a la conclusión de que la Aseguradora debía pagar la contratante por la garantía expedida en virtud del contrato en mención, a ésta únicamente le correspondería cancelar el valor indicado en la póliza.

**5. Los alegatos de conclusión.**

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, mediante auto del 18 de marzo de 2004, abrió el proceso a pruebas[[11]](#footnote-11) y, a través de la providencia del 23 de junio de 2005, se dispuso correr traslado para alegar de conclusión[[12]](#footnote-12), oportunidad procesal en la que se pronunciaron el demandante y la Compañía Aseguradora Colseguros para reiterar los argumentos expuestos en la demanda y en la contestación, respectivamente[[13]](#footnote-13).

El Ministerio Público y MRC Comercializadora de Servicios y Suministros guardaron silencio.

**6. La sentencia de primera instancia**

Como se expuso al inicio de esta providencia, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, mediante sentencia proferida el 22 de agosto de 2007, resolvió declarar probada de oficio *“la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda por inexistencia del demandado*”[[14]](#footnote-14).

Para llegar a esa conclusión expresó que la Compañía Aseguradora Colseguros no se encontraba legitimada en la causa por pasiva, en tanto que no existía relación jurídica alguna *“única e inescindible entre el contratista demandado y la mencionada aseguradora”* y, en consecuencia, no eracierto que en este caso se estuviera en presencia de un litisconsorcio necesario*.*

De otra parte señaló que en el asunto que se examina “*en el libelo se vinculó como parte demandada a M.R.C Comercializadora de Servicios y Suministros, bajo la consideración de que dicha firma era un persona jurídica titular de derechos y obligaciones”*.

Manifestó, además, que el Tribunal *a quo* admitió la demanda en mención y ante la imposibilidad de notificar personalmente a la demandada, ordenó su emplazamiento y finalmente designó curador ad-litem para que asumiera su defensa.

Sostuvo que una vez revisado el certificado de existencia y representación de la demandada - MRC Comercializadora de Servicios y Suministros – el Tribunal *a quo* se percató que ésta tiene naturaleza de un establecimiento de comercio, razón por la cual no goza de personería jurídica.

En ese orden de ideas, indicó que *“teniendo en cuenta que el establecimiento de comercio no constituye una persona jurídica distinta a su propietario, la demanda siempre deberá dirigirse contra éste sea persona natural o jurídica”.*

Así las cosas, concluyó que, comoquiera que en el asunto de la referencia la demanda no se dirigió en contra de la propietaria del establecimiento de comercio ni se la vinculó al proceso, la Sala declarará de oficio la ineptitud sustantiva de la demanda, en tanto que la parte demandada carecía de capacidad procesal para ser parte en el proceso de la referencia.

**7. El recurso de apelación**

De manera oportuna[[15]](#footnote-15), la parte demandante interpuso recurso de apelación en contra de la providencia de primera instancia, como fundamento de su inconformidad señaló que el Tribunal *a quo* “*admitió la demanda sin reparar lo que ahora observa en la sentencia inhibitoria: que MRC no es una persona jurídica sino un establecimiento de comercio”.*  Sostuvo que si bien es cierto que la parte actora “*incurrió en un error al identificar la parte demandada, no es menos cierto, que el Juez al admitir la demanda coadyuvo (sic) el error y durante todo el proceso no ejerció ninguna de sus facultades legales para evitar llegar a un fallo inhibitorio”.*

Manifestó que se realizaron todos los intentos posibles para notificar personalmente a la señora Gabby Marcela Rodríguez Cortés en su “*supuesta condición de representante legal de la firma M.R.C. Comercializadora de Servicios y Suministros*” sin que se hubiese logrado el cometido, de ahí que finalmente se hubiera debido designar un curador ad-litem para que defendiera los intereses de la demandada.

En ese contexto afirmó que no había lugar a proferir un fallo inhibitorio, por cuanto no es cierto que se hubiese demandado a “*una persona inexistente*”, puesto que “*la señora GABBY MARCELA RODRIGUEZ es la misma persona que se trató de vincular al proceso, como representante legal de M.R.C., y que ahora la sentencia considera se debió vincular no como representante legal de M.R.C., sino como dueña del establecimiento de comercio…”.*

Por último, citó un pronunciamiento de la Corte Constitucional relacionado con el derecho que tienen las personas de acceder a la administración de justicia y la labor que tiene el Juez tendiente a evitar decisiones inhibitorias.

**8. El trámite de segunda instancia**

El recurso presentado dentro del término legal dispuesto para ello, fue admitido por auto del 28 de marzo de 2008[[16]](#footnote-16) y mediante proveído del 14 de mayo del 2008[[17]](#footnote-17) se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que, si lo consideraba pertinente, rindiera concepto de fondo, oportunidad procesal en la que se pronunció la parte actora para reiterar lo expuesto en el recurso de apelación y agregar que en este caso el hecho de que se hubiese demandado “*a una persona jurídica, cuando debió demandarse a la propietaria del establecimiento de comercio”,* no daba lugar a un fallo inhibitorio, por cuanto “*en la práctica la representante legal de la supuesta persona jurídica es la misma dueña del establecimiento de comercio”*[[18]](#footnote-18).

La parte demandada y el Ministerio Público guardaron silencio.

La Sala, al no encontrar causal de nulidad alguna que pudiera invalidar lo actuado, procede a resolver de fondo el asunto.

**II.- CONSIDERACIONES**

Para efectos de exponer las razones que sustentan la decisión, se abordará el estudio de los siguientes aspectos: 1) competencia y 2) la capacidad de las partes.

**1. Competencia**

La Sala es competente para conocer del presente asunto, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante el 31 de agosto de 2007 en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, el 22 de Agosto de 2007, en proceso con vocación de doble instancia ante esta Corporación, toda vez que la pretensión mayor que se estimó en la demanda supera el valor 500 salarios mínimos legales mensuales a los que se refiere la Ley 446 de 1998.

Al respecto, resulta pertinente señalar que si bien cuando se interpuso la demanda - 20 de septiembre de 1999 - la competencia del proceso debía establecerse según la regla de determinación de cuantía prevista en el Decreto 597 de 1988, lo cierto es que a la fecha de interposición del recurso de apelación - 29 de agosto de 2007 - ya se encontraba vigente la Ley 446 de 1998, norma que modificó las reglas de competencia para la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y que, además, previó que en materia de recursos se debía aplicar la ley vigente al momento de su interposición[[19]](#footnote-19), lo cual, de conformidad con lo expresado de manera pacífica por la Sección Tercera de esta Corporación, constituye una excepción al principio legal de la *perpetuatio jurisdictionis*.

Sobre ese particular, la Sección Tercera de esta Corporación ha señalado que la jurisdicción y competencia del juez se determinan con base en la situación de hecho existente en el tiempo de la demanda; no obstante lo cual, también ha dicho que ese precepto no es absoluto cuando de aplicar leyes procesales nuevas se trata[[20]](#footnote-20). Así lo ha expresado:

“*Y aunque la perpetuatio jurisdiciotionis, principio legal, tiene como regla la inmodificabilidad de ‘ciertos derechos de las partes, como los relativos a la competencia del juez que ha de decidir la litis, a que el proceso se desarrolle conforme a la ordenación ritual y a que no se alteren las actuaciones fundamentales del mismo’[[21]](#footnote-21) y se determina al momento de la interposición de la demanda (art. 21 del C. P. C), el mismo legislador puede excepcionar la regla que es, de naturaleza procesal y de aplicación inmediata. Por ello la doctrina ha dicho, en palabras del Profesor Devis Echandía quien citó a Chiovenda, que ‘La perpetuatio jurisdictionis no existe frente a las nuevas leyes procesales, y sólo se aplica para las circunstancias de hecho que determinan la competencia en relación con estos factores: valor, territorio, domicilio y calidad de las partes. Si la nueva ley cambia la competencia o la rama jurisdiccional que debe conocer del proceso, tiene aplicación a los procesos en curso’[[22]](#footnote-22)*”[[23]](#footnote-23)

Así las cosas, dado que, como ya se anticipó, el recurso de apelación se interpuso en vigencia de la Ley 446 de 1998, esta es la norma que debe tenerse en cuenta para determinar la competencia de esta Corporación para resolver en segunda instancia el presente proceso, norma que en el numeral 5º del artículo 40 fijó en cabeza de los Tribunales Administrativos el conocimiento, en primera instancia, de los asuntos referentes a contratos de las entidades estatales cuando su cuantía exceda a 500 salarios mínimos legales mensuales, a la vez que determinó, en cabeza del Consejo de Estado, la competencia para conocer en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los Tribunales Administrativos - artículo 37 de la Ley 446 de 1998 -.

De acuerdo con lo anterior y siguiendo la pauta adoptada por esta Sección desde el año 2006 con fundamento en el artículo 20 del Código de Procedimiento Civil[[24]](#footnote-24), el salario mínimo que debe aplicarse para establecer la cuantía de la demanda, es el vigente a la fecha de su presentación, en este caso, $236.460, valor que multiplicado por 500 asciende a la suma de $118’230.000, y como quiera que la pretensión mayor de la demanda se estimó en $250’000.000, forzoso es concluir que la Corporación es competente para conocer el proceso en segunda instancia.

**2. Inexistencia de la parte demandada – MRC Comercializadora de Servicios y Suministros -.**

En cuanto a la capacidad para ser parte de uno de los extremos de la litis, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha expresado lo siguiente:

*“La doctrina[[25]](#footnote-25) y la jurisprudencia[[26]](#footnote-26) han coincidido en señalar que la capacidad para ser parte es la aptitud legal que se tiene para ser sujeto de la relación jurídico – procesal, es la capacidad que tiene la persona para ser titular de derechos y obligaciones procesales, para realizar directamente o por intermedio de sus representantes actos procesales válidos y eficaces, así como para asumir las cargas y responsabilidades que se desprendan del proceso.*

*El artículo 44 del C. de P.C., dispone que toda persona natural o jurídica puede ser parte en un proceso y que tienen la capacidad para comparecer por sí mismas las personas que pueden disponer de sus derechos; las demás deben comparecer por medio de sus representantes o debidamente autorizados por éstos con sujeción a las normas sustanciales.*

*(…)”[[27]](#footnote-27).*

Así pues, la capacidad para ser parte se refiere a la posibilidad de ser sujeto de la relación jurídico-procesal, esto es, constituir uno de los dos extremos de la litis, como, demandante o demandado.

Este presupuesto procesal, consistente en la capacidad para ser parte, tradicionalmente se ha examinado bajo la denominación de *inexistencia* de alguna de las partes y su formulación apunta a que la decisión definitiva del litigio se adopte respecto de sujetos de derecho, vale decir que quienes obren como parte en el proceso deben tener, en línea de principio, la condición de personas, naturales o jurídicas, comoquiera que *“bien puede ocurrir que una parte tenga aparentemente carácter de sujeto de derecho, cuando en realidad no es así, como sucedería, por ejemplo, cuando se demanda por cuenta de una sociedad anónima que no se ha constituido o que se disolvió y se liquidó”*[[28]](#footnote-28). Esta es la razón por la cual se ha afirmado que:

*“[E]ste caso, no previsto como causal de nulidad pero sí como causal de excepción previa (art. 97, num. 4°) con la denominación de inexistencia, es tal vez, el único que justificaría la posibilidad del fallo inhibitorio, aún cuando hubiera sido mejor establecer una causal de no procedibilidad dentro del proceso civil, por la cual, en cualquier estado del proceso en que estuviera acreditada dicha circunstancia, el juez ordene terminar toda la actuación mediante un auto.*

 *(…)*

*3. Sólo se justifica dictar fallo inhibitorio en caso de que una parte no sea sujeto de derecho, circunstancia en la práctica inexistente, aún cuando mucho mejor hubiera sido regular la situación como causa de no procedibilidad en el proceso civil, a fin de eliminar la sentencia inhibitoria”[[29]](#footnote-29).*

En este sentido se ha pronunciado la Sección Tercera del Consejo de Estado en los siguientes términos:

*“Definida así la naturaleza del convenio que permite calificarlo como de derecho común, la solución de los conflictos que se originan en este tipo de contratos está radicada, según el texto legal citado anteriormente, en la jurisdicción ordinaria que, por mandato legal, es la competente para ello.*

*2. Para el a quo, la decisión es inhibitoria, apreciación que no comparte la Sala, porque esta clase de fallos se presentan cuando en el proceso faltan los presupuestos referidos a la capacidad para ser parte y a la demanda en forma. Los otros aspectos, por tipificar causales de nulidad, conducen a la invalidación de la actuación.*

*(…)”[[30]](#footnote-30).*

Dicho lo anterior, a continuación procede la Sala a examinar si en el caso de la referencia se encuentra, o no, acreditado en el expediente la existencia de la señalada – en el libelo introductorio - persona jurídica demandada.

En el presente asunto se tiene que la demanda se dirigió en contra de MRC Comercializadora de Servicios y Suministros en el entendido de su supuesta condición de persona jurídica; prueba de ello es que las pretensiones de i) incumplimiento, ii) restitución de unas sumas de dinero y iii) condena en costas, entre otras, se formularon en contra de MRC Comercializadora de Servicios y Suministros. A continuación se transcriben algunos apartes de las suplicas de la demanda que evidencian lo antes dicho:

*“1- Que se declare el incumplimiento del contrato 0028 del 24 de diciembre de 1997 por parte del contratista M.R.C. COMERCIALIZADORA DE SERVICIOS Y SUMINISTROS con NIT 51.976.405, representada legalmente por GABBY MARCELA RODRIGUEZ…*

*(…)*

*3. Que se condene y ordene restituir a la firma contratista M.R.C Comercializadora de Servicios y Suministros, las sumas de dinero recibidas por concepto de la ejecución del objeto contractual...*

*4. Que se condene y ordene pagar al contratista M.R.C Comercializadora de Servicios y Suministros y a favor de la entidad demandante SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE SENA REGIONAL BOGOTA Y CUNDINAMARCA, los daños materiales (daño emergente y lucro cesante) y perjuicios morales ocasionados con el incumplimiento contractual así:*

*(...)*

*5. Que se condene en costas a la parte demandada M.R.C Comercializadora de Servicios y Suministros”.*

Así mismo, encuentra la Sala que en el inciso final del acápite de la demanda denominado “*NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACION*” se dijo textualmente que el SENA *“se v[eía] precisada a incoar acción contractual contra la firma M.R.C COMERCIALIZADORA DE SERVICIOS Y SUMINISTROS”.*

Se observa también que el Tribunal *a quo* mediante auto del 14 de octubre de 1999 admitió la demanda presentada por el SENA “*contra M.R.C. Comercializadora de Servicios y Suministros”* y ordenó “*notificar personalmente al representante legal de M.R.C. Comercializadora de Servicios y Suministros la admisión de este auto”*, circunstancia ésta que refleja que la demanda no sólo iba dirigida en contra de MRC Comercializadora de Servicios y Suministros en su supuesta condición de persona jurídica, sino que, además, el Tribunal la admitió en esos términos*.*

Ahora, revisado el certificado de existencia y representación legal de MRC Comercializadora de Servicios y Suministros expedido el 30 de agosto de 2005[[31]](#footnote-31), encuentra la Sala que, en efecto, tal y como lo puso de presente el a quo, éste goza de la naturaleza de establecimiento de comercio cuya propietaria es la señora Gabby Marcela Rodríguez Cortés.

El establecimiento de comercio conforme el artículo 515 del Código de Comercio se define como "*un conjunto de bienes organizados por el empresario para realizar los fines de la empresa"*, el cual, tal como se ha dicho en reiteradas oportunidades[[32]](#footnote-32), carece de personería jurídica y, por consiguiente, no es titular de derechos ni obligaciones procesales, de ahí que es la persona natural o jurídica propietaria del bien quien tendrá capacidad para comparecer al proceso y contra quien debe dirigirse la demanda.

Resulta en consecuencia, que la existencia de la supuesta persona jurídica - *a la que alude la demanda -* no se encuentra acreditada en el *sub-judice*, en tanto, que el demandado es un establecimiento de comercio, el cual, tal como se indicó anteriormente, no goza de personería jurídica, no es un sujeto de derecho, circunstancia que impone a la Sala confirmar el fallo recurrido.

Por último, la Sala se referirá al argumento expuesto por el recurrente consistente en que no había lugar a proferir un *“fallo inhibitorio*”, toda vez que no es cierto que se hubiese demandado a “*una persona inexistente*”, puesto que “*la señora GABBY MARCELA RODRIGUEZ es la misma persona que se trató de vincular al proceso, como representante legal de M.R.C., y que ahora la sentencia considera se debió vincular no como representante legal de M.R.C., sino como dueña del establecimiento de comercio…”.*

Respecto a este punto en concreto encuentra la Sala que en el trámite procesal que se surtió en primera instancia*,* mediante auto del 14 de octubre de 1999 el Tribunal *a quo* admitió la demanda señalada y ordenó *“notificar personalmente al representante legal de MRC Comercializadora de Servicios y Suministros*” del contenido de dicho proveído.

Se observa también en el expediente que mediante edictos fijados en la Secretaría el Tribunal se emplazó al *“REPRESENTANTE LEGAL DE M.R.C. COMERCIALIZADORA DE SERVICIOS Y SUMINISTROS”* para que se notificara del auto admisorio de la demanda[[33]](#footnote-33).

De igual manera, se tiene que debido a que no se pudo realizar la notificación personal del auto admisorio de la demanda al supuesto representante legal, mediante auto del 20 de noviembre de 2003 se procedió a designar curador ad-litem con el fin de que defendiera los intereses de la parte demandada.

Así pues, viene a resultar que en este caso no existe prueba de haberse intentado la notificación del auto admisorio de la demanda a la propietaria del establecimiento en mención, toda vez que en el señalado auto y en los edictos emplazatorios se ordenó – textualmente - notificar “*al representante legal de MRC Comercializadora de Servicios y Suministros”,* sin que se hubiese señalado expresamente quién ostentaba esa calidad, y no podía haber sido distinto en tanto que MRC Comercializadora de Servicios y Suministros no era una persona jurídica y, en consecuencia, no existía – en ese caso - la figura de un representante legal que pudiera actuar en su nombre.

En ese orden de ideas, y a diferencia de lo dicho por el apelante, no es cierto que en el asunto que se examina se hubiese vinculado al proceso a la propietaria del establecimiento de comercio, puesto que la notificación se intentó respecto de un supuesto representante legal de una persona jurídica y, en el presente caso, tal como se indicó, MRC Comercializadora de Servicios y Suministros tiene naturaleza diferente, es decir se encuentra constituida como un establecimiento de comercio, el cual carece de personería jurídica.

Así las cosas, concluye la Sala que en el presente asunto el extremo pasivo de la litis es inexistente, en tanto que no se encuentra acreditado en el proceso la existencia de la supuesta persona jurídica contra quien se dirigió la demanda y tampoco es cierto que se hubiese vinculado al proceso - en calidad de parte demandada - a la propietaria del citado establecimiento de comercio.

En ese sentido, acertó el Tribunal *a quo* al señalar que se configuró la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda, puesto que no se cumplieron todos los presupuestos procesales exigidos para la presentación de la misma, en tanto que - se reitera - la parte demandada es inexistente.

Finalmente, la Sala modificará la decisión tomada en la sentencia de primera instancia, por cuanto, la imposibilidad de pronunciarse de fondo – por la ineptitud sustantiva de la demanda - conlleva un fallo inhibitorio y, no como lo entendió el Tribunal en mención, la negativa de las pretensiones.

**3. Condena en costas.**

Finalmente, toda vez que para el momento en que se profiere este fallo, el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes haya actuado temerariamente y, en el *sub lite*, debido a que ninguna procedió de esa forma, no habrá lugar a imponerlas.

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

**FALLA**

**PRIMERO.- MODIFICAR** la sentenciaproferida el 22 de agosto de 2007 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, y en su lugar, se dispone:

*“****DECLARAR*** *probada de oficio la excepción de inepta demanda y, en consecuencia,* ***INHIBIRSE*** *para proferir un fallo de fondo”.*

**SEGUNDO.-** Sin condena en costas.

**TERCERO.-** En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

**COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE**

**HERNAN ANDRADE RINCON**

 **CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA MARTA NUBIA VELASQUEZ RICO**

1. Folios 5 al 22 del cuaderno No. 1. [↑](#footnote-ref-1)
2. Folios 5 al 22 del cuaderno No.1. [↑](#footnote-ref-2)
3. Folio 25 del cuaderno No.1. [↑](#footnote-ref-3)
4. Anverso del folio 25 del cuaderno No. 1. [↑](#footnote-ref-4)
5. Folio 55 del cuaderno No. 1. [↑](#footnote-ref-5)
6. Folio 32 y 41 del cuaderno No. 1. [↑](#footnote-ref-6)
7. Proveído del 20 de noviembre de 2003 proferido por el Tribunal *a quo.* [↑](#footnote-ref-7)
8. Folio 78 y 82 del cuaderno No. 1. [↑](#footnote-ref-8)
9. Folios 83 y 84 del cuaderno No. 1. [↑](#footnote-ref-9)
10. Folios 85 al 96 del cuaderno No. 1. [↑](#footnote-ref-10)
11. Folio 100 del cuaderno No. 1. [↑](#footnote-ref-11)
12. Folio 135 del cuaderno No. 1. [↑](#footnote-ref-12)
13. Folios 136 al 146 del cuaderno No. 1. [↑](#footnote-ref-13)
14. Folios 199 al 207 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-14)
15. Recurso presentado el 31 de agosto de 2007 y sustentado el 14 de marzo de 2008 - Fls. 209; 216 al 222 del cuaderno principal -. [↑](#footnote-ref-15)
16. Folios 224 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-16)
17. Folio 226 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-17)
18. Folios 227 al 234 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-18)
19. “ARTÍCULO 164. VIGENCIA EN MATERIA CONTENCIOSO - ADMINISTRATIVA. En los procesos iniciados ante la jurisdicción contencioso administrativa, **los recursos interpuestos,** la práctica de pruebas decretadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso, y las notificaciones y citaciones que se estén surtiendo, **se regirán por la ley vigente cuando se INTERPUSO EL RECURSO,** se decretaron las pruebas, empezó a correr el término, se promovió el incidente o principio a surtirse la notificación”. (Destacado y mayúsculas por fuera del texto original). [↑](#footnote-ref-19)
20. Tomado de: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Providencia del 2 de marzo de 2006, proferida dentro del proceso radicado bajo el número interno 31945. [↑](#footnote-ref-20)
21. *Hernando Morales Molina. Derecho Procesal Civil. Pág. 206 Editorial A B C.*  [↑](#footnote-ref-21)
22. *Hernando Devis Echandía .Compendio de Derecho Procesal Tomo I . Pág. 136. Biblioteca Jurídica Dike. Duodécima Edición.* [↑](#footnote-ref-22)
23. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Providencia del 2 de marzo de 2006, proferida dentro del proceso radicado bajo el número interno 32309). [↑](#footnote-ref-23)
24. Al respecto ver, entre otras, las siguientes providencias: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera: providencia del 2 de marzo de 2006, expediente 31487; providencia del 2 de marzo de 2006, expediente 31945; providencia del 4 de junio de 2006, expediente 32309; providencia del 24 de mayo de 2006, expediente 31998. [↑](#footnote-ref-24)
25. Nota original de la sentencia citada: Para el tratadista Hernando Devis Echandía en su libro Compendio de Derecho Procesal, Teoría General del Proceso" Tomo I,, “la capacidad para ser parte en un proceso, significa ser sujeto de la relación jurídica procesal, es decir, actuar como demandante, demandado, sindicado, interviniente, etc.. En consecuencia, toda persona natural o jurídica puede ser parte en un proceso, artículo 44 del C. de P.C.”. En el sentido ver: GUASP, Jaime, Derecho Procesal Civil, Tomo I. Instituto de Estudios Políticos de Madrid, impreso por Gráficas Hergon. [↑](#footnote-ref-25)
26. Nota original de la sentencia citada: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto del 12 de agosto de 2003; Radicación número: 11001-03-15-000-2003-00330-01(S-330). [↑](#footnote-ref-26)
27. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 25 de marzo de 2010; Consejera ponente: Myriam Guerrero de Escobar; Radicación número: 25000-23-26-000-1999-02563-02(36489); Actor: Contraloría Distrital de Bogotá. Demandado: Carlos Ariel Sánchez Torres. [↑](#footnote-ref-27)
28. LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio, *Procedimiento Civil,* cit., pp. 963-967. Cita tomada de la sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera – Sala Plena. Rad. No. 19933. [↑](#footnote-ref-28)
29. *Idem*. [↑](#footnote-ref-29)
30. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 7 de marzo de 1985; Consejero ponente: Julio César Uribe Acosta; Radicado número: 3923; Actor: Tipografía Gutemberg; Demandado: Municipio de Neiva. [↑](#footnote-ref-30)
31. Obra a folio 156 del cuaderno número 1. [↑](#footnote-ref-31)
32. Sentencia del 16 de mayo de 2001 proferida por la Corte Suprema de Justicia. Exp. No. 5708. [↑](#footnote-ref-32)
33. Folios Nos. 32 y 41del cuaderno No. 1. [↑](#footnote-ref-33)