

CONSORCIO – Noción – Ley 80 de 1993 – Individualidad jurídica

El consorcio es una figura propia del derecho privado, utilizado ordinariamente como un instrumento de cooperación entre empresas, cuando requieren asumir una tarea económica particularmente importante, que les permita distribuirse de algún modo los riesgos que pueda implicar la actividad que se acomete, aunar recursos financieros y tecnológicos, y mejorar la disponibilidad de equipos, según el caso, pero conservando los consorciados su independencia jurídica.[...] que según la ley, 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

UNIÓN TEMPORAL – Adjudicación, celebración y ejecución de los contratos – Capacidad

En virtud del artículo 6 de la ley 80, las uniones temporales al igual que los consorcios, pueden celebrar contratos con las entidades estatales. Esto significa que, por disposición legal, dicha figura puede participar en la adjudicación, celebración y ejecución de los contratos, pero no implica, y así lo ha precisado la jurisprudencia en diferentes oportunidades, que tenga capacidad para participar en un proceso judicial. Dicha calidad se encuentra en cabeza de las personas naturales o jurídicas que la han integrado para celebrar un contrato con el Estado, conforme al artículo 44 del Código de Procedimiento Civil.

LITISCONSORCIO – Litisconsorcio necesario – Entidad contratante

¿Cuándo se entiende configurada la relación jurídica sustancial entre el consorcio y la entidad contratante, que obligue a conformar un litisconsorcio necesario y de esta manera se integre el contradictorio?, como respuesta se dijo lo siguiente: Ahora bien, cuando se presenta la propuesta y esta no resulta seleccionada, no surgen las referidas obligaciones y el consorcio pierde vigencia.

En consecuencia, la no adjudicación impide la constitución de la relación jurídico sustancial con la entidad y el nacimiento de obligaciones a cargo de los miembros del consorcio, máxime cuando la ley considera que la propuesta es presentada en forma conjunta por los sujetos consorciados, que escogieron esa figura negocial para participar en el procedimiento licitatorio o concursal. «De esta forma extrayendo el criterio de la anterior jurisprudencia, obviamente traída a la relación entre los miembros del consorcio o unión temporal, afirma la Sala que, en el caso de los consorcios o uniones temporales no seleccionados y si estos consideran que existen méritos suficientes para interponer una demanda, cualquiera de las partes que integraban el mismo podrá ejercer su derecho de acción de manera independiente, ya que en ningún caso nació la relación jurídica sustancial que los obligue a actuar en calidad de litisconsortes necesarios. Agréguese a lo anterior, que en este tipo de negocio jurídico de celebración están sujetos a una condición resolutoria, en el entendido en que se resuelve el vínculo entre los consorciados y los miembros de la unión temporal cuando no se adjudica el contrato, materia u objeto del proceso de selección al cual se presentan bajo esta modalidad. Adicional a esto, la Sala considera que el derecho en litigio en esta situación [utilidad esperada], es un derecho subjetivo, propio e individual a cada una de las partes del consorcio o unión temporal, determinada por el porcentaje o las actividades que desarrollaría en la ejecución del contrato, elemento perfectamente divisible».

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de septiembre de dos mil trece (2013)

Radicación número: 25000-23-26-000-1997-03928-01(20529)

Actor: CONSORCIO VIANCHA MENDEZ

Demandado: FONDO DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD DE BOGOTÁ

Referencia: APELACIÓN SENTENCIA - ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Procede la Sala a **reiterar** su Jurisprudencia unificada en punto a la capacidad de los consorcios y de las uniones temporales para comparecer como parte en los procesos judiciales en los cuales se debaten asuntos relacionados con los derechos o intereses de los que son titulares o que discuten o que de alguna otra manera les conciernen bien en su condición de contratistas de las entidades estatales o bien como participantes en los correspondientes procedimientos de selección contractual, para cuyo propósito se avoca el conocimiento del presente litigio en segunda instancia con ocasión del recurso de apelación interpuesto por el Consorcio VIANCHA-MÉNDEZ contra la sentencia de 15 de marzo de 2001, dictada por la Sala de Decisión, Sección Tercera, del Tribunal Administrativo de Descongestión de Bogotá, mediante la cual se dispuso:

*“**Decláranse** infundadas las objeciones por error grave al dictamen pericial.*

***Deniégnase** las pretensiones de la demanda.*

***Devuélvase** el expediente al Tribunal de origen (Ac. 810/2000 C.S. de la J).”*

I. ANTECEDENTES

1.- La demanda.

El día 30 de abril de 1997, el señor JOSÉ GERMÁN VIANCHA GUTIÉRREZ, por intermedio de apoderado, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, formuló demanda con el fin de obtener las siguientes declaraciones y condenas (folios 2 a 16 cuaderno 1):

*“**PRIMERO.-** Que es nula la Resolución No. 124 FVS/96 de diciembre 31 de 1.996 por la cual se adjudica la licitación pública No. 012 FVS/96, acto expedido por el*

FONDO DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD DE SANTAFE DE BOGOTÁ DISTRITO CAPITAL y mediante el cual se adjudicó la mencionada licitación al CONSORCIO S.L. (oferta o proponente No. 1) cuyo objeto es contratar la terminación de la construcción del edificio de la Estación de policía de la localidad de Bosa, "por recibir el mayor puntaje dentro de las evaluaciones realizadas".

SEGUNDO.- Que como consecuencia de la nulidad declarada del acto administrativo de adjudicación, separable del contrato, se condene al FONDO DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD DE SANTAFE DE BOGOTÁ DISTRITO CAPITAL, a reparar el daño material como indemnización a título de **RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**, por el lucro cesante causado al CONSORCIO VIANCHA Y MENDEZ, quien debió ser declarado adjudicatario, pero que por haber sido calificado equivocadamente tal como se enunciará en el capítulo hechos y omisiones fundamento de la acción, y por lo tanto proponente de mejor derecho, para lo cual pido se le reconozca por este concepto la suma de \$173'493.768.42 que corresponde al AIU del 25,28% sobre el valor del costo directo de la obra propuesto en la oferta de mi mandante que fue por un total de \$864'153.674.66, obra que debería ejecutarse dentro del término previsto en la licitación No. 012 FVS/96 del Fondo de Vigilancia y Seguridad de Santafé de Bogotá D.C.

TERCERO.- Que como consecuencia de la nulidad del acto administrativo antes citado, se condene al FONDO DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD DE SANTAFE DE BOGOTA DISTRITO CAPITAL a reparar el daño material causado a mi representado a título de restablecimiento del derecho en las sumas de \$1'104.400.00, resultantes de los siguientes conceptos: El Fondo de Vigilancia y Seguridad por el derecho a participar en la licitación pública cobró por el pliego de condiciones la suma de \$1'000.000.00 y por la póliza de garantía de seriedad de la oferta se pagó la suma de \$104.400.00.

CUARTO.- Que las anteriores condenas a las que hacen referencia los numerales 2 y 3 sean monetariamente ajustadas (indexación) conforme lo ordena el art. 178 del C.C.A., debiendo hacer la liquidación con base en el índice de precios al consumidor o al por mayor, según lo certifique el DANE, desde la fecha de causación del AIU de mi poderdante, esto es al día siguiente de cumplidos los 150 días calendario (fecha de terminación de la obra según oferta del CONSORCIO VIANCHA MENDEZ) contados de la fecha de la firma del acta de iniciación de la obra hasta cuando se profiera la sentencia de mérito de primera instancia.

QUINTO.- EL FONDO DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD DE SANTANFE DE BOGOTÁ D.C. dará cumplimiento a la sentencia que ponga fin a este proceso en los términos de los arts. 176, 177 y 178 del C.C.A."

2.- Los hechos.

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

- El fondo de Vigilancia y Seguridad de Santafé de Bogotá D.C., adelantó la Licitación Pública No. 012 FVS/96, cuyo objeto era contratar la terminación de la construcción del edificio de la Estación de Policía de la localidad de Bosa.

- Al proceso de selección se presentaron las siguientes empresas: CONSORCIO VIANCHA MÉNDEZ y CONSORCIO S.L.
- El Comité de evaluación, luego del estudio de las propuestas, determinó el siguiente orden de elegibilidad: 1. CONSORCIO S.L.; y 2. CONSORCIO VIANCHA MÉNDEZ.
- Mediante Resolución No. 124 FVS/96 de diciembre 31 de 1996 se adjudicó la Licitación Pública No. No. 012 FVS/96 al Consorcio S.L.

3.- Normas violadas y concepto de la violación.

Se invocaron como vulneradas las siguientes disposiciones: *i)* los artículos 2, 3 y 44 del Código Contencioso Administrativo; *ii)* los artículos 23 y 29 de la Ley 80 de 1993; y *iii)* los numerales 8.1.2 y 8.1.4 del Pliego de Condiciones.

Se fundamentó el concepto de violación señalando que los funcionarios de la entidad demandada no tuvieron en cuenta los fines estatales y no obraron con objetividad en la adjudicación de la licitación al asignarle un puntaje superior al Consorcio S.L., a pesar de que su oferta no cumplió con las condiciones técnicas y económicas exigidas en el Pliego de Condiciones. Adicionalmente, se puso de presente que no se notificó el acto de adjudicación al Consorcio Viancha- Méndez de acuerdo con lo establecido en el artículo 44 del Código Contencioso Administrativo.

4.- Actuación procesal.

4.1.- La demanda fue presentada ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el día 30 de abril de 1997 (folios 2 a 16 primer cuaderno).

4.2.- El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, mediante providencia del 22 de mayo de 1997, admitió la demanda y ordenó la vinculación del Consorcio S.L. (folios 19 a 20 primer cuaderno).

4.3.- Mediante auto del 11 de diciembre de 1997 se dispuso la apertura y práctica de pruebas aportadas y solicitadas por las partes (folios 28 y 29 cuaderno 1).

4.4.- El Tribunal *a quo* citó a las partes a audiencia de conciliación mediante auto el 15 de abril de 1999 (folio 95 cuaderno 1).

5.- Contestación de la demanda.

El Fondo de Vigilancia y Seguridad de Santafé de Bogotá Distrito Capital y el Consorcio S.L., no contestaron la demanda.

6.- Alegatos de conclusión y concepto del Ministerio Público.

El 8 de junio de 1999, el Tribunal *a quo* ordenó dar traslado a las partes para que presentaran sus respectivos alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que emitiese su concepto (folios 101 del primer cuaderno).

6.1.- Parte demandante (folios 117 a 122 cuaderno 1). Ratificó los argumentos planteados en la demanda señalando que el Consorcio S.L., no contaba con la capacidad financiera y técnica exigida en los Pliegos de Condiciones, por lo que su propuesta debió ser rechazada.

6.2.- Fondo de Vigilancia y Seguridad de Santafé de Bogotá D.C., (folios 105 a 116 cuaderno 1). Solicitó que se desestimaran las pretensiones de la demanda, habida cuenta que el consorcio beneficiario de la adjudicación cumplió con todas las condiciones previstas en el Pliego y demostró ser una oferta mejor que la que presentó la parte demandante. De otro lado, no se probó la desviación de poder y la notificación del acto de adjudicación se realizó según lo dispuesto en el numeral 11 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993.

6.3.- Ministerio Público. No emitió concepto.

7.- La sentencia impugnada.

La Sala de Decisión, Sección Tercera, del Tribunal Administrativo de Descongestión de Bogotá, profirió sentencia el 15 de marzo de 2001 y negó las pretensiones por las siguientes razones (folios 135 a 156 cuaderno principal),

luego de analizar las propuestas, el Pliego de Condiciones y el dictamen pericial rendido:

“En tal virtud, en tratándose de la diferencia de los puntajes asignados de los aspectos técnicos de los ítems 8.1.4 pues no son coincidentes las evaluaciones de la Universidad, las de la demandada y las de los peritos, es claro para la Sala que la propuesta del Consorcio S.L., conservaba la diferencia a su favor, por el puntaje correspondiente a la capacidad técnica que le fue asignado por las dos primeras y que guarda los parámetros de los pliegos en el ítem 8.1.2 en concordancia con el 6.8 relativo a la experiencia y que el actor no logró desvirtuar con éxito.

Es de resaltar que tampoco le asiste razón al demandante cuando afirma que la falta de notificación al Consorcio Viancha Méndez de la actuación administrativa final derivada del proceso de licitación constituye violación del artículo 44 del C.C.A., toda vez que el numeral 11 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 dispone la notificación para el proponente favorecido y la comunicación a los no favorecidos”.

De otro lado, desestimó la objeción por error grave formulada contra los dictámenes periciales, teniendo en cuenta que el apoderado de la parte demandada solamente hizo afirmaciones de inconformidad, pero no solicitó, ni aportó medio de convicción alguno que así lo demostrara.

8.- El recurso de apelación.

Inconforme con la decisión anterior, el actor interpuso recurso de apelación indicando que en la decisión de primera instancia se desconoció el dictamen pericial rendido en el proceso por peritos contadores, quienes demostraron que el Consorcio S.L., no acreditó la capacidad mínima de contratación de 10.000 S.M.L.M.V., y para la experiencia se tuvieron en cuenta ingresos que no provenían de obras de construcción (folios 168 a 184 cuaderno principal).

En contraste los dictámenes prueban que el Consorcio demandante tenía derecho a la asignación de 100 puntos por experiencia relacionada y a que se le mantuvieran los 72 puntos asignados inicialmente por la metodología y el enfoque general de los trabajos, como quiera que el ingeniero que absolvió la observaciones no explicó la metodología que aplicó para restarle puntos al proponente demandante.

9.- Actuación en segunda instancia.

9.1.- Mediante auto del 26 de junio de 2001 se corrió traslado a la parte actora para la sustentación del recurso (folio 165 cuaderno principal).

9.2.- Esta Corporación, por medio de auto proferido el 30 de julio de 2001, admitió el recurso de apelación interpuesto (folio 186 cuaderno principal).

9.3.- Mediante providencia del 31 de agosto de 2001 se corrió traslado a las partes para que presentasen sus alegaciones finales y al Ministerio Público para que rindiese su concepto (folio 188 del cuaderno principal).

9.4.- Por auto del 9 de abril de 2008 se aceptó el impedimento presentado por la señora Consejera Myriam Guerrero de Escobar (folios 222 y 223 cuaderno principal).

10.- Alegatos de conclusión y concepto del Ministerio Público.

10.1.- Parte demandante (folio 189 cuaderno principal). Se limitó a remitirse a los argumentos planteados en la sustentación del recurso.

10.2.- Fondo de Vigilancia y Seguridad de Santafé de Bogotá D.C., (folios 190 a 193 cuaderno principal). Manifestó que no se presentan las presuntas inconsistencias en la evaluación de la oferta del consorcio S.L., por lo cual solicitó se confirme la decisión de primera instancia.

10.3.- Consortio S.L. No presentó alegatos.

10.4.- Ministerio Público. No emitió concepto.

II. CONSIDERACIONES

Para resolver la segunda instancia de la presente *litis*, se abordaran los siguientes temas: **1. Aspectos procesales:** 1.1 competencia y caducidad de la acción; 1.2 la capacidad procesal de los consorcios; **2. Aspectos sustanciales:** 2.1 las pruebas recaudadas; 2.2 el principio de la selección objetiva; 2.3 características y naturaleza jurídica del acto de adjudicación; 2.4 la facultad de la Administración para rechazar o descalificar las ofertas, al adelantar el procedimiento de selección; 2.5 el análisis del caso concreto.

1.- Aspectos procesales.

1.1.- Competencia y caducidad de la acción.

El Consejo de Estado es competente para decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, en proceso de doble instancia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo.

En cuanto al término para intentar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto de adjudicación, de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo del artículo 77 de la Ley 80 de 1993 se rige *“conforme a las reglas del código contencioso administrativo”* y, para la época de presentación de la demanda que motivó el presente proceso, el artículo 136 del Decreto 01 de 1984 - subrogado por el artículo 23 del Decreto 2304 de 1989- lo señaló en 4 meses contados a partir de la publicación, notificación o ejecución del acto, según el caso¹. Por lo tanto, el cómputo del término para intentar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto administrativo de adjudicación, comenzó en la fecha en que el mismo fue conocido por el interesado. En el caso concreto el acto se expidió el 31 de diciembre de 1996 y la demanda se presentó el 30 de abril de 1997, razón por la cual se impone concluir que la acción se ejerció oportunamente.

1.2.- De la capacidad procesal de los consorcios.

¹ Esa disposición fue modificada por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, que señala:

“De las controversias contractuales. El artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, quedará así:

"Artículo 87. De las controversias contractuales. Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuencia les, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas.

Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, serán demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación. La interposición de estas acciones no interrumpirá el proceso licitatorio, ni la celebración y ejecución del contrato. Una vez celebrado éste, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato.

El Ministerio Público o cualquier tercero que acredite un interés directo podrá pedir que se declare su nulidad absoluta. El Juez Administrativo queda facultado para declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso. En todo caso, dicha declaración sólo podrá hacerse siempre que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes.

En los procesos ejecutivos derivados de condenas impuestas por la Jurisdicción Contencioso Administrativa se aplicará la regulación del proceso ejecutivo singular de mayor cuantía contenida en el Código de Procedimiento Civil".

Observa la Sala que el señor JOSÉ GERMÁN VIANCHA GUTIÉRREZ ejerció la acción de nulidad y restablecimiento del derecho como representante legal del consorcio VIANCHA- MÉNDEZ, según consta en el poder otorgado (folio 1 cuaderno1):

*“JOSÉ HERNÁN VIANCHA GUTIÉRREZ, mayor, domiciliado en Santafé de Bogotá D.C., identificado con la cédula de ciudadanía No. 19.267.648 expedida en Bogotá, en mi condición de representante legal del **CONSORCIO JOSÉ HERNÁN VIANCHA GUTIÉRREZ-JORGE ERNESTO MÉNDEZ PACHÓN**, también con domicilio en esta misma ciudad, constituido mediante documento privado de noviembre 19 de 1.996, tal como se acredita con copia auténtica del respectivo documento, por el presente manifiesto a los Honorables Magistrados que confiero poder especial, amplio y suficiente al abogado (...) **para que en nombre del Consorcio que represento, presente demanda contra el FONDO DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD DE SANTAFÉ DE BOGOTÁ D.C. (...)**”.* (resalta la Sala)

En relación con las Uniones Temporales y los Consorcios, figuras descritas en el artículo 7 de la Ley 80 y autorizadas expresamente en el artículo 6 de ese mismo estatuto para *“(...) celebrar contratos con las entidades estatales (...)”*, cabe señalar que resulta evidente que se trata de agrupaciones de contratistas u organizaciones empresariales que no configuran una persona jurídica nueva e independiente respecto de los miembros que las integran. En ese sentido, tanto la jurisprudencia del Consejo de Estado como la de la Corte Constitucional han señalado, de manera uniforme y reiterada, que el consorcio o la unión temporal que se conformen con el propósito de presentar conjuntamente una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato con una entidad estatal, no constituyen una persona jurídica diferente de sus miembros individualmente considerados; así pues, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha expresado que *“[E]l consorcio es entonces una forma no societaria de relación o de vinculación de actividades e intereses entre distintas personas que no genera otra persona jurídica, con miras a obtener la adjudicación, celebración y ejecución de contratos, regida por las condiciones que tienen a bien acordar los participantes del consorcio, y por tanto, correspondiente al ámbito de actividad e iniciativa privada, no obstante la responsabilidad solidaria y la penal establecidas en la ley (arts. 7º y 52, ley 80 de 1993)”*².

Por su parte, la Corte Constitucional, en sentencia C-414 del 22 de septiembre de 1994, por medio de la cual declaró exequible el parágrafo 2o. del artículo 7o. de la

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

Ley 80 de 1993, afirmó que los consorcios no constituyen personas jurídicas y que su representación conjunta tiene lugar para efectos de la adjudicación, de la celebración y de la ejecución de los correspondientes contratos³. No ofrece, entonces, discusión alguna el hecho de que tanto los consorcios como las uniones temporales carecen de personalidad jurídica diferente de aquella que acompaña a las personas naturales y/o morales que los integran⁴.

Por lo anterior, en cuanto los consorcios y las uniones temporales carecen de personalidad jurídica propia e independiente, en otras oportunidades la Sala ha concluido que tampoco pueden comparecer en proceso ante autoridades judiciales, en virtud de lo prescrito en el artículo 44 del Código de Procedimiento Civil, entendiendo así que son las personas naturales y/o jurídicas que los integran las verdaderas titulares de la capacidad para actuar como sujetos procesales⁵.

³ Así se expresó la Corte Constitucional en la mencionada providencia:

“En nuestro régimen legal, la capacidad es la aptitud que se tiene para ser sujeto de relaciones jurídicas, es decir, para realizar sin el ministerio de otra persona, actos con efectos válidos en la esfera del derecho, y si bien esa habilitación se vincula con la noción de persona, hasta el punto que toda persona, en principio, es capaz, salvo lo que en contrario disponga la ley, no es requisito necesario ser persona para disponer de capacidad jurídica. En estos eventos el Estatuto no se refiere a una persona y sin embargo permite que los consorcios y las uniones temporales puedan contratar con el Estado, lo cual, en resumen significa que la ley les reconoce su capacidad jurídica a pesar de que no les exige como condición de su ejercicio, la de ser personas morales.

El consorcio es una figura propia del derecho privado, utilizado ordinariamente como un instrumento de cooperación entre empresas, cuando requieren asumir una tarea económica particularmente importante, que les permita distribuirse de algún modo los riesgos que pueda implicar la actividad que se acomete, aunar recursos financieros y tecnológicos, y mejorar la disponibilidad de equipos, según el caso, pero conservando los consorciados su independencia jurídica.

El artículo 7o. de la mencionada ley se refiere al consorcio, pero en lugar de definir su contenido esencial, ofrece una relación descriptiva de la figura señalando los elementos instrumentales y vinculantes que lo conforman;según la ley, 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.”

⁴ Como en reciente pronunciamiento lo expresó la Subsección A de esta Sección:

“Toda vez que el consorcio o la unión temporal no constituye una persona diferente de los miembros que lo conforman, no puede afirmarse, como lo hace la entidad pública demandada, que la inhabilidad que recaía sobre el señor Héctor Tangarife no afectaba al consorcio, toda vez que la capacidad legal para presentar propuestas y para celebrar contratos se predica de todos y cada uno de sus miembros, por cuanto la participación en la licitación mediante la figura del consorcio no puede servir de pretexto para esconder irregularidades”. Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 10 de febrero de 2011; Consejero ponente: Hernán Andrade Rincón; Radicación número: 63001-23-31-000-1997-04685-01(16306); Actor: Consorcio Distrimundo.

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 7 de diciembre de 2005; Consejero ponente: Alier Hernández Enríquez; Radicación: 27.651.

De otra parte, a través del pronunciamiento consignado en el auto de mayo 13 de 2004, la Sala consideró que no había lugar a la aplicación de la figura del litisconsorcio necesario por activa cuando la unión temporal o el consorcio no hubiere sido seleccionado en el proceso de contratación y sólo uno de sus miembros decidiera comparecer a formular la reclamación correspondiente⁶. Así mismo, la Sala concluyó que la situación resultaba diferente cuando el consorcio alcanzaba la calidad de adjudicatario o de contratista, porque se estimó que esa sería la condición que daría lugar a una relación jurídica sustancial entre los miembros del consorcio o la unión temporal y la respectiva entidad estatal contratante⁷.

⁶ Así lo precisó la Sala en la oportunidad a la cual se hace referencia:

“2.1 El consorcio como proponente en el procedimiento administrativo de licitación pública.

El consorcio tiene una existencia limitada, generalmente condicionada al tiempo que dure el trámite del proceso de selección del contratista o la ejecución y liquidación del contrato, en el evento de que resulte seleccionado y éste se celebre.

(...)

Ahora bien, cuando se presenta la propuesta y esta no resulta seleccionada, no surgen las referidas obligaciones y el consorcio pierde vigencia.

En consecuencia, la no adjudicación impide la constitución de la relación jurídica sustancial con la entidad y el nacimiento de obligaciones a cargo de los miembros del consorcio, máxime cuando la ley considera que la propuesta es presentada en forma conjunta por los sujetos consorciados, que escogieron esa figura negocial para participar en el procedimiento licitatorio o concursal.

Se tiene así que la privación injusta de la adjudicación al consorcio determina la lesión de los derechos subjetivos de que son titulares cada uno de sus miembros y, en esa medida, pueden éstos, en forma independiente o conjunta, ejercitar la correspondiente acción para demandar la nulidad del acto por medio del cual se adjudicó a otro o se declaró desierta la licitación y la consecuente indemnización de los perjuicios”.

Por su parte, el Consejero Alier Hernández Enríquez, en el salvamento de voto que presentó respecto de la providencia en cita, sostuvo lo siguiente:

“(...) si bien es cierto, como lo expresa la mayoría de la Sala, que, cuando no se produce la adjudicación a favor del consorcio, no se constituye una relación jurídica sustancial entre aquél y la entidad licitante, y no surgen obligaciones correlativas -de manera que los miembros del primero no conforman, como sujeto plural, un extremo activo de una relación jurídica con esa entidad-, si de lo que se trata es de obtener la reparación del perjuicio sufrido por la no ejecución del contrato, tendrá que obtenerse previamente el reconocimiento del derecho del consorcio a ser adjudicatario del mismo, y, por lo tanto, la petición sólo podrá ser formulada mancomunadamente por quienes lo conforman.

(...)

No es cierto, entonces, que la no adjudicación de un contrato al consorcio dé derecho a cada uno de sus miembros para ejercitar, en forma independiente, la correspondiente acción para demandar la nulidad del acto por medio del cual se adjudicó a otro el contrato o se declaró desierta la licitación y la consecuente indemnización de perjuicios”.

⁷ Al respecto, la Sala señaló:

“2.2 El Consorcio como adjudicatario y contratista.

“La situación es diferente cuando el consorcio es adjudicatario o contratista porque en estos eventos surge una relación jurídica sustancial entre el consorcio, en calidad de adjudicatario o

En esa dirección se tenía por cierto entonces que si un consorcio –cuestión que resulta válida también para una unión temporal–, comparecía a un proceso en condición de demandante o de demandado, igual debían hacerlo, de manera individual, los partícipes que lo conforman para efectos de integrar el litisconsorcio necesario, es decir que la parte solo se tendría por debidamente conformada con la vinculación de todos y cada uno de ellos al respectivo proceso judicial. Así las cosas, mayoritariamente, hasta ahora, la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, cuando ha resultado necesario abordar el estudio de casos en los cuales en uno de los extremos de la litis se ubica un Consorcio o alguno(s) de sus integrantes, ha señalado que habida consideración de que el Consorcio –al igual que la Unión Temporal– carece de personalidad jurídica, no puede ser tomado como sujeto de derecho apto para comparecer en un proceso jurisdiccional, así éste guarde relación con algún litigio derivado de la celebración o de la ejecución del contrato estatal respectivo:

“CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

En efecto, las uniones temporales, figuras admitidas en el artículo séptimo de la ley 80 de 1993 para efectos de contratación estatal, no crean una persona jurídica

contratista y la entidad adjudicataria o contratante, de la que se derivan facultades y obligaciones correlativas entre los mismos.

Así lo ha precisado la Sala en anteriores oportunidades, al referirse a los efectos vinculantes de la adjudicación:

“Los efectos de la adjudicación son bien conocidos, como que se ha afirmado constantemente que, desde que ella se comunica, surge entre el adjudicatario y adjudicante una situación contentiva de mutuos derechos y obligaciones (...) La adjudicación comunicada traba la relación jurídica, siendo por esto por lo que se dice de ella que desde ese momento se hace ejecutoria. (...) La propuesta implica un sometimiento al pliego de condiciones; y quien propone es porque tiene conocimiento de éste y se somete a sus exigencias. Oferente y proponente son extremos de una relación jurídica que se crea mediante el acto adjudicador (...)”

“Es por lo anterior que la Sala, en repetidas oportunidades, ha expresado que, cuando el consorcio adjudicatario o contratista es demandante o demandado en un proceso, deben intervenir todos sus miembros por cuanto conforman un litisconsorcio necesario.

“Ha precisado también que como los actos contractuales que profiere la administración tienen por objeto regular las relaciones contractuales, vinculan al consorcio y por ello, no es dable que sus miembros ejerciten acciones separadas para demandar su nulidad y el restablecimiento, pues la relación jurídico sustancial determinada por el acto de adjudicación y el contrato es una, aunque en uno de sus extremos haya un sujeto plural”. Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 7 de diciembre de 2005; Consejero ponente: Ricardo Hoyos Duque; Radicación: 27.651.

nueva e independiente de los miembros que conforman dichas asociaciones.

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

“La capacidad para ser parte en un proceso, no es otra cosa que la aptitud legal que tiene la persona para ser titular de derechos y obligaciones procesales, es la facultad de realizar directamente o por intermedio de sus representantes actos procesales válidos y eficaces así como asumir las cargas y responsabilidades que se desprenden del proceso”⁸.

En virtud del artículo 6 de la ley 80, las uniones temporales al igual que los consorcios, pueden celebrar contratos con las entidades estatales. Esto significa que, por disposición legal, dicha figura puede participar en la adjudicación, celebración y ejecución de los contratos pero no implica, y así lo ha precisado la jurisprudencia en diferentes oportunidades⁹, que tenga capacidad para participar en un proceso judicial. Dicha calidad se encuentra en cabeza de las personas naturales o jurídicas que la han integrado para celebrar un contrato con el Estado, conforme al artículo 44 del Código de Procedimiento Civil.

En este caso, los miembros de la unión temporal le otorgaron poder al representante legal en los siguientes términos:

“SEPTIMA: FACULTADES Y LIMITACIONES DEL REPRESENTANTE LEGAL: El representante legal de la unión temporal tendrá las siguientes funciones y facultades:

- Representar a la Unión Temporal ante los miembros de ella, ante terceros y ante todas las autoridades del orden nacional, departamental, municipal, distrital, administrativas o judiciales.” (folio 165)

Así las cosas, los miembros de la Unión otorgaron poder al representante legal para que la representara ante todas las autoridades, incluidas las judiciales; sin embargo, dicha autorización no faculta a la unión temporal para hacer parte de un proceso judicial y, en consecuencia, la misma no podía, por medio de apoderado, presentar demanda ejecutiva.

De acuerdo con lo anterior, es necesario confirmar el auto que negó el mandamiento de pago, pues, como se deriva de lo expuesto, no hay título ejecutivo a favor de la Unión Temporal Promédica¹⁰ (subrayas fuera del texto

⁸ Consejo de Estado, Sección Cuarta, Providencia del 3 de noviembre de 1996, Exp. No. 13.304.

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Providencia del 1 de diciembre de 2001, Exp. No. 21.305.

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del 2 de febrero de 2005; Consejero ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez; Radicación número: 25000-23-26-000-2004-00831-01(28005); Actor: Unión Temporal Promédica; Demandado: Caja Nacional de Previsión Social - CAJANAL E.P.S.

En otra ocasión, respecto del mismo tema al cual se viene haciendo referencia, la Sección Tercera sostuvo lo siguiente:

“A. En relación con el ejecutante, la demanda se dijo presentar en nombre de la UNIÓN TEMPORAL PLUSALUD, para ejecutar cuatro (4) facturas presentadas como consecuencia de la

original).

Posteriormente, en providencia de diciembre 7 de 2005, la Sala reiteró que hay lugar a predicar la configuración 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; como corolario de ello, cuando los integrantes de un Consorcio o de una Unión Temporal tienen interés en ejercer el derecho de acción ante la Administración de Justicia o, por cualquier otra circunstancia, deben comparecer ante ella por razón de las actividades del Consorcio, son aquéllos individualmente considerados y no éste, quienes deben presentar la correspondiente demanda y/o intervenir en el proceso judicial correspondiente para defender sus intereses:

“En principio dirá la Sala que las uniones temporales, figuras admitidas en el

*ejecución del contrato, **con cláusulas exorbitantes**, No. 1066 de 23 de diciembre de 1999 que suscribió con CAJANAL E. P. S. (fols. 9 a 18 c. 2); y se afirmó indefinidamente que tales facturas no las ha cancelado la ejecutada.*

*B. La ley 80 de 1993 dispone la posibilidad que las personas interesadas conformen CONSORCIOS o UNIONES TEMPORALES para presentar **“una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato”** (artículo 7°).*

La Sala ha dicho, en forma reiterada, que la Corte Constitucional ha dejado claro que tanto los consorcios como las UNIONES TEMPORALES son asociaciones carentes de personería jurídica y que la representación que prevé la ley se establece para efectos de la adjudicación, celebración y ejecución de los contratos. Por lo tanto, el no constituir la UNIÓN TEMPORAL una persona jurídica diferente de los miembros que la conforman, no tiene capacidad para ser parte ni para comparecer en un proceso judicial; y que quienes tienen la capacidad son, entonces, las personas naturales o jurídicas que la han integrado.

(...)

*El **poder** con el cual se presentó la demanda fue otorgado por ROBERTO MALAGÓN BAQUERO “obrando en mi calidad de suplente del gerente y por ende representante legal de la UNIÓN TEMPORAL PLUSALUD” (fol. 1 c. 1); y el **mandatario** presentó la demanda como apoderado de la UNIÓN TEMPORAL PLUSALUD.*

Dicha circunstancia es indicativa, de una parte, de la errada presentación de la demanda, porque aparece como demandante la UNIÓN TEMPORAL, sin que la misma pueda tenerse como persona jurídica capaz de demandar, pues debieron comparecer las sociedades que conformaron la UNIÓN TEMPORAL. Y de otra parte, que ni siquiera podría tenerse como legitimado para demandar a ROBERTO MALAGÓN BAQUERO, quien fue la persona otorgante del poder, porque según el mismo documento privado, éste representaba a ‘PROMÉDICA LIMITADA’, uno de los integrantes de la UNIÓN TEMPORAL, y además tampoco lo confirió como representante de dicha sociedad, ni se allegó tampoco la certificación legal que acredite esa calidad.

*Entonces, queda demostrado que la UNIÓN TEMPORAL **al no ser persona jurídica** no tiene capacidad para ser parte ni para comparecer (art. 44 del C. P. C), y por lo mismo no puede demostrar su condición de acreedor. Por esta situación la Sala concluye que no puede librarse mandamiento de pago y por tanto confirmará el auto apelado”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del 16 de marzo de 2005; Consejera ponente: María Elena Giraldo Gómez; Radicación número: 25000-23-26-000-2004-01832-01(28362); Actor: Unión Temporal Plusalud; Demandado: Caja Nacional de Previsión Social.*

artículo séptimo de la ley 80 de 1993 para efectos de contratación estatal, no configuran una persona jurídica nueva e independiente de los miembros que conforman dichas asociaciones. Al no poseer tal naturaleza jurídica, carecen de capacidad para comparecer en proceso ante autoridades judiciales, conforme a lo prescrito en el artículo 44 del Código de Procedimiento Civil.

(...)

Al no constituir la unión temporal, ni el consorcio, una persona jurídica diferente de los miembros que la conforman, la capacidad para comparecer en proceso reposa en cabeza de las personas naturales o jurídicas que los integran.

Por ello, la Sala sostuvo en diversas oportunidades que si un consorcio, lo cual es igualmente válido para la unión temporal, comparecía a un proceso como demandante o demandado, cada uno de los integrantes debía hacerlo de manera individual integrando un litisconsorcio necesario, es decir que la parte solo se conformaría con la vinculación de todos sus miembros al proceso.

(...)

Considera la Sala necesario precisar que 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. En el caso concreto, la Unión Temporal designó “como representante del proyecto, así mismo para todos los actos necesarios para el buen desempeño de la propuesta” a la sociedad Diselecsa Ltda.

Esta representación la habilita para actuar durante la adjudicación, celebración y ejecución del contrato pero no, como en este caso, para actuar por fuera del marco contractual señalado”¹¹ (énfasis añadido).

Y en providencia de 9 de febrero de 2011, esta misma Sala Plena señaló:

“Antes de pronunciarse sobre los asuntos sustanciales por los cuales se citó en calidad de litisconsortes a las empresas **AFA CONSULTORES Y CONSTRUCTORES S.A. y GOMEZ CAJIAO Y ASOCIADOS S.A.** se estudiará la naturaleza jurídica de las uniones temporales y las figuras jurídicas del litisconsorcio necesario y facultativo.

El inciso segundo del artículo 7 de la Ley 80 de 1993 define que se entiende por unión temporal; “cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente por el cumplimiento total de la propuesta y del objeto contratado, pero las sanciones por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato se impondrán de acuerdo con la participación en la ejecución de cada uno de los miembros de la unión temporal”.

En primer lugar se observa que estamos frente a una pluralidad de personas que se unen para presentar una propuesta y ejecutar un contrato, quienes responderán de manera solidaria por el cumplimiento del mismo, sin embargo, y según lo dispuesto por el parágrafo 1º, para el caso de las uniones temporales,

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del 7 de diciembre de 2005; Consejero ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez; Radicación número: 76001-23-31-000-1998-00091-01(27651); Actor: Sociedad Electro Atlántico Ltda.

debe quedar de manera explícita los términos y la extensión de la participación de cada una de las empresas en la propuesta y la ejecución del contrato, elemento determinante al momento de imponer una sanción o solicitar una reparación.

Por otro lado en diversos pronunciamientos de esta Corporación¹² y de la Honorable Corte Constitucional, se ha mantenido la posición que las uniones temporales no constituyen una persona jurídica, sin perjuicio de la capacidad para contratar que le ha otorgado la Ley. En sentencia de 22 de septiembre de 1994¹³, de la Corte Constitucional respecto a los consorcios, aplicable a las uniones temporales, se ha dicho lo siguiente:

“En estos eventos el Estatuto no se refiere a una persona y sin embargo permite que los consorcios y a las uniones temporales puedan contratar con el Estado, lo cual, en resumen significa que la ley les reconoce su capacidad jurídica a pesar de que no les exige como condición de su ejercicio, la de ser personas morales.

“El consorcio es una figura propia del derecho privado, utilizado ordinariamente como un instrumento de cooperación entre empresas, cuando requieren asumir una tarea económica particularmente importante, que les permita distribuirse de algún modo los riesgos que pueda implicar la actividad que se acomete, aunar recursos financieros y tecnológicos, y mejorar la disponibilidad de equipos, según el caso, pero conservando los consorciados su independencia jurídica.

“Se tiene de lo anterior [artículo 7° de la ley 80 de 1993] que según la ley, 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.(negrillas fuera de texto).

Teniendo claridad sobre la naturaleza jurídica de las uniones temporales, teniendo en cuenta que lo establecido para los consorcios es aplicable a las otras, a continuación procederemos a analizar las figuras del litisconsorcio necesario y facultativo, en concordancia con lo dispuesto por la Constitución Política, en relación con el derecho de acceso a la justicia.

Litisconsorcio facultativo y necesario.

Los artículos 50¹⁴ y 51¹⁵ del Código de Procedimiento Civil regulan las figuras jurídicas del litisconsorcio facultativo y necesario respectivamente.

¹² Consejo de Estado, Sección Tercera, auto de trece (13) de diciembre de dos mil uno (2001), Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de tres de mayo de 1995, radicación número 684, referencia: Consulta del Ministerio de Defensa Nacional relacionada con los contratos y la participación de consorcios y uniones temporales.

¹³ Corte Constitucional, Sentencia No. C-414/94, 22 de septiembre de 1994.

¹⁴ “salvo disposición en contrario, los litisconsortes facultativos serán considerados en sus relaciones con la contraparte, como litigantes separados. Los actos de cada uno de ellos no redundarán en provecho ni en perjuicio de los otros, sin que por ello se afecte la unidad del proceso”.

¹⁵ Cuando la cuestión litigiosa haya de resolverse de manera uniforme para todos los litisconsortes, los recursos y en general las actuaciones de cada cual favorecerá a los demás. Sin embargo, los actos que impliquen disposición del derecho en litigio solo tendrán eficacia si emanan de todos”.

Entre otras diferencias y para el interés de este recurso, podemos afirmar que se distinguen, porque, en el primer caso el juez podrá dictar sentencia sin necesidad de vincular a otro sujeto de derecho, ya que cada uno de los integrantes del consorcio tiene una relación jurídica independiente, en el segundo, es necesaria la participación en el proceso de todos los sujetos de derecho que podrían llegarse a ver afectados por la decisión, debido a la unicidad de la relación sustancial materia del litigio, tal cual lo dispone el artículo 83 del C.P.C.

En sentencia del 13 de mayo de 2004¹⁶ se abordó el tema de ¿Cuándo se entiende configurada la relación jurídica sustancial entre el consorcio y la entidad contratante, que obligue a conformar un litisconsorcio necesario y de esta manera se integre el contradictorio?, como respuesta se dijo lo siguiente:

“Ahora bien, cuando se presenta la propuesta y esta no resulta seleccionada, no surgen las referidas obligaciones y el consorcio pierde vigencia (negrilla fuera de texto).¹⁷

En consecuencia, la no adjudicación impide la constitución de la relación jurídica sustancial con la entidad y el nacimiento de obligaciones a cargo de los miembros del consorcio, máxime cuando la ley considera que la propuesta es presentada en forma conjunta por los sujetos consorciados¹⁸, que escogieron esa figura comercial para participar en el procedimiento licitatorio o concursal”.

De esta forma extrayendo el criterio de la anterior jurisprudencia, obviamente traída a la relación entre los miembros del consorcio o unión temporal, afirma la Sala que, en el caso de los consorcios o uniones temporales no seleccionados y si estos consideran que existen méritos suficientes para interponer una demanda, cualquiera de las partes que integraban el mismo podrá ejercer su derecho de acción de manera independiente¹⁹, ya que en ningún caso nació la relación jurídica sustancial que los obligue a actuar en calidad de litisconsortes necesarios. Agréguese a lo anterior, que en este tipo de negocio jurídico de celebración están sujetos a una condición resolutoria, en el entendido en que se resuelve el vínculo entre los consorciados y los miembros de la unión temporal cuando no se adjudica el contrato, materia u objeto del proceso de selección al cual se presentan bajo esta modalidad.

Adicional a esto, la Sala considera que el derecho en litigio en esta situación (utilidad esperada), es un derecho subjetivo, propio e individual a cada una de las

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Bogotá, D.C., trece (13) de mayo de dos mil cuatro (2004), Radicación número: 50422-23-31-000-1994-0467-01(15321)

¹⁷ En auto proferido el 23 de mayo de 2002, expediente 17588, dijo la Sala: “El Consorcio se origina para la presentación de una propuesta, para la adjudicación, celebración y para la ejecución del Contrato por varias personas en forma conjunta, es decir que puede hablarse o del consorcio limitado a la presentación de la oferta cuando el mismo consorcio no resultó adjudicatario o cuando resultando serlo, por tal situación jurídica particular se extiende para la celebración y ejecución del contrato, por determinación legal.”

¹⁸ Arts. 3 del decreto ley 222 de 1983 y 7 de la ley 80 de 1993.

¹⁹ “Se tiene así que la privación injusta de la adjudicación al consorcio determina la lesión de los derechos subjetivos de que son titulares cada uno de sus miembros y, en esa medida, pueden éstos, en forma independiente o conjunta, ejercitar la correspondiente acción para demandar la nulidad del acto por medio del cual se adjudicó a otro o se declaró desierta la licitación y la consecuente indemnización de los perjuicios”. Consejo de Estado, Sección Tercera, Bogotá, D.C., trece (13) de mayo de dos mil cuatro (2004), Radicación número: 50422-23-31-000-1994-0467-01 (15.321)

partes del consorcio o unión temporal²⁰, determinada por el porcentaje o las actividades que desarrollaría en la ejecución del contrato, elemento perfectamente divisible²¹.

1.3.- Reiteración de la unificación Jurisprudencial en relación con la capacidad con la cual cuentan los consorcios y las uniones temporales para comparecer como partes en los procesos judiciales.

Mediante sentencia de unificación de Jurisprudencia, proferida el mismo día en que se dicta este fallo, la Sala modificó la línea jurisprudencial que se venía siguiendo y consideró que si bien las uniones temporales y los consorcios no constituyen personas jurídicas distintas de quienes integran la respectiva pluralidad de oferentes o de contratistas, lo cierto es que además de contar con la aptitud para ser parte en los procesos judiciales de origen contractual – comoquiera que por ley cuentan con capacidad suficiente para ser titulares de los derechos y obligaciones derivadas tanto de los procedimientos de selección como de los propios contratos estatales-, también se encuentran facultados para concurrir a los procesos judiciales de esa misma índole –*legitimatío ad processum*–, por intermedio de su representante.

Así lo expuso la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado dentro del referido fallo de unificación jurisprudencial²²:

“3.- Rectificación y unificación de la Jurisprudencia en relación con la capacidad con la cual cuentan los consorcios y las uniones temporales para comparecer como parte en los procesos judiciales.

A juicio de la Sala, en esta ocasión debe retomarse el asunto para efectos de modificar la tesis jurisprudencial que se ha venido siguiendo y, por tanto, debe puntualizarse que si bien las uniones temporales y los consorcios no constituyen personas jurídicas distintas de quienes integran la respectiva figura plural de oferentes o de contratistas, lo cierto es que además de contar con la aptitud para ser parte en el correspondiente procedimiento administrativo de selección de contratistas –comoquiera que por ley cuentan con capacidad suficiente para ser titulares de los derechos y obligaciones derivadas tanto de los procedimientos

²⁰ *“Como los miembros del consorcio son titulares de relaciones sustanciales independientes y autónomas, no necesitan acudir ante el juez contencioso administrativo en forma mancomunada con los otros integrantes, pues el derecho en litigio - el de reparación de un derecho subjetivo - es propio e individual”.* Consejo de Estado, Sección Tercera, Bogotá, D.C., trece (13) de mayo de dos mil cuatro (2004), Radicación número: 50422-23-31-000-1994-0467-01(15.321)

²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, auto de 9 de febrero de 2011, exp. 37.566, M.P. Dra. Olga Mélida Valle de De La Hoz.

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sala Plena, Sentencia de 25 de septiembre de 2013, exp. 19933, actor: Consorcio Glonmarex.

administrativos de selección contractual como de los propios contratos estatales—, también se encuentran facultados para concurrir a los procesos judiciales que pudieren tener origen en controversias surgidas del mencionado procedimiento administrativo de selección de contratistas o de la celebración y ejecución del contrato estatal respectivo –legitimatío ad processum–, por intermedio de su representante.

El planteamiento que acaba de esbozarse en modo alguno desconoce que el artículo 44 del Código de Procedimiento Civil –C. de P. C.–, atribuye “(...) capacidad para comparecer por sí al proceso (...)”, a las personas, naturales o jurídicas, que pueden disponer de sus derechos, sin embargo se precisa que esa condición no se encuentra instituida en la norma como una exigencia absoluta, puesto que resulta claro que incluso la propia ley procesal civil consagra algunas excepciones, tal como ocurre con la herencia yacente²³ o con los patrimonios autónomos, los cuales, a pesar de no contar con personalidad jurídica propia, sí pueden ser sujetos procesales²⁴, de lo cual se desprende que el hecho de que los

²³ Artículo 581 del C. de P. C.

²⁴ Así lo ha sostenido la doctrina:

“El inciso primero del art. 44 del C.P.C., dispone: “Toda persona natural o jurídica puede ser parte en un proceso”: Esta noción ha quedado corta y debe ser completada por la doctrina, pues el legislador olvidó que existen otros sujetos de derecho que están en posibilidad de demandar y ser demandados, sin que sean personas naturales o personas jurídicas.

En efecto, la herencia yacente, la masa de bienes del quebrado, el patrimonio de la fiducia, la masa de bienes del ausente, son típicos ejemplos de patrimonios autónomos que pueden comparecer válidamente en juicio como demandantes, o demandados sin que tengan la calidad de personas naturales o jurídicas. Se trata de una categoría que, a pesar de no estar comprendida por el art. 44 debe tener cabida por interpretación extensiva de éste, pues negarles la calidad de parte es tanto como quitarles toda posibilidad de comparecer en un juicio, atributo éste inherente a todos los sujetos de derecho, tal como lo son los patrimonios autónomos.

Quienes representan esos patrimonios, como bien lo afirma REDENTI, no actúan, como representantes legales sino que su carácter o calidad de gestores, autónomos y autodeliberantes, en función de aquellos intereses objetivos previamente establecidos o de los intereses del titular desconocido o incierto. Por ello surge así una figura que no coincide, ni con el estar en el juicio a nombre propio, ni con el estar en el juicio a nombre ajeno.

No hay duda que los patrimonios autónomos constituyen una categoría especial de sujetos de derecho, y como tales pueden ser partes en los procesos, así su naturaleza no encuadre con lo que la normatividad que hoy nos rige, exige para que existan personas jurídicas.

Claro está la elaboración del concepto de “patrimonio autónomo” y su aceptación como sujeto de derechos, obedece más a la estrechez del alcance de la noción de persona jurídica que a una verdadera nueva categoría de sujetos de derecho”. Cfr. LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio, Procedimiento Civil, Tomo I, pp. 294-295.

En el mismo sentido y a modo puramente ilustrativo, merece la pena tomar en consideración que los artículos 53 y 54 de la Ley 1564 de de 2012, Código General del Proceso recientemente aprobado, 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 personas jurídicas. No otra cosa es lo que se desprende de la lectura de los preceptos en mención, cuyo tenor literal es el siguiente:

“Artículo 53. Capacidad para ser parte. Podrán ser parte en un proceso:

- 1. Las personas naturales y jurídicas.*
- 2. Los patrimonios autónomos.*
- 3. El concebido, para la defensa de sus derechos.*
- 4. Los demás que determine la ley.*

consorcios y las uniones temporales carezcan de personalidad jurídica independiente, no constituye fundamento suficiente para concluir que carecen de capacidad para ser sujetos, activos o pasivos, en un proceso judicial.

La jurisprudencia reiterada de la Corte Suprema de Justicia puso de presente, desde hace varios lustros, que la capacidad para comparecer en juicio no se encuentra, en modo alguno, supeditada al requisito de la personalidad jurídica, tal como lo evidencian los pronunciamientos consignados en el fallo emitido por su Sala Plena, en agosto 23 de 1984, oportunidad en el cual sostuvo:

“2°). - Que las funciones de ejecución administrativa y de representación en juicio no están supeditadas a la circunstancia de que los entes respectivos sean personas jurídicas. (Se deja resaltado).

“3°). - Que la personalidad jurídica, así como la personería jurídica o de representación y para comparecer en juicio, son de mera estirpe legal pero no de rango constitucional y pueden por tanto ser modificadas por ley sin violar la constitución.

(...)

“4. - Y siendo la ley y no de Constitución la determinación de la personalidad jurídica, así como de ley es la facultad de modificar la ley y lo que por ésta se puede hacer, según lo previsto en el artículo 76-1 de la Carta, en la resulta se tiene que la mera circunstancia de que por norma con fuerza legal se invista a la Procuraduría de capacidad o aptitud para disponer del Presupuesto Nacional asignado al Ministerio Público, sin ser aquella persona jurídica, no depende sino del legislador; nadie se lo prohíbe, ni siquiera la Constitución ...

Artículo 54. Comparecencia al proceso. 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 éstos con sujeción a las normas sustanciales”.

Como de la simple lectura de las disposiciones en mención fácilmente se desprende, el artículo 53 citado expresamente confiere la capacidad para ser parte en un proceso judicial a los patrimonios autónomos —numeral 2—, instituto jurídico éste que da lugar a la existencia de sujetos de derecho que no cuentan con personalidad jurídica; adicionalmente, la misma disposición, en su numeral 4, deja abierta la posibilidad a que los demás sujetos que determine la ley, con independencia de si gozan, o no, del atributo de la personalidad jurídica, puedan comparecer directamente al proceso.

De otro lado, el aludido artículo 54 de la Ley 1564 de 2012 tiene el mismo tenor literal que el ya citado inciso primero del artículo 44 del Código de Procedimiento Civil, razón por la cual al primero de los segmentos normativos en comentario le resultan trasladables, *mutatis mutandi*, las apreciaciones a las cuales se viene de hacer alusión respecto de la necesidad de interpretar el segundo de los apartes normativos referido de manera armónica y sistemática con otras disposiciones legales que atribuyen capacidad procesal a sujetos que carecen de personalidad jurídica.

A este respecto, la previsión de la posibilidad de que al proceso comparezcan como partes sujetos de derecho que no se encuentren acompañados de la condición de personas jurídicas, se hace aún más evidente si se repara en lo preceptuado por el inciso primero del artículo 159 de la Ley 1437 de 2011:

“Las entidades públicas, los particulares que cumplen funciones públicas y los demás sujetos de derecho que de acuerdo con la ley tengan capacidad para comparecer al proceso, podrán obrar como demandantes, demandados o intervinientes en los procesos contencioso-administrativos, por medio de sus representantes previamente acreditados” (se deja subrayado).

“Ante lo cual, atendidas las amplias facultades otorgadas al legislador extraordinario, según lo examinado atrás, era de su resorte, al reorganizar la Procuraduría, otorgar las funciones señaladas de ordenación del gasto, de contratación y de colaboración en la tarea de ejecución presupuestal, de que tratan los tres preceptos demandados, sin parar mientes en que la Procuraduría o el Ministerio Público sean o no personas jurídicas de derecho público, cosa que sólo atañe a la ley, acaso también a la técnica y a la estética, pero que no interfiere con la Constitución”²⁵.

Las anteriores consideraciones y directrices fueron reafirmadas por esa misma Corporación, a través de las sentencias proferidas en febrero 28 de 1985²⁶ y en mayo 29 de 1990²⁷.

A la luz de la normativa procesal que regula, de manera especial, el actuar de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, resulta más claro aun que la exigencia de la personalidad jurídica no constituye requisito indispensable para asumir la calidad de parte dentro de un determinado proceso o para actuar dentro del mismo.

Así se desprende con claridad del contenido del artículo 149 del C.C.A., mediante el cual se determina que “[l]as entidades públicas y privadas que cumplan funciones públicas podrán obrar como demandantes, demandadas o intervinientes en los procesos Contencioso Administrativos (...)”, al tiempo que agrega que “[e]llas podrán incoar todas las acciones previstas en este código si las circunstancias lo ameritan”.

Téngase presente que la norma legal en cita condiciona la posibilidad de que las entidades públicas y privadas puedan obrar como demandantes, como demandadas o como intervinientes, en los procesos contencioso administrativos, al cumplimiento de funciones públicas por parte de las mismas, mas no a la exigencia de que cuenten con personalidad jurídica independiente.

A propósito de la facultad legal que el citado artículo 149 del C.C.A., atribuye a las entidades públicas, carentes o no de personalidad jurídica, para que puedan actuar en los procesos judiciales en calidad de demandantes, de demandadas o de intervinientes, resultan pertinentes e ilustrativas las anotaciones plasmadas en la providencia de julio 15 de 1994, en la cual el Consejo de Estado señaló:

“Procede la Sala en primer término, a resolver la excepción propuesta por el apoderado de la C.V.C. sobre indebida representación de la parte demandante, acogida por la agencia del Ministerio Público al opinar que no debe haber pronunciamiento de mérito sobre la controversia jurídica planteada dentro del proceso (fl. 207).

“Como se lee en el alegato presentado por la parte demandada (folio 189 a 202), dicha excepción se apoya en la circunstancia de que la Contraloría General de la República no representa a la Nación, cuando obra como demandante en procura

²⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala Plena. Sentencia de agosto 23 de 1984. Expediente 1157. M. P. Dr. Manuel Gaona Cruz.

²⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala Plena. Sentencia de febrero 28 de 1985. Expediente No. 1251. M.P. Dr. Manuel Gaona Cruz.

²⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala Plena. Sentencia de mayo 29 de 1990. Expediente No. 1985. M.P. Dr. Hernando Gómez Otálora.

de la nulidad de actos administrativos no expedidos por ella; pues a su juicio la representación de la Nación que le asigna a ese organismo fiscalizador el artículo 149 del C.C.A., no es absoluta, total y general para todos los eventos, sino sólo para los actos administrativos suyos y no los ajenos; dice que la Nación se representa por cada entidad, según sus actos, pero cuando el acto administrativo no es demandado por la misma entidad que lo expidió, sino por otra distinta, la representación de la Nación no queda radicada en cualquier otro organismo administrativo, ni en la Contraloría General de la República, sino única y exclusivamente en el Ministerio Público, que como su nombre lo indica, es el vocero de la Nación.

“Respecto de la excepción propuesta dirá en primer término la Corporación, que la acción pública de nulidad a la luz de lo dispuesto en el artículo 84 del C.C.A., puede ser instaurada por toda persona, por sí o por medio de apoderado, en cualquier tiempo. Acción, que tiene como finalidad no el restablecimiento o amparo de un derecho particular y concreto, sino la guarda del ordenamiento jurídico general y abstracto.

“Ahora bien, el artículo 149 del C.C.A. invocado por la CVC como sustento de la excepción, consagra en primer lugar la vocación que tienen las entidades públicas para "obrar como demandantes y demandadas o intervinientes en los procesos contencioso - administrativos, por medio de sus representantes"; en segundo término, las autoriza para "incoar todas las acciones previstas en este Código si las circunstancias lo ameritan". A renglón seguido, la misma norma determina con precisión cuáles son los funcionarios a quienes corresponde la representación de la Nación, e incluye dentro de ellos al Contralor General de la República.

“Fluye de lo anterior, que este funcionario puede representar a la Nación ya como demandante, ya como demandada, ya como interviniente; y en relación con lo primero, puede incoar todas las acciones previstas en el C.C.A.; incluida obviamente la de nulidad, "si las circunstancias lo ameritan".

“Respecto a esta última expresión -"si las circunstancias lo ameritan"-, la Sala considera que al haber sido incluida en la ley, el legislador extraordinario quiso introducir un factor de razonabilidad y de adecuado ejercicio de las acciones, de tal forma que el asunto a debatirse en los estrados judiciales tenga algún nexo con las funciones que le ha asignado el ordenamiento jurídico a la entidad que pretende accionar; y es lógico que así sea, dentro de una estructura armónica del Estado y una adecuada distribución de competencias.

“En el caso sub - lite al instaurar la Nación - Contraloría General de la República - la presente acción de nulidad, pretende que desaparezca de la vida jurídica una norma que tiene que ver con la liquidación de las cesantías a los empleados de la C.V.C.; vale decir, que se cuestiona la legalidad de una norma jurídica cuya aplicación tiene incidencia directa en el destino de los recursos de la entidad, cuyo manejo está sometido al control fiscal de la entidad demandante, de donde se concluye que esta "circunstancia" amerita el ejercicio de la acción incoada por el Contralor a nombre de la Nación.

“Por ende, al no haber duda acerca de la procedencia de que la acción pública de nulidad fuera incoada en el sub - júdice por dicha entidad fiscalizadora, en orden a obtener que el acto administrativo acusado desaparezca de la vida jurídica, no comparte la Sala la perspectiva expuesta por la excepcionante en el sentido de que ello corresponda única y exclusivamente al Procurador General de la Nación.

“Por lo expuesto, la aludida excepción propuesta no está llamada a prosperar”²⁸.

*A lo anterior se suma la consideración, muy significativa por cierto, de que el mismo artículo 149 del C.C.A., a la altura de su párrafo 1º, se ocupó de regular quién ha de llevar la representación de las **dependencias** en el curso de las acciones judiciales de índole contractual, para cuyo efecto hizo expresa referencia a los dictados de la letra b) del numeral 1 del artículo 2 de la Ley 80, de conformidad con los siguientes términos:*

“Párrafo 1º.- En materia contractual, intervendrá en representación de las dependencias a que se refiere el artículo 2º, numeral 1º, literal b) de la Ley 80 de 1993, el servidor público de mayor jerarquía en estas”.

Y ocurre que la representación judicial que en la norma transcrita se atribuye al servidor público de mayor jerarquía, se predica respecto de los siguientes entes y dependencias carentes de personalidad jurídica independiente, que la propia Ley 80 denomina como “entidades estatales”, a los cuales los dota de capacidad contractual:

“El Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos”.

Complementése lo dicho con la referencia, entre otras, a las siguientes normas positivas:

i).- El numeral 7 del artículo 277 de la Carta Política, después de que otras disposiciones superiores han señalado con precisión que el Ministerio Público es un órgano constitucionalmente autónomo de control (artículos 113, 117 C.P.), y que su supremo director es el Procurador General de la Nación (artículo 275 C.P.), determina que al “Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados y agentes”, le corresponde “[i]ntervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales (...) cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público o de los derechos y garantías fundamentales”.

ii).- De la misma manera, el último inciso del citado artículo 277 constitucional, determina que “[p]ara el cumplimiento de sus funciones, la Procuraduría (...) podrá interponer las acciones que considere necesarias”;

iii).- El inciso 3º del artículo 87 del C.C.A., al consagrar la acción de controversias contractuales, autoriza al Ministerio Público para que pueda demandar la declaratoria judicial de nulidad absoluta de los contratos estatales²⁹;

²⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 15 de julio de 1994. Consejero Ponente: Joaquín Barreto Ruiz; Radicación No. 4921. Actor: La Nación – Contraloría General de la República.

²⁹ Exactamente en el mismo sentido conviene mencionar, a modo puramente ilustrativo, lo preceptuado en el inciso tercero del artículo 141 de la Ley 1437 de 2011, de conformidad con el cual “[E]l Ministerio Público o un tercero que acredite un interés directo podrán pedir que se declare la nulidad absoluta del contrato”.

iv).- El artículo 127 del C.C.A., dispone que “[e]l Ministerio Público es parte y podrá intervenir en todos los procesos e incidentes que se adelanten ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo (...)”³⁰.

v).- El artículo 1742 del Código Civil, 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”.

vi).- El artículo 45 de la Ley 80, expedida en 1993, legitima al Ministerio Público para alegar, ante el juez competente, la nulidad absoluta de los contratos estatales.

vii).- El artículo 3º de la Ley 144, expedida en 1994, prevé que el proceso de pérdida de investidura puede ser promovido por solicitud de la Mesa Directiva de la correspondiente Cámara, a la cual pertenezca el Congresista demandado;

viii).- Los numerales 2 y 3 del artículo 12 de la Ley 472, expedida en 1998, atribuyen la titularidad de las acciones populares tanto a “[l]as entidades públicas que cumplan funciones de control, intervención o vigilancia (...)”, como al “Procurador General de la Nación, el defensor del pueblo y los personeros distritales y municipales (...)”, todo ello después de que en el numeral 1 de esa misma norma incluyó, en una categoría independiente, a “[t]oda persona natural o jurídica”.

ix).- Los numerales 1 y 2 del artículo 8 de la Ley 678, expedida en 2001, radican la legitimación para promover las acciones de repetición, en contra de servidores o exservidores públicos, en “[e]l Ministerio Público” y en “[e]l Ministerio de Justicia y del Derecho, a través de la Dirección de Defensa Judicial de la Nación, cuando la perjudicada con el pago sea una entidad pública del orden nacional”.

Nótese que la característica común de las disposiciones antes aludidas estriba en el hecho de que las mismas prevén, autorizan o consagran funciones o facultades para que órganos, entidades o dependencias sin personalidad jurídica independiente, puedan ejercer acciones ante los jueces competentes o intervenir en los respectivos procesos.

Tiénese de lo anterior que la personalidad jurídica no es exigida, en el ordenamiento jurídico colombiano, como un requisito absoluto, sine qua non, para el ejercicio de las acciones judiciales o, lo que a la postre es lo mismo, para actuar válidamente en los procesos, ora en calidad de demandante ora de demandado o, incluso, como tercero interviniente, según cada caso.

De otra parte, se impone hacer referencia a la capacidad que a los consorcios y a las uniones temporales les atribuyó, de manera expresa, el artículo 6 de la Ley 80, con el fin de que puedan celebrar contratos con las entidades estatales, asunto en relación con el cual la Corte Constitucional, en la Sentencia C-414 de 1994³¹, sostuvo:

³⁰ En similar dirección a la anotada, el artículo 303 de la Ley 1437 de 2011 establece lo siguiente: “El Ministerio Público está facultado para actuar como demandante o como sujeto procesal especial y podrá intervenir en todos los procesos e incidentes que se adelanten ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo en defensa del orden jurídico, del patrimonio público y de los derechos y garantías fundamentales”.

³¹ Corte Constitucional, sentencia C-414 de septiembre 22 de 1994. Magistrado ponente: Antonio Barrera Carbonell.

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

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

“Con relativa frecuencia en el derecho tributario se encuentran sujetos que no encuadran con exactitud en la noción de persona, y sin embargo pueden ser responsables de obligaciones tributarias. Es así como la ley eleva a la condición de sujetos pasivos de una obligación tributaria a ciertos "entes" colectivos sin personería jurídica o masas de bienes, como las sucesiones ilíquidas, las sociedades de hecho, la comunidad organizada y los consorcios, entre otros.

“La identificación de los sujetos tributarios, en los casos señalados, surge por razón de los fines de sus actividades, objetivamente consideradas y de la relativa autonomía funcional con que operan. La ausencia de personería, por lo mismo, no supone una dificultad para identificar a estos sujetos especiales pasivos del tributo.

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

“En estos eventos el Estatuto no se refiere a una persona y sin embargo permite que los consorcios y a las uniones temporales puedan contratar con el Estado, lo cual, en resumen significa que la ley les reconoce su capacidad jurídica a pesar de que no les exige como condición de su ejercicio, la de ser personas morales.

“El consorcio es una figura propia del derecho privado, utilizado ordinariamente como un instrumento de cooperación entre empresas, cuando requieren asumir una tarea económica particularmente importante, que les permita distribuirse de algún modo los riesgos que pueda implicar la actividad que se acomete, aunar recursos financieros y tecnológicos, y mejorar la disponibilidad de equipos, según el caso, pero conservando los consorciados su independencia jurídica.

(...)

“Se tiene de lo anterior que según la ley, 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.

“Lo que se ha expresado para el consorcio puede aplicarse del mismo modo para

la "unión temporal", si se tiene en cuenta el texto del numeral segundo del mismo artículo 7o. Sin embargo, la norma en cita introdujo a la figura una variante que justifica la diferencia con el consorcio y explica de paso su razón de ser". (Las negrillas no corresponden al texto original).

La providencia que se deja parcialmente transcrita y, en especial, las normas legales que regulan la materia, permiten inferir con claridad que los consorcios y las uniones temporales se encuentran dotados de capacidad jurídica, expresamente otorgada por la ley, a pesar de que evidentemente no son personas morales, porque para contar con capacidad jurídica no es requisito ser persona.

Y acerca de la capacidad para contratar, la Corte Constitucional³² ha sostenido:

"4.3. La capacidad para contratar.

"La capacidad es la aptitud y la posibilidad de intervenir como sujeto activo o pasivo de relaciones jurídicas. Dicha capacidad, comprende tanto el poder para ser titular de derechos y obligaciones e igualmente la facultad de actuación o ejercicio para hacer reales y efectivos dichos derechos. Una especie concreta de aquella la constituye la capacidad para contratar.

"La ley 80 de 1993 reguló tanto la capacidad de los sujetos públicos como la capacidad o competencia de los sujetos privados que intervienen en las relaciones jurídicas a que dan lugar los contratos estatales. En tal virtud, estableció que están habilitadas para celebrar contratos con las entidades estatales las personas incapaces, las cuales, según el régimen de la contratación estatal, son quienes se catalogan como tales conforme a la ley civil o comercial u otros estatutos, e igualmente las que están incursas en causales de inhabilidad o de incompatibilidad.

"Con respecto a la capacidad o competencia de los sujetos públicos, la referida ley señaló cuáles eran las entidades estatales, con personería jurídica, y los organismos o dependencias del Estado a los cuales se autoriza para celebrar contratos, obviamente en este último caso con referencia al respectivo sujeto de imputación jurídica (Nación, Departamento, Municipio, Distrito etc), así como los órganos que tienen la representación para los mismo fines (arts. 2 numeral 1º y 11).

"La competencia y la capacidad de los sujetos públicos y privados para celebrar contratos es una materia propia y de obligada regulación dentro de un estatuto de contratación estatal, porque tales materias atañen a las calidades o atributos específicos que deben tener dichos sujetos, con el fin de que puedan ser titulares y hacer efectivos los derechos y obligaciones que emanan de la relación contractual".

Así pues, la capacidad de contratación que expresamente la Ley 80 otorgó y reconoció a los consorcios y a las uniones temporales, en modo alguno puede entenderse agotada en el campo de las actuaciones que esas organizaciones pueden válidamente desplegar en relación o con ocasión de su actividad contractual –incluyendo los actos jurídicos consistentes en la formulación misma de la oferta; la notificación de la adjudicación; la celebración, ejecución y liquidación del respectivo contrato estatal–, sino que proyecta sus efectos de

³² Corte Constitucional. Sentencia C-178 de abril 29 de 1996. Magistrado ponente: Antonio Barrera Carbonell.

manera cierta e importante en el campo procesal, en el cual, como ya se indicó, esas organizaciones empresariales podrán asumir la condición de parte, en cuanto titulares de derechos y obligaciones, al tiempo que podrán comparecer en juicio para exigir o defender, según corresponda, los derechos que a su favor hubieren surgido del respectivo procedimiento administrativo de selección contractual o del propio contrato estatal, puesto que, según lo dejó dicho la Corte Constitucional, la capacidad de contratación que a los consorcios y a las uniones temporales les atribuyó el artículo 6 de la Ley 80 "(...) comprende tanto el poder para ser titular de derechos y obligaciones e igualmente la facultad de actuación o ejercicio para hacer reales y efectivos dichos derechos (...)"

Añádase a lo anterior que el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo – C.C.A.–, modificado por el artículo 32 de la Ley 446 expedida en 1998, disposición que aunque no resulta aplicable al presente asunto porque la demanda se presentó el día 30 de abril de 1997³³, esto es antes de la vigencia de la aludida Ley 446, lo cierto es que dicha normativa que mantiene en lo pertinente las mismas previsiones de la norma legal anterior, aplicable al presente caso y contenida en el Decreto-ley 2304 de 1989 –al establecer que “**cualquiera de las partes de un contrato estatal** podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas”³⁴– erigió en titulares de la acción contractual a las **partes del contrato**, entre las cuales se encuentran, precisamente y por expresa autorización del referido artículo 6 de la Ley 80, los consorcios y las uniones temporales, de lo cual se desprende con claridad que esas organizaciones empresariales, dotadas por ley de capacidad jurídica para actuar como **partes de un contrato estatal**, en su calidad de tales también se encuentran legitimadas para ejercer la correspondiente acción contractual.

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

No sobra señalar que el referido artículo 87 del C.C.A., es una norma procesal, de

³³ En esa misma orientación lo preveía el aludido artículo 17 del Decreto 2304 de 1989, aplicable al presente asunto, en cuya virtud se disponía que: <<**Cualquiera de las partes** de un contrato administrativo o privado con cláusula de caducidad podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenaciones o restituciones consecuenciales; que se ordene su revisión; que se declare su incumplimiento y que se condene al contratante responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenaciones>>. (Negrillas adicionales).

³⁴ En idéntica dirección, el artículo 141 de la Ley 1437 de 2011 preceptúa lo siguiente: “Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas” (se deja subrayado).

carácter especial en relación con la materia de los contratos estatales y posterior en el tiempo al citado artículo 44 del C. de P. C.³⁵, por manera que aún si se llegare a considerar que las exigencias de esta disposición pudieren constituir un obstáculo que impediría tener como sujetos procesales a las organizaciones empresariales que se han venido mencionando, en cuanto carecen de personalidad jurídica, habría que concluir igualmente que aquella norma legal – procesal, especial y posterior–, está llamada a prevalecer y contendría la autorización que anteriormente se echaba de menos.

*Para abundar en razones que conducen a concluir que los consorcios y las uniones temporales se encuentran debidamente facultados para comparecer a los procesos judiciales que se promuevan u originen en relación con los procedimientos de selección o con los contratos estatales en los cuales aquellos pueden intervenir o asumir la condición de parte, según el caso, importa destacar que 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.*

*Así, en la medida en que la ley no hizo distinción alguna acerca de la **totalidad** de los efectos para los cuales se hará la designación del representante del consorcio o unión temporal, es claro que no podrá hacerlo el intérprete. De manera que al determinar que las facultades correspondientes comprenderán **todos los efectos**, en ellos deben entenderse incluidas las actuaciones de índole precontractual y contractual que puedan y deban desplegarse en sede administrativa, como por ejemplo aquellas encaminadas a definir los términos de la oferta y la presentación de la misma; notificarse de la decisión de declaratoria de desierta, si a ella hubiere lugar e interponer el correspondiente recurso de reposición; notificarse de la resolución de adjudicación; celebrar el correspondiente contrato; constituir y presentar, para aprobación, las garantías que aseguren su cumplimiento; formular cuentas de cobro o facturas; recibir los pagos; efectuar las entregas o cumplir las prestaciones a que hubiere lugar; convenir modificaciones, ajustes, adiciones o prórrogas; concurrir a la liquidación del contrato y acordar los términos de la misma; lograr acuerdos o conciliaciones; notificarse de los actos administrativos de índole contractual que expida la entidad contratante e impugnarlos en vía gubernativa, etc.*

*Como resulta apenas natural, ha de entenderse también que la representación del consorcio o de la unión temporal, en los términos de la ley, **para todos los efectos**, comprenderá por igual las actuaciones procesales que deban emprenderse o desplegarse con el propósito de reclamar o defender en juicio los derechos derivados de la propuesta o del contrato. Es más, resultaría contradictorio e inadmisibles suponer que el representante de una de esas agrupaciones empresariales pudiese celebrar el contrato, convenir su liquidación y*

³⁵ El Código de Procedimiento Civil fue adoptado mediante los Decretos-leyes 1400 y 2019 del año 1970 y el texto vigente de su artículo 44 corresponde a la modificación que introdujo el Decreto-ley 2282 del año 1989, al paso que el Código Contencioso Administrativo corresponde al Decreto-ley 01 del año 1984 y el texto vigente de su artículo 87 fue acogido mediante la Ley 446 expedida en el año de 1998.

hacer salvedades acerca de su contenido o notificarse válidamente de los actos administrativos contractuales e incluso recurrirlos en sede administrativa, pero que una vez agotada la vía gubernativa no pudiere demandar esos actos o el contrato mismo ante el juez competente o formular demandas en relación con las salvedades consignadas en el acta de liquidación final.

Surge aquí un efecto adicional que importa destacar, consistente en que la notificación que de los actos contractuales expedidos por la entidad estatal en relación o con ocasión de un contrato celebrado con un consorcio o una unión temporal, se realice con el representante de la respectiva agrupación, será una notificación que se tendrá por bien hecha, sin que resulte necesario entonces, para que el acto administrativo correspondiente produzca la plenitud de sus efectos, que la entidad contratante deba buscar y hasta 'perseguir', por el país o por el mundo entero, a los múltiples y variados integrantes del consorcio o de la unión temporal contratista.

*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.*

*Por el contrario, la norma legal en cita lo que pretendió es que en el caso de la celebración de contratos estatales con consorcios o con uniones temporales, por ella misma autorizados de manera expresa (artículo 6, Ley 80), la Administración Pública pueda contar con un solo y único interlocutor válido que, a la vez, disponga de facultades amplias y suficientes, esto es **para todos los efectos**, que le permitan, de manera ágil y eficiente, ventilar, discutir, convenir, decidir o notificarse de aquellos asuntos de índole contractual que por su naturaleza están encaminados a satisfacer el interés general, como es propio de los contratos de Derecho Público.*

*Así pues, el representante del consorcio o de la unión temporal, que por ley debe ser designado **para todos los efectos**, lo es de la agrupación empresarial en su conjunto, del ente al cual se refiere la ficción legal y no de cada uno de sus integrantes individualmente considerados, cuestión que se condensa en la máxima que enseña que el todo es más que la simple suma de sus partes.*

También hay lugar a señalar que si con sujeción a las previsiones de los artículos 6, 7 y 70 de la Ley 80, en un contrato estatal celebrado por un consorcio o por una unión temporal a través de su representante, se incorpora una cláusula compromisoria, la misma estará llamada a generar importantes efectos de índole procesal, como aquellos relacionados con la determinación del juez del contrato, por lo cual resultaría incompatible tener a esa cláusula, pactada por el representante del consorcio o de la unión temporal, como fuente de la habilitación y determinación de la competencia de los árbitros pero, a la vez, negarle a esa

misma organización empresarial la posibilidad de promover o concurrir al respectivo proceso arbitral por intermedio de su representante.

Para corroborar el sentido y el alcance de la norma legal que le atribuye al representante del consorcio o de la unión temporal la facultad de actuar en nombre de la respectiva agrupación **para todos los efectos**, además de lo dicho importa resaltar que la misma Ley 80, en su apartado 22.4, al regular aspectos relacionados con el registro de proponentes³⁶ determinó con claridad que “[c]uando se trate de personas naturales extranjeras sin domicilio en el país o de personas jurídicas privadas extranjeras que no tengan establecida sucursal en Colombia (...) deberán acreditar en el país un apoderado domiciliado en Colombia debidamente facultado para **presentar la propuesta y celebrar el contrato**, así como **para representarlas judicial y extrajudicialmente**”.³⁷

Lo anterior sirve de fundamento para destacar que aunque en el texto de la Ley 80 se encuentran perfectamente claras las limitaciones generales que podrían afectar la representación en asuntos contractuales, al distinguir, de una parte, entre **la presentación de la propuesta** por oposición a **la celebración del contrato** y, de otra parte, la **representación judicial** frente a la **representación extrajudicial**, de todas maneras, y aquí radica la importancia de lo normado en el párrafo 1º del artículo 7 de la Ley 80, ninguna diferenciación introdujo el mismo legislador en relación con el alcance de las facultades de los representantes de los consorcios y de las uniones temporales, comoquiera que determinó con precisión que quien sea designado llevará la representación de esas agrupaciones **para todos los efectos**, cuestión que involucra, precisamente, todas las actuaciones anteriormente aludidas, entre las cuales se encuentran –bueno es reiterarlo–, aquellas actuaciones tanto de índole judicial como extrajudicial.

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.

Ciertamente, si la parte final del aludido artículo 6 de la Ley 80 no produjere el efecto de dotar, a los consorcios y a las uniones temporales, de plena capacidad contractual frente a las entidades estatales, incluyendo la obvia facultad de que esas organizaciones puedan exigir o defender en juicio los derechos de los cuales son titulares y que se derivan de tales contratos, bien podría sostenerse entonces que ese segmento normativo ningún agregado habría aportado al ordenamiento

³⁶ Exigencia que igualmente resulta aplicable a toda actuación contractual que frente a entidades estatales desarrollen aquellas personas naturales extranjeras sin domicilio en el país o las personas jurídicas privadas extranjeras sin sucursal en Colombia.

³⁷ La representación legal de los consorcios y uniones temporales no sufrió modificación especial con la expedición de la Ley 1150 de 2007, que mantuvo vigentes los artículos 6, 7 y 70 de la Ley 80 de 1993. En cuanto al registro de proponentes, el artículo 6 del primero de los conjuntos normativos en mención estableció directrices para la acreditación y verificación de las condiciones de los proponentes ante las Cámaras de Comercio, a partir de las cuales el Gobierno Nacional reglamentó la materia por medio del Decreto 1464 de 2010, tanto para personas naturales y jurídicas nacionales o extranjeras con o sin domicilio en Colombia. El citado artículo 6 de la Ley 1150, posteriormente, sería modificado por el artículo 221 del Decreto-ley 019 de 2012.

colombiano, comoquiera que con base en las normas civiles y mercantiles cuya regulación incorpora el artículo 13 de la Ley 80 en el estatuto de contratación estatal respecto de los asuntos no reglados de manera especial, las entidades públicas perfectamente habrían podido celebrar contratos con pluralidad de contratistas como contraparte, puesto que al denominado Derecho Privado no resultan ajenas, en modo alguno, las relaciones contractuales en las cuales uno o varios de sus extremos se encuentran integrados por multiplicidad de personas, naturales o jurídicas (artículos 1568 y sts. C.C., y artículo 825 C. de Co.).

Obviamente en el campo regido de manera exclusiva por las normas de los Códigos Civil o de Comercio, en los cuales las agrupaciones respectivas también carecen de personalidad jurídica, la falta de regulación al respecto determina que la comparecencia en juicio deban hacerla, en forma individual, cada uno de los integrantes del respectivo extremo contractual.

Es allí donde radica la importante diferencia que se registra entre la inexistencia de regulación sobre la materia en los Códigos Civil y de Comercio, en contraste con la norma especial, de Derecho Público, que de manera expresa dota a los consorcios y a las uniones temporales de capacidad, suficiente y plena, para celebrar contratos con las entidades estatales, por manera que su significado va más allá de la simple previsión, en tal caso inane e innecesaria, de limitarse a contemplar la posibilidad de que en los contratos estatales la parte privada pueda estar integrada por más de una persona, natural o jurídica.

Estas mismas argumentaciones sirven para descartar la opción interpretativa encaminada a concebir a los consorcios y a las uniones temporales como simples mecanismos o instrumentos de representación de cada uno de sus integrantes a través del representante común designado para el efecto, puesto que en esa perspectiva a la norma legal especial que se viene mencionando también se le estarían restando o anulando todos sus efectos, como quiera que la figura de la representación se encuentra ampliamente regulada tanto en el Código Civil – artículo 1505– como en el Código de Comercio –artículos 832 a 844–, sin que para su aplicación en la contratación estatal hubiere sido menester consagrar la autorización expresa que faculta a los consorcios y a las uniones temporales para celebrar contratos con las entidades del Estado, en la medida en que la ausencia de regulación especial se supliría con la aplicación de las normas aludidas, incorporadas, como ya se comentó, al Estatuto de Contratación Estatal por mandato de su artículo 13.

Lo propio cabe comentar acerca de varios apartes del artículo 7 de la misma Ley 80; así por ejemplo, si la responsabilidad solidaria que expresamente consagró la norma respecto de los integrantes del consorcio o de la unión temporal, frente a “(...) todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato (...)” –artículo 7-1– o, en otros términos, “(...) por el cumplimiento total de la propuesta y del objeto contratado (...)” –artículo 7-2–, no tuviere propósitos y efectos especiales, amén de que su consagración expresa se justifica e impone en cuanto la propia ley partió del supuesto de que la oferta es formulada, en cada caso, por el respectivo consorcio o unión temporal y que esa ‘agrupación’ o ‘ente’ es la **parte** del contrato –que no los diversos integrantes individualmente considerados–, sencillamente habría podido prescindirse de la norma, puesto que en tal hipótesis y por la incorporación dispuesta en el aludido artículo 13 de la Ley 80, habría que concluir que a los contratos estatales a cuya celebración concurrieren uno o más comerciantes –artículo 22 C. de Co.– bajo la figura de consorcio o de unión temporal, sencillamente resultaría aplicable la presunción de solidaridad pasiva que el estatuto mercantil recoge en su artículo 825.

Razonando de la misma manera habría lugar a sostener entonces que el segmento normativo del citado artículo 7 de la Ley 80, por cuya virtud se regulan la necesidad, las facultades y los efectos de la designación de un representante del consorcio o de la unión temporal, igual estaría sobrando y ningún efecto útil contendría en cuanto se entendiese, simplemente, que dichos apartes estarían limitados a concebir al representante de la agrupación como un representante más o mandatario común de los respectivos integrantes, individualmente considerados, comoquiera que para llegar a ese punto habría bastado con aplicar los preceptos del Derecho Privado que se ocupan de regular la figura de la representación, esto es los aludidos artículos 1505 del Código Civil o los que van del 832 al 844 del Código de Comercio, según el caso, los cuales, bueno es reiterarlo, se encuentran incorporados en lo pertinente al Estatuto de Contratación Estatal, por expreso mandato de su artículo 13.

A todo lo anterior se añaden los importantes efectos que para corroborar la tesis aquí expuesta se desprenden del inciso segundo del artículo 52 de la misma Ley 80, norma que al regular la “RESPONSABILIDAD DE LOS **CONTRATISTAS**”, determinó:

“Los consorcios y uniones temporales responderán por las acciones y omisiones de sus integrantes, en los términos del artículo 7º de esta ley”.

Téngase presente que la norma legal transcrita distingue perfectamente entre los consorcios y las uniones temporales por un lado y los integrantes de tales organizaciones por el otro, al punto de hacer responsables a los primeros por las actuaciones u omisiones de los segundos.

De otro lado es claro que si al ocuparse del tema de la responsabilidad civil de los **contratistas**, la ley determina con claridad que quienes deben asumirla serán los consorcios o las uniones temporales, según cada caso, obvio resulta que una de las maneras, previstas en el ordenamiento legal, para hacer exigible dicha responsabilidad civil será mediante el ejercicio de las correspondientes acciones judiciales, cuestión que, naturalmente, supone la necesidad e importancia de permitir que dichas organizaciones empresariales puedan ser convocadas a los procesos judiciales y que en los mismos puedan desplegar sus actuaciones para ejercer sus derechos, como el fundamental de defensa.

En este orden de ideas se modifica la tesis que hasta ahora ha sostenido la Sala, con el propósito de que se reafirme que si bien los consorcios y las uniones temporales no constituyen personas jurídicas independientes, sí cuentan con capacidad, como sujetos de derechos y obligaciones (artículos 44 del C. de P.C. y 87 C.C.A.³⁸), para actuar en los procesos judiciales, por conducto de su representante, sin perjuicio, claro está, de observar el respectivo jus postulandi.

También debe precisarse que la tesis expuesta sólo está llamada a operar en cuanto corresponda **a los litigios derivados de los contratos estatales o sus correspondientes procedimientos de selección**, puesto que la capacidad jurídica que la Ley 80 otorgó a los consorcios y a las uniones temporales se limitó a la celebración de esa clase de contratos y la consiguiente participación en la respectiva selección de los contratistas particulares, sin que, por tanto, la aludida capacidad contractual y sus efectos puedan extenderse a otros campos diferentes,

³⁸ Como de igual modo, según se ha indicado ya dentro de este pronunciamiento, lo establecen los artículos 141 de la Ley 1437 de 2011 y 53 y 54 de la Ley 1564 de 2012.

como los relativos a las relaciones jurídicas que, de manera colectiva o individual, pretendan establecer los integrantes de esas agrupaciones con terceros, ajenos al respectivo contrato estatal, independientemente de que tales vínculos pudieren tener como propósito el desarrollo de actividades encaminadas al cumplimiento, total o parcial, del correspondiente contrato estatal.

➤ La noción de legitimación en la causa en la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Sea lo primero advertir, en relación con la naturaleza jurídica de la noción de legitimación en la causa, que ésta —o, más exactamente, la ausencia de la misma—, en los procesos ordinarios y según lo ha señalado la Sección Tercera, no es constitutiva de excepción de fondo sino que se trata de un presupuesto necesario para proferir sentencia de mérito favorable ora a las pretensiones del demandante, bien a las excepciones propuestas por el demandado.

Adicionalmente se ha diferenciado entre la legitimación de hecho y la legitimación material en la causa³⁹. La primera se refiere a la relación procesal que se establece entre el demandante y el demandado por intermedio de la pretensión procesal, es decir, se trata de una relación jurídica nacida de la atribución de una conducta en la demanda y de la notificación del libelo inicial al demandado, por manera que quien cita a otro y le endilga la conducta, actuación u omisión que dan lugar a que se incoe la acción, está legitimado de hecho por activa y aquél a quien se cita y se le atribuye la referida acción u omisión resulta legitimado de hecho y por pasiva, después de la notificación del auto admisorio de la demanda⁴⁰.

Por su parte, la legitimación material en la causa alude a la participación real de la(s) persona(s) demandante(s) y/o demandada(s) en los hechos que originaron el respectivo litigio, independientemente de que dicha(s) persona(s) haya(n), o no, demandado o sido demandada(s). De ahí que la falta de legitimación material en la causa, por activa o por pasiva, no enerve la pretensión procesal en su contenido, como sí lo hace una excepción de fondo, pues, como lo ha precisado la Sala,

«[L]a excepción de fondo se caracteriza por la potencialidad que tiene, si se prueba el hecho modificativo o extintivo de la pretensión procesal que propone el demandado o advierte el juzgador (art. 164 C.C.A) para extinguir parcial o totalmente la súplica procesal.

La excepción de fondo supone, en principio, el previo derecho del demandante que a posteriori se recorta por un hecho nuevo y probado —**modificativo o extintivo del derecho constitutivo del demandante**— que tumba la prosperidad total o parcial de la pretensión, como ya se dijo.

La legitimación material en la causa activa y pasiva, es una condición anterior y necesaria, entre otras, para dictar sentencia de mérito favorable, al demandante o

³⁹ Ver, por ejemplo, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera sentencia de 15 de junio de 2000; Consejera Ponente: María Elena Giraldo Gómez; expediente No. 10.171; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del veintiocho (28) de abril de dos mil cinco (2005), Consejero ponente: Germán Rodríguez Villamizar, Radicación número: 66001-23-31-000-1996-03266-01 (14.178).

⁴⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del treinta y uno (31) de octubre de dos mil siete (2007); Referencia: 13.503; Radicación: 110010326000199713503 00.

al demandado» (negrillas en el texto original, subrayas fuera de él)⁴¹.

Lo anterior lleva a concluir que en un sujeto procesal que se encuentra legitimado de hecho en la causa no necesariamente concurrirá, al mismo tiempo, legitimación material, pues ésta solamente es predicable respecto de quienes participaron realmente en los hechos que han dado lugar a la instauración de la demanda. En consecuencia, el análisis sobre la legitimación material en la causa se contrae a dilucidar si existe, o no, relación real de la parte demandada o de la demandante con la pretensión que ésta formula o la defensa que aquélla propone, pues la existencia de tal relación constituye condición anterior y necesaria para dictar sentencia de mérito favorable a una o a otra⁴². De manera ilustrativa, así lo ha explicado la Sección Tercera:

«La legitimación ad causam material alude a la participación real de las personas, por regla general, en el hecho origen de la formulación de la demanda, independientemente de que haya demandado o no, o de que haya sido demandado o no.

Ejemplo:

- A, Administración, lesiona a B. A y B, están legitimados materialmente; pero si A demanda a C, sólo estará legitimado materialmente A; además si D demanda a B, sólo estará legitimado materialmente B, lesionado. Si D demanda a C, ninguno está legitimado materialmente.

Pero en todos esos casos todos están legitimados de hecho; y sólo están legitimados materialmente, quienes participaron realmente en la causa que dio origen a la formulación de la demanda»⁴³.

En similar sentido y complementando lo anteriormente expuesto, se ha afirmado lo siguiente:

“La legitimación material en la causa, activa y pasiva, es una condición anterior y necesaria entre otras, para dictar sentencia de mérito favorable al demandante o al demandado. Nótese que el estar legitimado en la causa materialmente por activa o por pasiva, por sí solo, no otorga el derecho a ganar; si la falta recae en el demandante el demandado tiene derecho a ser absuelto pero no porque él haya probado un hecho nuevo que enerve el contenido material de las pretensiones sino porque quien lo atacó no es la persona que frente a la ley tiene el interés sustantivo para hacerlo -no el procesal-; **si la falta de legitimación en la causa es del demandado, de una parte al demandante se le negarán las pretensiones no porque los hechos en que se sustenten no le den el derecho sino porque a quien se las atribuyó no es el sujeto que debe responder; por eso, de otra parte, el demandado debe ser absuelto, situación que se logra**

⁴¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del veinte (20) de septiembre de dos mil uno (2001); Consejera ponente: María Elena Giraldo Gómez; Radicación: 10973.

⁴² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de diecisiete (17) de junio de dos mil cuatro (2004); Consejera ponente: María Elena Giraldo Gómez; Radicación número: 76001-23-31-000-1993-0090-01(14452).

⁴³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del quince (15) de junio de dos mil (2000); Consejera ponente: María Elena Giraldo Gómez; Radicación número: 10171.

con la denegación de las súplicas del demandante⁴⁴ (Énfasis añadido).

Finalmente, la Sala estima necesario precisar y enfatizar que la rectificación jurisprudencial que mediante la presente decisión se efectúa en relación con la capacidad procesal que les asiste a los consorcios y a las uniones temporales para comparecer como sujetos en los procesos judiciales en los cuales se debaten asuntos relacionados con los derechos o intereses de los que son titulares o que discuten o que de alguna otra manera les conciernen en razón de su condición de contratistas de las entidades estatales o de interesados o participantes en los procedimientos de selección contractual, de ninguna manera debe considerarse como una cortapisa para que los integrantes de los respectivos consorcios o uniones temporales, individualmente considerados –sean personas naturales o jurídicas– puedan comparecer al proceso –en condición de demandante(s) o de demandado(s)–.

Ciertamente, la modificación de la Jurisprudencia que aquí se lleva a cabo apunta únicamente a dejar de lado aquella tesis jurisprudencial en cuya virtud se consideraba, hasta este momento, que en cuanto los consorcios y las uniones temporales carecen de personalidad jurídica propia e independiente, no les resultaba dable comparecer a los procesos judiciales porque esa condición estaba reservada de manera exclusiva a las personas –ora naturales, ora jurídicas–, por lo cual se concluía que en los correspondientes procesos judiciales únicamente podían ocupar alguno de sus extremos los integrantes de tales organizaciones empresariales.

En consecuencia, a partir del presente proveído se concluye 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 pudieren 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 opción, que naturalmente continúa vigente, de que los integrantes de tales consorcios o uniones temporales también puedan, si así lo deciden y siempre que para ello satisfagan los requisitos y presupuestos exigidos en las normas vigentes para el efecto, comparecer a los procesos judiciales –bien como demandantes, bien como demandados, bien como terceros legitimados o incluso en la condición de litisconsortes, facultativos o necesarios, según corresponda–, opción que de ser ejercida deberá consultar, como resulta apenas natural, las exigencias relacionadas con la debida integración del contradictorio, por manera que, en aquellos eventos en que varios o uno solo de los integrantes de un consorcio o de una unión temporal concurren a un proceso judicial, en su condición individual e independiente, deberán satisfacerse las reglas que deban aplicarse, según las particularidades de cada caso específico, para que los demás integrantes del correspondiente consorcio o unión temporal deban o puedan ser vinculados en condición de litisconsortes, facultativos o necesarios, según corresponda”. (Negritas y subrayas del original).

En este orden de ideas y dado que los consorcios oferentes o contratistas pueden

⁴⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del veintidós (22) de noviembre de dos mil uno (2001); Consejera ponente: María Elena Giraldo Gómez; Expediente 13.356. Puede verse, en la misma dirección, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de veintisiete (27) de abril de dos mil seis (2006); Consejero ponente: Ramiro Saavedra Becerra; Radicación número: 66001-23-31-000-1996-03263-01(15.352).

comparecer al proceso a través de apoderado judicial designado por el representante de la respectiva agrupación empresarial **para todos los efectos** relativos a la oferta, al procedimiento de selección o al contrato respectivo, se concluye que el Consorcio VIANCHA-MENDEZ cuenta con capacidad procesal para comparecer al proceso a través de su representante, comoquiera que el documento que acreditan quiénes son los integrantes de la agrupación y el representante legal de la misma fue allegado en copia auténtica (folio 44 cuaderno 2), lo cual demuestra que el señor JOSÉ HERNÁN VIANCHA GUTIÉRREZ efectivamente ostenta la calidad en que dijo actuar.

2.1.- Aspectos sustanciales.

2.1.1.- Las pruebas aportadas al proceso.

2.1.1.1.- Documentos aportados en original o en copia auténtica.

Los siguientes documentos fueron allegados al proceso en original o en copia auténtica, razón por la cual serán valorados como pruebas válidas:

- Contrato 089 FVS/96 suscrito entre el FONDO DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD DE SANTAFE DE BOGOTÁ D.C., y la UNIVERSIDAD DE LOS ANDES (folios 56 a 61 cuaderno 1), cuyo objeto consiste en realizar la evaluación y ponderación técnica de cada una de las ofertas presentadas dentro de las Licitaciones Públicas 011 y 012 F.V.S./96.
- Resolución No. 124 FVS/96 por la cual se adjudicó la licitación pública No. 012 FVS/96 (folios 62 a 68 cuaderno 1).
- Informe final de evaluación de las ofertas presentadas en la licitación pública No. 012 FVS/96 (folios 69 a 78 cuaderno 1).
- Informe de la Cámara de Comercio de Bogotá sobre el Registro Único de Proponentes de las personas naturales y jurídicas que participaron en la licitación pública No. 012 FVS/96 (folios 315 a 406 cuaderno 2).
- Oferta presentada por el Consorcio JOSÉ HERNÁN VIANCHA – JORGE E. MENDEZ (folios 1 a 369 cuaderno 3).

- Oferta presentada por el Consorcio S.L. (folios 1 a 484 cuadernos 4 y 5).
- Estudio previos de la licitación No. 012 FVS/96 (160 folios cuaderno 6).
- Documento de conformación del Consorcio JOSÉ HERNÁN VIANCHA GUTIÉRREZ y JORGE ERNESTO MÉNDEZ PACHÓN (folio 44 cuaderno 2).
- Resolución No. 084 de 1996, por la cual se ordenó la apertura de la licitación pública No. 012 de 1996 (folios 45 y 36 cuaderno 2).
- Pliego de Condiciones de la Licitación No. 012 FSV/96 (folio 133 a 287 cuaderno 2).

2.1.1.2.- Dictámenes periciales.

Mediante auto del 11 de diciembre de 1997, el Tribunal *a quo* decretó a petición de la parte demandante dos dictámenes periciales: el primero a cargo de ingeniero civiles, sobre los aspectos técnicos evaluados y las observaciones formuladas a la calificación efectuada por los evaluadores. El segundo a cargo de contadores públicos, para que se pronunciaran sobre las presuntas inconsistencias en los estados financieros y el RUP del Consorcio S.L.

- *Dictamen pericial de los ingenieros civiles (folios 60 a 82 cuaderno 2).* Los ingenieros PEDRO TURRIAGO R., y MANUEL ULLOA M., presentaron una evaluación de las ofertas de los Consorcios S.L., y Viancha- Méndez, a propósito de las cuales concluyeron lo siguiente:

*“Teniendo en cuenta lo establecido en el Pliego de Condiciones; el **consorcio VIANCHA-MENDEZ** debió ser LA FIRMA GANADORA DE LA LICITACIÓN PÚBLICA 012-FVS-96. Y a la cual debió habersele adjudicado, puesto que obtiene el mayor puntaje en la **EVALUACIONES** realizadas.”*

- *Dictamen pericial de los contadores públicos (folios 83 a 91 cuaderno 2).* Los contadores GERARDINO VIVAS H., y MYRIAN LISBETH RINCÓN encontraron inconsistencias en las declaraciones de renta y balances del Consorcio S.L., porque se tomó equivocadamente el concepto de administración delegada como si fuera un concepto de contrato de construcción.

De los anteriores dictámenes se corrió traslado a las partes mediante auto del 9 de diciembre de 1998 (folio 81 cuaderno 1). El apoderado de la entidad demandada presentó objeción por error grave y a ese efecto señaló que los informes de los peritos eran incompletos y basados en una valoración subjetiva (folios 84 a 86 cuaderno 1).

2.2.- El principio de selección objetiva del contratista.

No debe perderse de vista que la gestión contractual de la Administración Pública, básicamente regulada por la Ley 80 de 1993, para la época de los hechos, se encuentra al servicio del interés general y afecta los fines esenciales del Estado, por lo cual debe cumplirse con sujeción a los principios que rigen la contratación estatal, entre los cuales se destacan los de transparencia, economía y responsabilidad; así mismo se impone la observancia de los postulados que orientan la función administrativa, señalados en el artículo 209 de la Carta Política, además de la aplicación de las reglas de interpretación de la contratación, los Principios Generales del Derecho y específicamente los del Derecho Administrativo.

Ahora bien, el principio de transparencia, al que debe sujetarse la contratación estatal, encuentra concreción en las reglas para la escogencia objetiva del contratista, tal como se puso de presente en el trámite legislativo del estatuto de contratación⁴⁵ que se expresaba en el artículo 29 de la Ley 80 de 1993⁴⁶, ahora

⁴⁵ "Dicho principio encuentra un complemento de significativa importancia consistente en el deber de escoger al contratista mediante la selección objetiva, aspecto éste que el estatuto anterior no contemplaba de manera explícita.

En ese sentido, los artículos 24 y 29 del proyecto consagran expresamente ese deber de aplicar tal criterio de escogencia del contratista, para resaltar cómo la actividad contractual de la administración debe ser en un todo ajena a consideraciones caprichosas o subjetivas y que, por lo tanto, sus actos deben llevar siempre como única impronta la del interés público.

(...) el proyecto precisa en su artículo 29 que la selección objetiva consiste en la escogencia del ofrecimiento más favorable para la entidad, con lo cual se recoge la esencia del artículo 33 del estatuto anterior, haciendo énfasis en la improcedencia de considerar para tal efecto motivaciones de carácter subjetivo y estableciendo, a título meramente enunciativo, factores determinantes de la escogencia.

Adicionalmente el citado artículo del proyecto exige que la ponderación de esos factores conste de manera clara, detallada y concreta en los respectivos pliegos de condiciones o términos de referencia, o en el análisis previo a la suscripción del contrato si se trata de contratación directa, buscando con ello cerrar la puerta a cualquier arbitrariedad en la decisión administrativa de selección". Gaceta del Congreso. Exposición de Motivos del Proyecto de Ley No. 149 de 1992. Imprenta Nacional. Septiembre 23 de 1992, pág. 18.

subrogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007 y más recientemente por el Estatuto Anticorrupción en su artículo 88, al prescribir factores de selección y procedimientos diferenciales para la adquisición de los bienes y servicios a contratar⁴⁷. En este sentido, la forma de presentación y evaluación de las propuestas resulta especialmente exigente para garantizar un procedimiento objetivo y transparente, cerrando así el paso a cualquier consideración subjetiva o discriminatoria que pudieren llevar a cabo las autoridades competentes.

En virtud del mencionado principio de transparencia, ha constituido preocupación constante del legislador en materia de contratación estatal propender porque se cumpla a cabalidad el proceso de selección objetiva de los contratistas del Estado, para garantizar el buen ejercicio de la función pública con el fin de proteger el interés general y, por ello, a pesar de que el estatuto de contratación vigente no se adentra en detalles -a diferencia de los estatutos que le precedieron-, se ocupó de dicho aspecto en varias de sus normas, dejando clara su intención de establecer

⁴⁶ Es objetiva la selección en la cual la escogencia se hace al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.

Ofrecimiento más favorable es aquel que, teniendo en cuenta los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazos, precio y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o términos de referencia o en el análisis previo a la suscripción del contrato, si se trata de contratación directa, resulta ser el más ventajoso para la entidad, **sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos**, sólo alguno de ellos, el más bajo precio o el plazo ofrecido (...)” - (Destaca la Sala)

⁴⁷ Ley 1474 de 2011, artículo 88. *FACTORES DE SELECCIÓN Y PROCEDIMIENTOS DIFERENCIALES PARA LA ADQUISICIÓN DE LOS BIENES Y SERVICIOS A CONTRATAR*. Modifíquese el numeral 2 del artículo 5o de la Ley 1150 de 2007 en el siguiente sentido:

“2. La oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, resulte ser la más ventajosa para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos. En los contratos de obra pública, el menor plazo ofrecido no será objeto de evaluación. La entidad efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los ofrecimientos recibidos y la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello.

En los procesos de selección en los que se tenga en cuenta los factores técnicos y económicos, la oferta más ventajosa será la que resulte de aplicar alguna de las siguientes alternativas:

- a) La ponderación de los elementos de calidad y precio soportados en puntajes o fórmulas señaladas en el pliego de condiciones; o
- b) La ponderación de los elementos de calidad y precio que representen la mejor relación de costo-beneficio para la entidad.

PARÁGRAFO. Adiciónese un párrafo 6o en el artículo 2o de la Ley 1150 de 2007 del siguiente tenor:

“El Gobierno Nacional podrá establecer procedimientos diferentes al interior de las diversas causales de selección abreviada, de manera que los mismos se acomoden a las particularidades de los objetos a contratar, sin perjuicio de la posibilidad de establecer procedimientos comunes. Lo propio podrá hacer en relación con el concurso de méritos”.

reglas y principios que impidan el incumplimiento del deber de selección objetiva; por ello en el artículo 28 se consigna la forma de interpretación de las reglas contractuales; expresa la citada disposición:

“En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos”.

De lo expuesto resulta que la obligatoriedad del procedimiento de licitación pública con aplicación del deber de selección objetiva en la forma descrita, también de obligatoria observancia en la contratación directa, evita que la Administración Pública pueda adjudicar para favorecer a una persona o a un grupo determinado de personas en quienes se concentraría la contratación estatal, quebrando los principios de igualdad y de imparcialidad.

En la etapa precontractual son muchas y muy variadas las manifestaciones del principio de igualdad, las cuales se ven reflejadas en: **i)** la adopción de pliegos de condiciones que contengan disposiciones generales e impersonales que eviten tratos discriminatorios respecto de los oferentes u otorguen ventajas a algunos de ellos; **ii)** la fijación de plazos razonables que faciliten la concurrencia de los oferentes; **iii)** la imposibilidad para los oferentes de modificar sus propuestas después de haberse efectuado el cierre del procedimiento administrativo de selección; **iv)** el deber que asume la entidad pública de evaluar todas las propuestas; **v)** la obligación de la Administración de aplicar estrictamente los criterios de selección establecidos libremente por ella; **vi)** el deber de la entidad pública de evaluar las propuestas bajo los mismos parámetros de ponderación establecidos en los documentos del correspondiente procedimiento administrativo de selección contractual, sin que le sea dable valorar con más rigor determinadas propuestas y ser laxa con otras y **vii)** la imposibilidad, para la entidad pública, de variar los criterios de evaluación y su ponderación.

La entidad pública, al efectuar el examen comparativo de las propuestas, debe tener presente el deber legal que le asiste de: **i)** aplicar estrictamente los criterios de selección y ponderación establecidos en el pliego de condiciones; **ii)** dar a conocer oportunamente los informes de las evaluaciones realizadas; **iii)** atender y dar respuesta motivada a las observaciones que sean efectuadas a los estudios,

actividad que estará orientada por los principios de transparencia, de igualdad, de imparcialidad y de selección objetiva, establecidos por la ley para asegurar la escogencia de la propuesta más favorable para la Administración.

2.3.- La naturaleza jurídica del acto de adjudicación. Motivación y fundamentación.

Por regla general, la Administración tiene el deber de motivar los actos a través de los cuales se materializa el poder del Estado en cada una de sus instituciones. Es decir, tiene la obligación de hacer explícitos los fundamentos o razones de hecho y de derecho de sus decisiones; en este orden de ideas, la discrecionalidad no puede ser interpretada ni confundirse con la arbitrariedad.

En decisiones de control abstracto de constitucionalidad, por ejemplo en la Sentencia C-734 de 2000, la Corte Constitucional ha precisado que la motivación es la mejor forma para distinguir lo discrecional de lo arbitrario. Dijo entonces:

*“De lo hasta aquí expuesto puede concluirse que la discrecionalidad absoluta entendida como la posibilidad de adoptar decisiones administrativas sin que exista una razón justificada para ello, puede confundirse con la arbitrariedad y no es de recibo en el panorama del derecho contemporáneo. La discrecionalidad relativa, en cambio, ajena a la noción del capricho del funcionario, le permite a éste apreciar las circunstancias de hecho y las de oportunidad y conveniencia que rodean la toma de la decisión, concediéndole la posibilidad de actuar o de no hacerlo, o de escoger el contenido de su determinación, siempre dentro de las finalidades generales inherentes a la función pública y las particulares implícitas en la norma que autoriza la decisión discrecional. En este orden de ideas, le asiste razón al actor cuando afirma que la necesidad de motivar el acto administrativo se erige como la mejor garantía para distinguir lo discrecional de lo arbitrario”.*⁴⁸

La motivación del acto administrativo constituye una expresión del principio del Estado de Derecho (artículo 1º Constitución Política), que implica la sujeción de los poderes públicos al principio de legalidad y proscribire la arbitrariedad en las decisiones que afectan a los particulares. La doctrina autorizada ha explicado que la motivación representa el primer criterio de deslinde entre lo discrecional y lo arbitrario. Así, refiriéndose al caso español, cuyas consideraciones son plenamente aplicables al escenario colombiano, el profesor Tomás Ramón Fernández señala:

“La motivación de la decisión comienza, pues, por marcar la diferencia entre la discrecional y lo arbitrario, y ello, porque si no hay motivación que se sostenga, el único apoyo de la decisión será la sola voluntad de quien la adopta, apoyo

⁴⁸ Corte Constitucional, Sentencia C- 374 de 2000, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

insuficiente, como es obvio, en un Estado de Derecho en el que no hay margen, por principio, para el poder puramente personal. Lo no motivado es ya por este sólo hecho, arbitrario, como con todo acierto concluyen las Ss. de 30 de junio de 1982 y 15 de octubre y 29 de noviembre de 1985, entre otras.

La motivación, por otra parte, es, como ha dicho la SC. de 17 de junio de 1981, "no sólo una elemental cortesía, sino un riguroso requisito del acto de sacrificio de derechos", una garantía elemental del derecho de defensa, incluida en el haz de facultades que comprende el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, a obtener una resolución fundada en el Derecho (SC. De 11 de julio de 1983)"⁴⁹. (Resaltado fuera de texto).

En la misma dirección, al analizar varias normas del Código Contencioso Administrativo, la Corte Constitucional declaró su exequibilidad condicionada, precisando que la regla general la constituye la necesidad de motivación de los actos "como prenda del efectivo imperio del Derecho en el seno de la sociedad"⁵⁰; dijo entonces:

"Si en el Estado de Derecho ningún funcionario puede actuar por fuera de la competencia que le fija con antelación el ordenamiento jurídico, ni es admisible tampoco que quien ejerce autoridad exceda los términos de las precisas funciones que le corresponden, ni que omita el cumplimiento de los deberes que en su condición de tal le han sido constitucional o legalmente asignados (arts. 122, 123, 124 y 209 C.P., entre otros), de manera tal que el servidor público responde tanto por infringir la Constitución y las leyes como por exceso o defecto en el desempeño de su actividad (art. 6 C.P.), todo lo cual significa que en sus decisiones no puede verse reflejado su capricho o su deseo sino la realización de los valores jurídicos que el sistema ha señalado con antelación, es apenas una consecuencia lógica la de que esté obligado a exponer de manera exacta cuál es el fundamento jurídico y fáctico de sus resoluciones. Estas quedan sometidas al escrutinio posterior de los jueces, en defensa de los administrados y como prenda del efectivo imperio del Derecho en el seno de la sociedad". (Resaltado fuera de texto).

No obstante, el propio ordenamiento acepta que en ciertas decisiones el deber de motivar los actos de la Administración se reduzca o incluso se atenúe de modo significativo. Ello, por supuesto, representa una medida de excepción que ha de ser consagrada constitucional o legalmente y, en este último caso, siempre que responda a fundamentos objetivos y razonables coherentes con los principios que rigen la función administrativa.

⁴⁹ Tomás Ramón Fernández, "De la arbitrariedad de la administración". Madrid, Civitas, p.1994, p.84.

⁵⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-371 de 1999, M.P. José Gregorio Hernández Galindo. En los términos de esta Sentencia, decláranse EXEQUIBLES las frases "al menos en forma sumaria si afecta a particulares", del artículo 35, y "siquiera sumaria, cuando sea obligatoria", del artículo 76 del Código Contencioso Administrativo.

Para tal fin se ha aceptado que en ciertos casos las autoridades cuentan con una potestad discrecional para el ejercicio de sus funciones, que sin embargo no puede confundirse con arbitrariedad o el simple capricho del funcionario. Es así cómo el artículo 35 del Código Contencioso Administrativo establece que las decisiones administrativas deben ser motivadas, al menos de forma sumaria, cuando afectan a particulares⁵¹, mientras que el artículo 36 del mismo estatuto señala los principales límites al ejercicio de la discrecionalidad⁵². En consecuencia, toda decisión discrecional debe adecuarse a los fines de la norma que autoriza el ejercicio de dicha facultad, al tiempo que ha de guardar proporcionalidad con los hechos que le sirvieron de causa⁵³.

En concordancia con lo anterior, esta Corporación ha precisado que el acto de adjudicación es reglado y para proferirlo se requiere una valoración de conjunto, según los criterios de selección establecidos para ello en el correspondiente pliego de condiciones y la ponderación precisa, detallada y concreta que de tales factores de selección o escogencia también establezca con claridad el respectivo pliego de condiciones.

Ahora bien, debe recordarse que la Sala ha considerado que la motivación del acto de adjudicación no implica que en su texto deban encontrarse consignadas todas y cada una de las razones que determinaron su expedición, puesto que aunque la parte considerativa no sea muy explícita, hay que entender incorporadas a su motivación las razones analizadas en la reunión de la Junta de Licitaciones o debatidas en la Audiencia Pública de Adjudicación⁵⁴.

Teniendo en cuenta lo señalado, resulta de vital importancia que en el procedimiento administrativo de selección, evaluación y adjudicación se incorporen los elementos de juicio necesarios que orienten y faciliten positivamente el ejercicio de la competencia para adjudicar y permitan un adecuado control del acto administrativo en sede judicial.

⁵¹ Esta fue precisamente una de las normas declarada exequible en forma condicionada en la Sentencia C-371 de 1999.

⁵² "Artículo 36.- DECISIONES DISCRECIONALES. En la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa".

⁵³ Corte Constitucional, Sentencia C-525 de 1995, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

⁵⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 1º de octubre de 1992, exp. 6.920, C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

2.4.- La facultad de la Administración para rechazar o descalificar las ofertas, al adelantar el procedimiento de selección.

La Sala estima necesario dentro de este acápite, a título puramente ilustrativo, traer a colación un pronunciamiento de la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, mediante el cual se efectuaron consideraciones que aquí se acogen acerca de las limitaciones a las cuales se encuentran sometidas las entidades contratantes para descalificar una o varias ofertas dentro del procedimiento de selección respectivo:

“Sobre el particular se debe tener presente que en su texto original, la Ley 80 se ocupó de regular, de manera expresa y completa, cuáles podrían ser los únicos títulos válidos para el rechazo o exclusión de las ofertas, sin dejar espacio en esa materia a la creatividad de las decisiones provenientes de las autoridades administrativas, todo de conformidad con el inciso 2º del numeral 15 de su artículo 25, cuyo tenor era el siguiente:

“La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de propuestas, no servirá de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos”.

Así pues, en un primer momento, la ley se encargó de precisar, de manera clara y categórica, que únicamente la ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente que sí fueran necesarios para la comparación de propuestas, servirían de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos.

Acerca del alcance de la disposición legal en mención, esta Corporación señaló:

“Ahora bien, la Sala reitera que no cualquier falencia u omisión en la presentación de las ofertas puede dar lugar a su descalificación, pues debe tratarse de defectos que realmente incidan sobre la futura celebración y ejecución del contrato de cuya adjudicación se trata, por lo cual debe tenerse por inadmisibles el rechazo de proponentes por requisitos nimios e inútiles; así lo tenía sentado ya para esa época la Jurisprudencia de esta misma Sección Tercera de la Sala Contenciosa del Consejo de Estado, según lo refleja el pronunciamiento contenido en la Sentencia fechada el 19 de febrero de 1987⁵⁵, postura jurisprudencial que posteriormente el propio legislador elevó al rango de norma positiva en los términos que hoy recoge el inciso 2º del numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80, expedida en el año de 1993, a cuyo tenor: “La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de propuestas, no servirá de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos”; en consecuencia, los documentos que se exija aportar en los pliegos de condiciones o términos de referencia deben representar alguna utilidad e importancia significativas para la evaluación de las ofertas y la consiguiente selección de la más favorable, sin que tales exigencias puedan corresponder a cuestiones puramente formales, accesorias, inútiles, que nada le

⁵⁵ Expediente 4694, actor: Socovig S.A., demandada: Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, Magistrado Ponente: Julio César Uribe Acosta.

aporten a dichas labores.”⁵⁶

Posteriormente, aunque la Ley 1150 derogó de manera expresa –a través de su artículo 32– el transcrito inciso 2º del numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80, en la medida en que ese mismo mandato fue reproducido en el parágrafo primero del artículo 5º de la aludida Ley 1150, el Estatuto de Contratación Estatal mantuvo pues las directrices y la filosofía inicial, en el sentido de regular de manera restringida la posibilidad de que las entidades estatales puedan rechazar o excluir válidamente las ofertas recibidas, de conformidad con las siguientes previsiones:

PARÁGRAFO 1o. La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación. No obstante lo anterior, en aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización. (Se deja subrayado).

No sobra subrayar que el rechazo de una propuesta o su exclusión del correspondiente procedimiento administrativo de selección contractual, además de que imposibilita la consideración de ese ofrecimiento para la correspondiente selección o adjudicación, también impide su comparación frente a las demás ofertas, por lo cual uno o varios de los componentes de la propuesta rechazada – como por ejemplo su precio o su plazo– mal podrían tenerse en cuenta para efectos de operar, al momento de adoptar la decisión definitiva de adjudicación o de declaratoria de desierta, los elementos de comparación previstos en el pliego de condiciones, como suelen ser las fórmulas matemáticas consagradas para determinar el precio más favorable (a partir del promedio o de la media aritmética del precio de todos los ofrecimientos recibidos).

Así pues, el rechazo de una propuesta o su exclusión, cuando a ello hay lugar con fundamento en previsiones normativas expresas, impide incluso su calificación, asignación de puntaje o inserción en el orden de elegibilidad.

En cualquier caso debe tenerse presente que la aludida decisión administrativa de rechazo o de exclusión de una propuesta, dados los importantes efectos que está llamada a generar, según se deja anotado, sólo podrá adoptarse de manera válida –en respeto a la garantía constitucional del Debido Proceso– después de haberle brindado al proponente afectado, de manera real y efectiva, la oportunidad de desplegar sus derechos de defensa y de contradicción, cuestión que perfectamente puede satisfacerse –sin perjuicio de consultar las particularidades de cada caso concreto– con el traslado que debe darse a todos los proponentes de los informes de evaluación de las propuestas, en cuyo contenido, como es natural, deberán expresarse los fundamentos fácticos y jurídicos que darían lugar al rechazo o exclusión de su propuesta.

Así podrá entonces el oferente afectado disponer de la oportunidad efectiva – como la que constituye el traslado de los 5 días a que hace referencia el artículo 30-8 de la Ley 80– para pronunciarse acerca de las circunstancias por las cuales habría lugar a su rechazo o exclusión y, por tanto, podrá aportar argumentos y elementos de juicio que permitan a la entidad estatal contratante escuchar al interesado y examinar con detalle la situación, para posteriormente adoptar la

⁵⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de febrero de 2010, exp. 16.540.

decisión final que corresponda.

De esta manera, aunque en ese traslado se haga referencia tanto a las razones y circunstancias que darían lugar al rechazo o a la exclusión de la propuesta, como también incluiría su calificación y/o evaluación comparativas –evaluación que resulta necesario dar a conocer, de cara tanto al Debido Proceso de los demás proponentes, como a la eventualidad, que siempre debe contemplarse, de que al estudiar los argumentos del afectado finalmente se pueda tomar la decisión de no rechazarla o no excluirla– ello no impide que si la decisión consiste en rechazar o excluir esa oferta, la respectiva adjudicación y/o declaratoria de desierta se adopte dejando de lado por completo –como en efecto deberían dejarse de lado en esta hipótesis–, las calificaciones o las asignaciones de puntaje de la(s) oferta(s) rechazada(s) o excluida(s).

No sobra mencionar que si la decisión definitiva con la cual se ponga fin al procedimiento administrativo de selección contractual resulta ser la de declaratoria de desierta, la misma bien podría adoptarse de manera concomitante o simultánea (por ejemplo en una misma resolución), con la decisión de exclusión o de rechazo de la(s) oferta(s) correspondiente(s), si a ello hubiere lugar, pues al cabo ambas decisiones –tanto la del rechazo de la oferta, como la de declaratoria de desierta– serán susceptibles del recurso de reposición en sede administrativa.

Por el contrario, con el propósito de respetar las garantías constitucionales del Debido Proceso a favor del o de los proponentes que resulten afectados con la decisión de exclusión o de rechazo de sus ofertas, debe tenerse presente que tales decisiones deberán adoptarse de manera previa y esperar a que cobren firmeza, cuando en el respectivo procedimiento administrativo de selección haya lugar a la adjudicación en favor de la propuesta que objetivamente resulte ser la más favorable, para evitar así que a tales oferentes se les cercene la posibilidad de recurrir en sede administrativa la decisión de exclusión, puesto que si la misma se adopta simultáneamente con la de adjudicación se tornará improcedente el trámite de recursos en sede administrativa por razón del mandato consagrado en el parágrafo 1º del artículo 77 de la Ley 80, a cuyas voces “[e]l acto de adjudicación no tendrá recursos por la vía gubernativa”.

Ahora bien, cuando una oferta no es susceptible de ser seleccionada, elegida o adjudicataria –inelegible– pero por razones diferentes a su rechazo o exclusión, como cuando obtiene calificaciones o puntajes por debajo de otra(s) oferta(s) que resulta(n) objetivamente más favorable(s), como resulta apenas obvio, tanto su evaluación comparativa en relación con el pliego de condiciones y con las demás propuestas, como sus propias calificaciones, sus puntajes o su inclusión en el orden de elegibilidad, según sea el caso, deben realizarse a plenitud y constituir fundamento básico para la adopción de la decisión con la cual se ponga fin al correspondiente procedimiento administrativo de selección contractual.

De otra parte conviene precisar que si bien es cierto que en esta oportunidad la Sala puntualiza y concluye que a la luz del ordenamiento vigente las entidades estatales contratantes carecen de facultades para consagrar en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, causales de rechazo de las ofertas o causales de inhabilidad o de incompatibilidad respecto de los oferentes, en cuanto unas u otras resulten distintas, nuevas, o complementarias en relación con aquellas previamente consagradas en las normas constitucionales o legales vigentes, no es menos cierto que ello no puede entenderse al margen, por completo, del resto del ordenamiento jurídico nacional que constituye el contexto dentro del cual deben interpretarse, desarrollarse y aplicarse las reglas específicas que rigen la actividad

contractual de las entidades estatales.

Así pues, junto al Principio de Legalidad que necesariamente debe orientar el cumplimiento de las funciones y atribuciones asignadas a las entidades estatales contratantes, surgen con igual importancia otros Principios, muchos de ellos también de orden constitucional, a los cuales también deben ajustarse las actuaciones tanto de tales entidades estatales como de los propios contratistas particulares, respecto de cuyos alcances deben efectuarse interpretaciones sistemáticas que permitan alcanzar un entendimiento armónico del ordenamiento vigente, como un todo.

En esa línea de pensamiento resulta claro entonces que si bien por un lado debe tenerse presente que las entidades estatales contratantes no cuentan con competencia para consagrar en los pliegos de condiciones causales de rechazo de las ofertas, en cuanto tales causales determinen la configuración de circunstancias diferentes a las previstas expresamente por el legislador con ese mismo propósito –cuestión que en esta específica materia constituye un límite claro e indiscutible al ejercicio de las facultades de las respectivas autoridades administrativas–, por el otro es claro que ello no riñe con la necesidad de que en relación con las propuestas recibidas haya lugar a verificar la existencia de presupuestos mínimos e indispensables y el cumplimiento de requisitos o exigencias sin cuya observancia resultaría jurídicamente imposible seleccionarlas, al punto de que soslayar la falta de tales presupuestos o requisitos derivaría fácilmente bien en la formación de un consentimiento viciado –por ejemplo por error o por dolo–, que las entidades estatales se encuentran en el deber ineludible de evitar a riesgo de incurrir en negligencia, incuria o incluso complicidad, según cada caso, o bien en desconocimiento del Principio y a la vez Derecho Fundamental a la Igualdad frente a los demás competidores, el cual se erige en la regla de oro de los procedimientos administrativos de selección contractual.

De esta manera, la indiferencia, la pasividad o peor aun la aquiescencia de la entidad estatal frente a la inobservancia de requisitos necesarios para la comparación de las propuestas por parte de un determinado oferente o ante la ausencia de presupuestos mínimos o indispensables derivados de los principios o de las normas superiores respecto de una específica oferta, además de afectar la validez misma de la decisión administrativa de adjudicación en favor de tal propuesta, también podría llegar a comprometer la responsabilidad de la entidad estatal contratante –en el plano patrimonial– y/o la responsabilidad de los servidores competentes para expedir esa indebida o irregular adjudicación –en los campos penal, disciplinario, fiscal o patrimonial, según corresponda–.

Así pues, a los eventos que de manera expresa las normas legales transcritas sancionan con el rechazo o la exclusión de una determinada propuesta, también deben añadirse aquellas situaciones fácticas en las cuales la conducta comprobada de un determinado proponente o el contenido mismo de su oferta resulten abiertamente contrarios a Principios o disposiciones constitucionales o legales imperativas que impongan deberes, establezcan exigencias mínimas o consagren prohibiciones y/o sanciones.

De esta manera, según el régimen normativo de contratación estatal vigente, se encuentra que el rechazo de una propuesta o, lo que es lo mismo, la exclusión de una oferta del correspondiente procedimiento administrativo de selección contractual, sólo puede adoptarse o decidirse de manera válida por parte de la respectiva entidad estatal contratante, cuando verifique la configuración de una o varias de las hipótesis que se puntualizan a continuación, las cuales se distinguen

para facilitar su comprensión, aunque desde alguna perspectiva pudieran asimilarse o entenderse como comprensivas unas de otras, así: **i)** cuando el respectivo proponente se encuentre incurso en una o varias de las causales de inhabilidad o de incompatibilidad previstas en la Constitución Política o en la ley; **ii)** cuando el respectivo proponente no cumple con alguno(s) de los requisitos habilitantes establecidos, con arreglo a la ley, en el pliego de condiciones o su equivalente; **iii)** cuando se verifique “la ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente” que en realidad sean necesarios, esto es forzosos, indispensables, ineludibles, “para la comparación de las propuestas” y, claro está, **iv)** cuando la conducta del oferente o su propuesta resultan abiertamente contrarias a Principios o normas imperativas de jerarquía constitucional o legal que impongan deberes, establezcan exigencias mínimas o consagren prohibiciones y/o sanciones.

Pues bien, a propósito de los Principios Constitucionales y/o presupuestos mínimos que emergen de aquellos, por la importancia que reviste para el caso concreto que ahora se decide, la Sala se detendrá a examinar algunos aspectos relacionados con la Buena Fe, presupuesto que si bien por mandato constitucional ha de presumirse presente en todas las gestiones que los particulares adelanten ante las autoridades públicas (artículo 83 C.P.), no es menos cierto que tal presunción no corresponde a una de derecho que no admita prueba en contrario, por manera que ha de destacarse que la referida presunción constitucional es susceptible de ser desvirtuada, a lo cual –como resulta apenas obvio, por los trascendentales efectos que comporta desvirtuarla–, deberá procederse con los máximos cuidado, responsabilidad y rigor.

En cualquier caso resulta evidente que todas las actuaciones que los particulares desarrollen ante las entidades estatales contratantes deben estar presididas por la buena fe y en especial es claro que deben ajustarse a esos postulados las ofertas que presenten ante las entidades estatales, cuyo examen comparativo deberá adelantarse a la luz de las normas vigentes y con sujeción al pliego de condiciones, para determinar si hay lugar a seleccionar una de ellas con el fin de proseguir con la celebración y ejecución del contrato estatal correspondiente.

En este punto resulta pertinente reiterar que a través de su oferta, cada interesado en contratar con las entidades estatales, en cuanto considere que reúne los requisitos y las condiciones exigidas para cada caso, por lo general atiende la convocatoria o la invitación que formulan dichas entidades para participar en los respectivos procedimientos administrativos de selección contractual, propósito para cuyo efecto a cada uno de tales interesados le corresponde estudiar previamente el sentido, alcance y características del contrato que se pretende celebrar, así como debe estructurar su propuesta con arreglo a las formalidades y exigencias que determinen las normas vigentes y el pliego de condiciones, de tal manera que se satisfagan plenamente las tres (3) categorías en las cuales suelen clasificarse o agruparse los requisitos de orden jurídico, a saber: **a).- subjetivos**, relacionados con la persona del proponente, sus condiciones y su idoneidad; **b).- objetivos**, concernientes al contenido de la oferta, sus características y alcance, y **c).- formales**, relativos a la información, documentación, instrumentación y trámite de la oferta.

En consecuencia, para la Sala sería inadmisibles sostener que la entidad estatal contratante tuviere el deber de adjudicar el procedimiento administrativo de selección a una determinada oferta a sabiendas de que, aunque en apariencia tendría las mejores condiciones, en realidad sería, por su contenido, total o parcialmente, una propuesta mentirosa, fraudulenta, engañosa o proveniente de

un proponente que pretende sacar provecho o ventaja, frente a la entidad contratante y/o ante sus competidores, de la manipulación de información errónea, inexacta o falaz, tal como no resultaría válida, de ninguna manera, la adjudicación que se quisiera hacer recaer en un oferente que se encuentre incurso en una causal de inhabilidad o de incompatibilidad, por lo cual resulta plausible que en estos casos la entidad decida rechazar o excluir esa clase de ofertas, independientemente de que así lo haya previsto, o no, el correspondiente pliego de condiciones, decisión que, de todos modos, la entidad estatal contratante está en el deber de motivar de manera clara, precisa, completa y detallada.

Lo que acaba de señalarse se robustece al consultar el mandato legal que contiene el artículo 863 del Código de Comercio –norma incorporada al Estatuto de Contratación Estatal de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 80– el cual hace explícita y clara referencia al período precontractual –que es precisamente al que corresponden los procedimientos administrativos de selección– en cuanto dicho mandato les impone a las partes el deber de proceder de “buena fe exenta de culpa”, noción que, como lo ha puesto de presente la doctrina autorizada, involucra un concepto más exigente y riguroso, así:

“Artículo 863.- Las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que causen”⁵⁷.

2.5.- El caso concreto.

Esta Corporación en sus precedentes judiciales ha precisado que se requieren dos condiciones para que salgan adelante las pretensiones de nulidad del acto de adjudicación y el reconocimiento de la correspondiente indemnización: **a)** que se pruebe la ilegalidad de la decisión adoptada por la Administración y **b)** que la parte actora demuestre que su oferta era la mejor y que de no haber sido por el vicio de ilegalidad habría sido la ganadora de la licitación o del correspondiente procedimiento administrativo de selección. En este sentido señaló:

“(...) el éxito de la prosperidad de la pretensión de nulidad del acto de adjudicación, depende fundamentalmente, del acreditamiento del vicio de ilegalidad de este y de la prueba que permita inferir que la propuesta del demandante, estaba emplazada y merecía ser, de acuerdo con los criterios objetivos de selección, la adjudicataria, por cumplir con todos los requisitos de los pliegos de condiciones, que para el efecto se consideran ley del procedimiento de selección (...)”⁵⁸.

Con este marco de referencia, la Sala analizará los tres planteamientos que fundamentan la apelación en el caso concreto que ahora se examina: **i)** el valor

⁵⁷ Sentencia de fecha 14 de marzo de 2013, expediente 24.059, actor Sociedad Ávila Ltda., demandado: el Departamento de la Guajira, proferida por la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

⁵⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de mayo 3 de 1999, Exp 12344, C.P. Daniel Suárez Hernández.

probatorio del dictamen pericial de los contadores públicos; *ii*) los que cuestionan la capacidad financiera del Consorcio S.L.; y *iii*) los que cuestionan el puntaje de capacidad técnica asignado a los proponentes.

2.5.1. El dictamen pericial de los contadores públicos. Retomando el análisis del experticio aportado al proceso, encuentra la Sala que el objeto de la prueba fue el siguiente (folios 83 a 91 cuaderno 2):

“b.- Que se decrete la práctica de un dictamen con la participación de contadores públicos, que habrán de pronunciarse sobre las inconsistencias detectadas por la demandante en los estados financieros del CONSORCIO S.L., y también detectadas y aquí denunciadas y que obran en el registró único de proponentes del CONSORCIO S.L.”

Para la parte actora este dictamen no fue tenido en cuenta por el Tribunal *a quo*, a pesar de que, en su criterio, demuestra las falencias en la evaluación realizada a la oferta presentada por el CONSORCIO S.L. Pues bien, antes de efectuar la valoración correspondiente, la Sala recuerda que de conformidad con el artículo 233 del Código de Procedimiento Civil, el peritaje como medio de prueba es procedente para verificar hechos que interesen al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos. El perito debe informarle razonadamente al juez lo que de acuerdo con esos conocimientos especializados sepa de los hechos -y no cuestiones de derecho- que se sometan a su experticio, sin importarles a cuál de las partes beneficia o perjudica, de manera que su dictamen debe ser personal⁵⁹ y contener conceptos propios sobre las materias objeto de examen y no de otras personas por autorizadas que sean, sin perjuicio de que pueda utilizar auxiliares o solicitar por su cuenta el concurso de otros técnicos, pero siempre bajo su directa dirección y responsabilidad inmediata (numeral 2º del artículo 237 del Código de Procedimiento Civil).

Por su parte, el artículo 241 *ibídem* señala que al valorar o apreciar el juez el dictamen de los peritos tendrá en cuenta la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, la competencia de los peritos y los demás elementos probatorios que obren en el proceso. Con esto se quiere significar que el juez es autónomo para valorar el dictamen y verificar la lógica de sus fundamentos y resultados, toda vez que el perito es un auxiliar de la justicia, pero él no la imparte ni la administra, de manera que el juez no está obligado a “(...) *aceptar ciegamente las*

⁵⁹ Devis Echandía, Hernando, Compendio de Derecho Procesal, Tomo II, Pruebas Judiciales, Editorial ABC, 1984, págs. 339 y ss.

*conclusiones de los peritos, pues si ello fuese así, estos serían falladores (...)*⁶⁰.

En suma, el juez está en el deber de estudiar con arreglo a la sana crítica el dictamen pericial y en libertad de valorar razonablemente sus resultados; si lo encuentra ajustado y lo convence, puede tenerlo en cuenta total o parcialmente al momento de fallar; o desechar sensatamente y con razones los resultados de la peritación por encontrar sus fundamentos sin la firmeza, precisión y claridad que deben estar presentes en el dictamen para ilustrar y transmitir el conocimiento de la técnica, ciencia o arte de lo dicho⁶¹.

En el asunto *sub judice* se observa que la prueba pericial no hace un cuestionamiento directo del informe de evaluación de las ofertas, sino que registra presuntas inconsistencias en la información contenida en el Registro Único de Proponentes y en el Certificado de Cámara de Comercios, presentado por los integrantes del Consorcio S.L. Quiere significar lo anterior que los peritos abordaron el estudio de asuntos distintos a los discutidos durante el juicio, puesto que no se está cuestionando en esta sede la legalidad de la información registrada por los integrantes del Consorcio S.L., ante la Cámara de Comercio, sino el procedimiento administrativo de evaluación y calificación de las propuestas.

De acuerdo con lo anterior advierte la Sala una primera falencia en el dictamen rendido por los peritos contadores, porque su experticio no cuestiona la evaluación efectuada por la Universidad de los Andes, sino que se dirige a presentar presuntas inconsistencias en la información contenida en los documentos de la Cámara de Comercio que sirvieron de fundamento al Comité Evaluador para efectuar su calificación, lo cual resulta a todas luces improcedente.

Una segunda falencia que presenta el dictamen a partir del cual se sustentó el recurso de apelación, tiene que ver con la fuente de la información a partir de la cual los peritos elaboraron su concepto; en su dictamen destacaron los peritos que la fuente de información provino exclusivamente del Consorcio demandante (folio 84 cuaderno 2):

“(La información base del desarrollo del presente experticio fue

⁶⁰ Parra Quijano, Jairo, Manual de Derecho Probatorio, Librería Ediciones del Profesional Ltda., 2004, Pág. 649.

⁶¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de agosto de 2009, exp. 17957, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

suministrada en su totalidad por el “Consortio Viancha-Méndez”, quienes entregaron fotocopia de los documentos, Balances firmados por contador y Revisor Fiscal de los participantes de la Licitación y demás elementos de análisis que se anexan al presente experticio)”.

Indica lo anterior que los expertos no efectuaron su análisis con fundamento en la propuesta presentada por el Consortio S.L., en el procedimiento administrativo de selección, sino a partir de copias simples de documentos suministrados por el demandante (folios 92 a 111 cuaderno 2), lo cual le resta fuerza de convicción a las conclusiones vertidas en el informe pericial, puesto que las presuntas inconsistencias que se advierten en los documentos entregados por la parte actora no son indicativo de que dichas inconsistencias se encuentren evidentemente en la oferta formalmente presentada por el Consortio S.L.

Por tal motivo, para resolver los cargos planteados en el recurso de alzada no puede la Sala tener como referente este dictamen pericial.

2.5.2. Sobre la capacidad financiera del Consortio S.L. Con fundamento en el dictamen rendido por los peritos contadores, alegó el apelante que el consorcio beneficiado con la adjudicación no tenía la capacidad financiera para participar en la Licitación. Este cargo será desestimado por la Sala por dos razones: en primer lugar, por las falencias del dictamen contable que se acaban de resaltar en el punto inmediatamente anterior y, en segundo lugar, porque este cargo no fue planteado por la parte actora en su demanda, puesto que la alegada violación estuvo centrada en la evaluación técnica, aceptando en su líbello que ambas propuestas tenían la capacidad jurídica y financiera estipulada en el Pliego de Condiciones. En este orden de ideas, el proceso de análisis, valoración de pruebas y juzgamiento debe concentrarse necesariamente en dichas inconformidades y no puede extenderse a la revisión de aspectos diversos, como se pretende en el recurso de alzada.

Sobre el particular, la Corporación ha precisado lo siguiente:

“2.2. Antes de cualquier pronunciamiento de la Sala sobre tales cuestiones, conviene aclararle al memorialista que las excepciones en el proceso contencioso le están dadas a la parte demandada como medio de defensa ante las pretensiones de la demanda, luego la parte actora no puede aducir excepciones, sino que lo que ella formula son cargos o imputaciones, en el caso de la presente acción, contra el acto administrativo objeto de dicha acción.”

De suerte que su alegato de que el a quo debió examinar y decidir lo concerniente a los dos tópicos primeramente mencionado, porque los invoca como excepciones y que por lo mismo debió asumirlos de manera oficiosa, no es de recibo, puesto

claramente son imputaciones o acusaciones que le está formulando al acto administrativo enjuiciado y a la correspondiente actuación administrativa, y como tales y por emanar de la parte actora del proceso no pueden ser menos que cargos, **los cuales sólo pueden provenir o formularse en la demanda, incluyendo su modificación o adición, y así los ha de considerar la Sala para revisar la posición del a quo frente a los mismos.**

2.3. Sobre el primer punto en cuestión, le asiste razón al a quo en la medida en que en relación con el tema de la competencia, el cargo inicialmente planteado y con el cual se trabó la litis está referido a la falta de competencia de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, en general, y así lo abordó el a quo en la sentencia apelada, y no como ahora y desde los alegatos de conclusión en la primera instancia lo quiere presentar el apelante, esto es, circunscrita al Intendente de Control Social de dicha entidad, como falta de competencia funcional de ese funcionario, con lo cual salta a la vista que se está ante modificación sustancial del mencionado cargo, que al momento procesal en que fue planteada resulta claramente improcedente por lo extemporánea, ya que está planteada por fuera de la oportunidad procesal para ello, esto es, la prevista para modificar, corregir o adicionar la demanda.

Por consiguiente, la Sala encuentra acertada la decisión del a quo en el sentido de no pronunciarse sobre ese cuestionamiento, pues así lo impone el debido proceso, la lealtad procesal y el derecho de defensa de la parte demandada, ya que en realidad el memorialista lo que planteó fue un cargo distinto o no formulado en la demanda⁶². (Se subraya).

2.5.3. Sobre la capacidad técnica de los proponentes. En la Resolución de adjudicación No. 124 FVS/96, demandada se establecieron los siguientes puntajes (folios 67 y 68 cuaderno 1):

CALIFICACIÓN	CONSORCIO S.L.	CONSORCIO VIANCHA-MÉNDEZ
Evaluación jurídica	OK	OK
Evaluación Técnica	473,46	325,5
Evaluación económica	488,41	485,83
TOTAL	961,87	811,33

A su turno, el Consorcio demandante planteó en su demanda que los puntajes debieron ser los siguientes (folio 12 cuaderno 1):

CALIFICACIÓN	CONSORCIO S.L.	CONSORCIO VIANCHA-MÉNDEZ
Evaluación jurídica	OK	OK
Evaluación Técnica	401,46	497,50

⁶² Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 19 de noviembre de 2009, exp. 2003-865, C.P. Rafael Oustau de Lafont Pianeta.

Evaluación económica	488,41	485,83
TOTAL	889,87	983,33

De acuerdo con lo anterior, en la demanda se concretó el concepto de violación en considerar que al Consorcio S.L., se le habían otorgado indebidamente setenta y dos (72) puntos en la evaluación técnica y que, por el contrario, al Consorcio VIANCHA-MÉNDEZ se le habían desconocido ciento setenta y dos (172) puntos a los cuales tenía derecho en esa misma evaluación.

Pues bien, al igual que en el cargo anterior, la Sala limitará su análisis a los planteamientos expuestos en la demanda, puesto que no puede el recurrente hacer uso del dictamen rendido por los peritos ingenieros (folios 60 a 82 cuaderno 2), para adicionar o modificar los cargos de nulidad. Aunque en el dictamen los peritos adviertan errores o falencias en las propuestas, diversas a las planteadas en la demanda, lo cierto es que el juzgador debe ceñirse al estudio de los precisos cargos formulados y no a la revisión de la integridad de las ofertas y de las evaluaciones, porque con ello atentaría contra los principios de congruencia y del debido proceso, al abordar el estudio de asuntos distintos a los discutidos durante el juicio. Es decir que el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto administrativo de adjudicación debe centrarse en el estudio de los cargos formulados en la demanda, sin que le sea posible a la parte actora proponer nuevos cargos de nulidad, adicionarlos o modificarlos.

Precisado lo anterior, se tiene que el demandante alegó la violación de los numerales 8.1.2 y 8.1.4 (numerales 8.1.4.2, 8.1.4.4 y 8.1.4.5) del Pliego de Condiciones que prescriben lo siguiente (folios 147 y 148 cuaderno 2):

“8.1.2. CAPACIDAD TÉCNICA (100)

El puntaje correspondiente a contratos celebrados será asignado teniendo en cuenta la capacidad máxima de contratación K del formulario de Registro de la Cámara de Comercio así:

20 PUNTOS: cuando el valor en S.M.L.M.V., de los contratos celebrados desde el inicio de su actividad esté entre el 100% y el 150% del K solicitado para la presente licitación.

50 PUNTOS: cuando el valor en S.M.L.M.V., de los contratos celebrados desde el inicio de su actividad esté entre el 151% y el 200% del K solicitado para la presente licitación.

100 PUNTOS: cuando el valor en S.M.L.M.V., de los contratos celebrados desde

el inicio de su actividad sea superior al 201% del K solicitado para la presente licitación.”

(...)

“8.1.4. METODOLOGÍA Y ENFOQUE GENERAL DE LOS TRABAJOS (200 puntos)

Se analizará el diagrama de ruta crítica.

Para los numerales 8.1.4.1., 8.1.4.2., 8.1.4.3., 8.1.4.4., y 8.1.4.5., se determinará el porcentaje de inconsistencias de acuerdo al número total de actividades y se calificará de la siguiente manera:

PORCENTAJE	
100%	INCONSISTENCIAS MENORES O IGUALES AL 5%
60%	INCONSISTENCIAS MAYORES AL 5% Y MENORES AL 20%
40%	INCONSISTENCIAS MAYORES O IGUALES AL 20%

(...)

8.1.4.2. CÁLCULO DE INICIACIÓN Y TERMINACIÓN DE LAS ACTIVIDADES (40 puntos)

Teniendo en cuenta la dirección de las mismas.

$$PUNTAJE = \% \text{ DE CALIFICACIÓN} \times 40$$

(...)

8.1.4.4. Definición de la Trayectoria Crítica (40 puntos)

Definición de todos los caminos posibles, presentación de malla, conexiones y cruces de actividades.

$$PUNTAJE = \% \text{ DE CALIFICACIÓN} \times 40$$

8.1.4.5. Consistencia del Flujo Mensual de Fondos (40 puntos)

Con las actividades o tareas realizadas y los porcentajes de incidencia o valor en la semana correspondiente, teniendo en cuenta la programación de obra y la correspondencia con el diagrama de barras.

$$PUNTAJE = \% \text{ DE CALIFICACIÓN} \times 40$$

Ahora bien, el Consorcio demandante reclama los 100 puntos previstos en el numeral 8.1.2 para la capacidad técnica, teniendo en cuenta que en su propuesta aportó un listado de obras similares a las de la licitación, ejecutadas por cada uno de los miembros del consorcio (folios 22 a 26 cuaderno 3). Sin embargo, la mayoría de estas obras no aparecían registradas en la Cámara de Comercio. De acuerdo con lo anterior, la Universidad de los Andes, en su calidad de evaluador de las ofertas, precisó que los contratos registrados en la Cámara de Comercio

únicamente ascendían a la suma correspondiente a 8.764 S.M.L.M.V (folio 76 cuaderno 1). En consecuencia, se le asignó un puntaje de cero (0) en atención a que lo registrado en Cámara de Comercio era inferior al 100% del “K” mínimo de contratación solicitado en el Pliego de Condiciones, que era de 10.000 S.M.L.M.V (numeral 3.5.).

A juicio de la Sala la evaluación efectuada por la Universidad de los Andes resultó correcta comoquiera que el numeral 6.8 del Pliego de Condiciones era claro en exigir a los proponentes que la descripción de experiencia en obras similares, para efectos de calificación de ese factor, debía estar certificada en la inscripción del Registro de Proponentes de la Cámara de Comercio (folio 144 cuaderno 2):

“6.8. DESCRIPCIÓN DE EXPERIENCIA EN OBRAS SIMILARES

El contratista deberá explicar en un anexo de experiencia en obras similares a la de esta licitación, que aparezca certificada en la inscripción del Registro de Proponentes de la Cámara de Comercio, precisando:

- a. Fecha de iniciación.*
- b. Fecha de terminación.*
- c. Valor.*
- d. Cantidad ejecutada expresada en metros cuadrados.*

Con base en esta información se calificará la menor o mayor experiencia del proponente, por lo cual esta información no podrá ser completada una vez presentada la propuesta.” (Subraya la Sala)

Entonces, resultaba insuficiente para efectos de la asignación de puntaje limitarse a la relación de contratos efectuada por los miembros del Consorcio en su propuesta, como lo sugiere el demandante e inadecuadamente lo aplicaron los peritos ingenieros en su dictamen. Adicionalmente, la advertencia sobre tal incumplimiento resulta concordante con la justificación contenida en la parte motiva del acto de adjudicación demandado (folio 66 cuaderno 1):

“Observación Nro. 1 Referente a la Capacidad Técnica.

Existe el criterio por razones de competencia y compatibilidad de calificar la experiencia de la firma con las obras similares al objeto de la Licitación lo que demostraría claramente de acuerdo con su complejidad, la certeza de tomar la mejor decisión en provecho de la misma institución.

Es por esa razón y así lo especifica en el Pliego de Condiciones folios 12 y 13, en la cual se define y solicita que los oferentes deben poseer experiencia en obras similares y que aparezcan en el Registro Único de Proponentes, y con base en esta información se calificará. Por lo anterior la evaluación presentada es correcta y no varía”.

En lo que se refiere al numeral 8.1.4 sobre la “*METODOLOGÍA Y ENFOQUE GENERAL DE LOS TRABAJOS*”, advierte la Sala que en el informe de evaluación se habían otorgado los doscientos (200) puntos posibles (folio 75 cuaderno 1), pero que al resolver las objeciones presentadas por el Consorcio S.L., este puntaje fue modificado en la adjudicación, reduciéndolo en un total de setenta y dos (72) puntos, al restarle 24 puntos en cada uno de los numerales 8.1.4.2, 8.1.4.4 y 8.1.4.5. La reducción de este puntaje fue justificada en el acto de adjudicación en los siguientes términos (folio 65 cuaderno 1):

“Observación Nro. 5 Referente a Aspectos Técnicos.

Analizada esta observación es válida, teniendo en cuenta que si bien es cierto el Consorcio JOSÉ HERNÁN VIANCHA G – JORGE MÉNDEZ P., utilizó el programa llamado “Primavera”, software para aplicar a programación de obra, el concepto del manejo secuencial de actividades, cometieron errores de concepto (sic), lo que condujo a inconsistencias. Específicamente al programar la actividad 1.05 Localización y Replanteo posterior a una serie de actividades que de acuerdo con el Pliego de Condiciones anota referente a esta actividad, página 36 describe: “Antes de iniciar cualquier trabajo de construcción deberá notificarse por escrito a la interventoría, para que constate si la localización está correctamente ejecutada...”

La anterior inconsistencia en el Diagrama de Barras, conlleva a variar la calificación del Consorcio en lo referente a los numerales 8.1.4.2, y 8.1.4.4 al aceptarse las observaciones anteriormente descritas, la evaluación del Consorcio JOSÉ HERNÁN VIANCHA G – JORGE MÉNDEZ P., varía en:

CÁLCULO DE INICIACIÓN Y TERMINACIÓN DE ACTIVIDADES

La calificación varía ya que resulta que en más del 20% de las actividades presenta inconsistencias, el puntaje es según la fórmula:

$$\begin{aligned} \text{PUNTAJE} &= \% \text{ DE CALIFICACIÓN} \times 40 \\ \text{PUNTAJE} &= 40\% \times 40 = 16 \text{ PUNTOS.} \end{aligned}$$

DEFINICIÓN DE LA TRAYECTORIA CRÍTICA

Las tareas realizadas en la Ruta Crítica, no son consistentes en más del 20% de las actividades, variando el puntaje según la fórmula:

$$\begin{aligned} \text{PUNTAJE} &= \% \text{ DE CALIFICACIÓN} \times 40 \\ \text{PUNTAJE} &= 40\% \times 40 = 16 \text{ PUNTOS.} \end{aligned}$$

CONSISTENCIA DEL FLUJO MENSUAL DE FONDOS

Al variar necesariamente en la realidad de la ejecución de las obras por las inconsistencias secuenciales de actividades, el flujo mensual programado de fondos varía en más del 20% de las actividades, lo cual cambia el puntaje según la fórmula:

$$\text{PUNTAJE} = \% \text{ DE CALIFICACIÓN} \times 40$$

PUNTAJE= 40% x 40 = 16 PUNTOS.”.

Considera la Sala que sobre este aspecto le asiste la razón al demandante habida cuenta que en la motivación no se detalla la manera como se llega a concluir que las inconsistencias presentadas por el proponente eran superiores al 20%. También se echa de menos en el Pliego de Condiciones explicación precisa sobre los criterios para definir la presencia de una inconsistencia. En el numeral 8.1.4 del Pliego de Condiciones (folio 147 cuaderno 2) simplemente se estableció “Se analizará el diagrama de ruta crítica”, con lo cual se prescribía un amplio margen de subjetividad para interpretar y determinar la existencia, o no, de las inconsistencias y el porcentaje en que estas afectaban la calificación de las propuestas, lo que sin duda atenta contra el principio de selección objetiva de contratista.

En consecuencia, el cargo prospera y por tanto las dos propuestas deben ser nuevamente evaluadas, calificadas y comparadas para determinar si la oferta del Consorcio VIANCHA-MÉNDEZ era mejor que el ofrecimiento efectuado por el Consorcio S.L.

2.5.4. Evaluación y calificación de las ofertas. Teniendo en cuenta que se aportaron las dos propuestas que se presentaron a la Licitación No. 012 FVS/96, cuyo objeto consistió en la contratación de la terminación de la construcción del edificio de la Estación de Policía de la localidad de Bosa, corresponde a la Sala efectuar el ejercicio de evaluación, calificación y comparación de propuestas. Del análisis de los documentos aportados y siguiendo los criterios establecidos en el Pliego de Condiciones, concluye la Sala que los puntajes obtenidos por los oferentes son los siguientes:

PROponentES	CONSORCIO S.L.	CONSORCIO VIANCHA-MÉNDEZ
3.5. CAPACIDAD DE CONTRATACIÓN	16.635 SMLV	15.362 SMLV
8.1.1 PLAZO	147.5	147.5
8.1.2	100	0 ⁶³

⁶³ Los contratos registrados en el Registro de Proponentes de la Cámara de Comercio ascienden a la suma correspondiente a 8.764 S.M.L.M.V., según se explicó en el numeral 2.5.3 de esta Sentencia. Comoquiera que el puntaje mínimo asignable era de 20 para quienes acreditaran entre 100% y el 150% del “K” mínimo de contratación solicitado en el Pliego de Condiciones, que era de 10.000 S.M.L.M.V (numeral 3.5.) al proponente demandante no es posible asignarle puntaje alguno por este concepto, teniendo en cuenta que solamente tiene registrados contratos equivalentes al 87.6% del “K” mínimo de contratación exigido.

CAPACIDAD TÉCNICA			
8.1.3 CUMPLIMIENTO DE CONTRATOS ANTERIORES		50	50
8.1.4. METODOLOGÍA Y ENFOQUE GENERAL	Duración actividades	40	40
	Iniciación y terminación	40	40
	Barras vs. Ruta Crítica	40	40
	Definición ruta crítica	40	40
	Flujo de Fondos	40	40
Evaluación económica		488.41	485.83
PUNTAJE TOTAL		985.91	883.33

De acuerdo con la anterior evaluación se tiene que la propuesta de la sociedad demandante quedaba ubicada en el segundo lugar, por lo cual no se cumplió con el segundo presupuesto necesario para la prosperidad de las pretensiones indemnizatorias de la demanda, es decir la demostración de que su propuesta era mejor que la del Consorcio que resultó beneficiado con la adjudicación.

Precisa la Sala que se aparta de la evaluación realizada por los peritos ingenieros teniendo por fundamento para ello dos razones: **i)** no fue acertada la calificación de la capacidad técnica al otorgar puntaje sobre obras que no estaban registradas ante la Cámara de Comercio, según quedó explicado por la Sala y, **ii)** en el análisis del diagrama de ruta crítica aportado por los proponentes se incurrió en el mismo yerro que se advirtió en el acto demandado, al acudir a criterios subjetivos no contemplados en el Pliego de Condiciones para establecer inconsistencias en las propuestas, por lo tanto, ante la inexistencia en el Pliego de Condiciones de una directriz concreta y objetiva acerca del procedimiento de análisis y la determinación del porcentaje de inconsistencias, se debe asignar el puntaje total a ambas propuestas, como lo ha hecho la Sala en este caso, con el fin de proteger la objetividad en la evaluación.

En consecuencia, aunque se había descontado ilegalmente puntaje a la oferta del Consorcio VIANCHA-MÉNDEZ, se tiene establecido que su propuesta no era mejor que la presentada por el Consorcio S.L., y desde esa perspectiva la entidad demandada acertó en la decisión de adjudicación contenida en la Resolución No. 124 FVS/96 de diciembre 31 de 1996, por lo cual no resulta procedente declarar su nulidad total. No obstante, se encuentra procedente declarar la nulidad parcial del acto administrativo demandando en cuanto le restó de manera ilegal setenta y dos (72) puntos al Consorcio demandante. En los términos anteriormente

expuestos la Sala revocará parcialmente la sentencia de primera instancia.

3.- condena en costas.

Habida cuenta que para el momento en que se dicta 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 hubiere actuado temerariamente y, en el *sub lite*, ninguna actuó de esa forma, en el presente asunto no habrá lugar a imponerlas. Finalmente, se aceptará la renuncia presentada por el apoderado del Consorcio Viancha-Méndez el 2 de marzo de 2012.

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,

F A L L A

PRIMERO: REITERAR la Jurisprudencia unificada de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, en relación con la capacidad de los consorcios y las uniones temporales para comparecer como parte en los procesos judiciales en los cuales se debaten asuntos relacionados con los derechos o intereses de los que son titulares o que discuten o que de alguna otra manera les conciernen bien en su condición de contratistas de las entidades estatales o bien como participantes en los correspondientes procedimientos de selección contractual.

SEGUNDO: REVÓCASE PARCIALMENTE la sentencia del quince (15) de marzo de dos mil uno (2001), dictada por la Sala de Decisión, Sección Tercera, del Tribunal Administrativo de Descongestión de Bogotá y, en su lugar, se dispone:

1). Por las razones expuestas en la parte motiva, **DECLARAR** la nulidad parcial de Resolución No. 124 FVS/96 de diciembre 31 de 1996, por la cual el FONDO DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD DE SANTAFE DE BOGOTÁ DISTRITO CAPITAL adjudicó la Licitación Pública No. 012 FVS/96 al CONSORCIO S.L., cuyo objeto era contratar la terminación de la construcción del edificio de la Estación de Policía de la localidad de Bosa, en lo relativo a la reducción de setenta y dos (72) puntos en la calificación de la oferta presentada por el Consorcio VIANCHA-MÉNDEZ.

2). Negar las demás pretensiones de la demanda.

SEGUNDO.- Sin condena en costas.

TERCERO.- ACÉPTASE la renuncia al poder conferido presentada por el doctor CARLOS AUGUSTO SÁNCHEZ. Por Secretaría súrtase el trámite previsto en el artículo 69 del Código de Procedimiento Civil.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

HERNÁN ANDRADE RINCÓN
Presidente

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO
Con salvamento de voto

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

ENRIQUE GIL BOTERO

RAMIRO PAZOS GUERRERO

DANILO ROJAS BETHANCOURT

JAIME O. SANTOFIMIO GAMBOA

OLGA M. VALLE DE DE LA HOZ

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA