



Radicado: 81001-23-33-000-2009-00039-01 (52.300)
Demandantes: Consorcio Mejoramiento Ambiental

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN B**

Consejero Ponente: Fredy Ibarra Martínez

Bogotá D.C., siete (7) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

Radicación: 81001-23-33-000-2009-00039-01 (52.300)
Actor: Consorcio Mejoramiento Ambiental
Demandado: Municipio de Arauca y Empresa de Servicios Públicos de Arauca (EMSERPA S.A. ESP)
Medio de control: Controversias contractuales

Tema: La jurisprudencia de unificación del 25 de septiembre de 2013 que permite que los consorcios y uniones temporales participen como parte en los procesos judiciales es *inaplicable*, porque en la sentencia no pueden otorgarse derechos ni imponerse obligaciones a dichas formas asociativas, en la medida en que no son personas jurídicas ni tienen patrimonio propio. La regla que se adopta en esa sentencia de unificación no puede aplicarse a los contratos que no están regidos por la Ley 80 de 1993.

Salvamento de voto del magistrado Martín Bermúdez Muñoz

No comparto la decisión adoptada por la mayoría de la subsección en la sentencia del 7 de septiembre de 2023, mediante la cual accedió a las pretensiones de la demanda. Considero que debió declararse la falta de legitimación en la causa porque en la demanda se formularon pretensiones relacionadas con el <<consorcio>> Mejoramiento Ambiental. En la medida en que un consorcio no es persona jurídica ni tiene patrimonio propio, no puede obrar como <<parte>> en un proceso, y por medio de una sentencia judicial no se le pueden otorgar derechos ni imponer obligaciones. La condena impuesta en la sentencia a favor de cada uno de los miembros del consorcio es incongruente con las pretensiones de la demanda, porque en ella no se formularon pretensiones a favor de ellos.

1.- En el presente caso ocurrió lo siguiente:

a.- El contrato objeto del proceso, que es un contrato de derecho privado, se celebró a nombre del <<Consorcio Mejoramiento Ambiental>>, pero fue suscrito por sus dos miembros: el señor Jorge Alberto Ramírez Espinoza y la sociedad La Vorágine, representada por José Omar Flórez, quien también tenía la condición



de <<representante del consorcio>> de acuerdo con el documento de constitución.

b.- Luego de terminado el contrato, José Omar Flórez, obrando como <<representante del consorcio>>, convocó a conciliación a la empresa demandada; y luego presentó la demanda en la misma condición. En la demanda, las pretensiones se formularon a favor del <<consorcio>>

c.- En el curso del proceso se vinculó como litisconsorte necesario a José Alberto Ramírez Espinosa.

d.- En la sentencia de primera instancia la condena se profirió a favor de la sociedad La Vorágine, con lo cual se incurrió en incongruencia porque la demanda no se formuló a su nombre sino a nombre del consorcio.

e.- En la sentencia de segunda instancia, objeto del salvamento de voto, se accedió al recurso de apelación formulado por el otro miembro del consorcio que había sido citado al proceso como <<litisconsorte necesario>>, y se modificó la condena para decretarla, en un 34% a favor de la sociedad La Vorágine y en un 66% a favor de Jorge Alberto Ramírez. Esta sentencia también es incongruente porque –se itera– la demanda fue formulada a nombre del consorcio.

I.- La extensión de la *ratio decidendi* de la sentencia de unificación del 25 de septiembre de 2013 debe entenderse como la interpretación por analogía de una regla jurisprudencial

2.- Hasta el 25 de septiembre de 2013, la jurisprudencia del Consejo de Estado sostuvo que los miembros del consorcio o de la unión temporal debían comparecer conjuntamente al proceso judicial en el que se ventilaran pretensiones surgidas de la celebración o ejecución del contrato, porque estas formas asociativas no daban lugar al nacimiento de una persona jurídica que pudiera comparecer al proceso. Esa orientación fue modificada en la sentencia de unificación del 25 de septiembre de 2013; y en la sentencia objeto de este salvamento de voto se afirma que la *ratio decidendi* de dicha sentencia debe extenderse a los contratos que no están regidos por la Ley 80 de 1993, que es la norma que regula los consorcios y las uniones temporales. Dicha afirmación se hace en los siguientes términos:

<<En suma, la Sala reconoce que la *ratio decidendi* de la sentencia de unificación de esta Corporación del 25 de septiembre de 2013, expediente 19.933 puede hacerse extensiva a los contratos estatales de régimen exceptuado sin que pueda establecerse un óbice para que los consorcios o uniones temporales puedan celebrar este tipo de negocios jurídicos y, en consecuencia, puedan acudir directamente al proceso contencioso administrativo a través de su representante legal>>.



La *ratio decidendi* a la que se refiere la sentencia objeto del salvamento es, en realidad, la *regla general y abstracta* adoptada por la Sala Plena de la Sección Tercera en la sentencia del 25 de septiembre de 2013; y creo que aquí resulta muy útil precisar que, cuando el Consejo de Estado ejerce su competencia legal de unificar la jurisprudencia adoptando conscientemente este tipo de reglas, no parece adecuado aplicar el método previsto en el derecho anglosajón para identificar y aplicar la *ratio decidendi*. Aquí lo que hay que determinar es si esa regla general y abstracta –establecida para los contratos estatales– puede extenderse a los contratos de derecho privado, que es lo que en realidad se hace en la sentencia objeto de este salvamento.

3.- Si aplicáramos la técnica propia del precedente anglosajón en donde lo relevante son los *hechos* y no las *normas*, tendríamos –en este caso– las siguientes dificultades:

a.- Lo que se denomina *ratio decidendi* de la sentencia de unificación del 25 de septiembre de 2013, que es la regla que se adopta en su parte resolutive, sería un *obiter dicta* en cuanto debe considerarse como <<normativamente irrelevante>>¹ para resolver el caso concreto: (i) en el caso fallado en la sentencia de unificación, el objeto del litigio eran los perjuicios derivados de no haber adjudicado el contrato al <<consorcio>> demandante, y en este caso el objeto del litigio son los perjuicios derivados del incumplimiento del contrato; (ii) en el caso decidido en la sentencia de unificación, los miembros del consorcio le habían otorgado facultades al representante para representar sus intereses, lo habían autorizado expresamente para que presentara la demanda y le otorgara poder a la apoderada que ellos habían escogido; (iii) en el caso de la sentencia de unificación uno de los miembros había manifestado que no estaba interesado en participar en el proceso y le cedió sus derechos a otro; y (iv) en la sentencia de unificación se negaron las pretensiones de la demanda y no se le impusieron costas a la demandante, razón por la cual no había que decidir si al consorcio demandante se le podían otorgar derechos o imponer obligaciones y no se presentaba el problema de establecer a cuál patrimonio se le iban a imputar.

b.- El caso que se falló en la sentencia objeto de este salvamento presentaba circunstancias totalmente distintas:

- Se trataba de un contrato no regido por la Ley 80 de 1993.
- El representante del <<consorcio>> interpuso la demanda y formuló pretensiones a favor del <<consorcio>>; y el tribunal impuso la condena a favor de uno de sus miembros.
- El problema que había que resolver, en este caso, era si en la sentencia podían imponerse condenas a favor o en contra del consorcio, que no es

¹ Término general de Álvaro Núñez para referirse globalmente a los *obiter dicta*. (Precedentes, aproximación analítica, Marcial Pons, 2022, p. 289).



una persona jurídica con patrimonio propio. Y ese problema había que resolverlo porque la demanda se formuló por el representante del consorcio, el cual no obró a nombre de sus integrantes sino a nombre del consorcio.

4.- Si, por el contrario, tenemos claro que lo que hizo el Consejo de Estado en la sentencia de unificación fue adoptar una *regla jurisprudencial* de carácter general y abstracto a partir de la interpretación de la norma que debía aplicar en el caso concreto, estaremos de acuerdo en que la Sala –en esa sentencia–, además de resolver el caso concreto, ejerció la función jurisprudencial para determinar cómo debía interpretarse la disposición legal que debía aplicar para resolverlo (el párrafo primero del artículo 7 de la Ley 80 de 1993). Y podremos (i) analizar cuál es el alcance de la regla jurisprudencial adoptada en la sentencia del 25 de septiembre de 2013 y (ii) determinar si esa regla es aplicable al caso concreto.

5.- Las reglas que el Consejo de Estado adopta en las sentencias de unificación y ellas están definidas en el artículo 270 del CPACA²; el artículo 10 del mismo código dispone que pueden ser *interpretadas o precisadas* en sentencias posteriores que tienen el mismo carácter y tienen por objeto establecer cómo se interpreta o aplica una disposición legal³. El ejercicio de esa competencia se enmarca en lo dispuesto en el artículo 230 de la Constitución Política que le asigna a la jurisprudencia el carácter de <<criterio auxiliar de la actividad judicial>> y en el artículo 17 del Código Civil, de acuerdo con el cual <<las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que fueron pronunciadas>>; sobre esta última disposición, al estudiar su exequibilidad en la sentencia C-461/13, la Corte Constitucional dijo lo siguiente:

<<Por esta razón, más allá de lo estrictamente atinente al derecho civil, cuyos principales temas fueron tratados *in extenso* en los cuatro libros desarrollados a partir del artículo 73, este código incorporó en las disposiciones iniciales del Título Preliminar un conjunto de reglas de carácter conceptual y abstracto relativas al sistema de fuentes del derecho, así como al funcionamiento, interpretación y armonización de sus distintas normas y manifestaciones, aspecto en el cual se siguió, como ocurrió con muchos otros temas, el modelo del código chileno redactado por don Andrés Bello.

<<Es entonces dentro de este contexto que surge un precepto como el ahora acusado, que por su ubicación, contenido y redacción estaría llamado a ser aplicado de manera general a todas las decisiones judiciales, y no únicamente a las dictadas dentro del ámbito del derecho civil (...)

² Artículo 270: <<Para los efectos de este Código se tendrán como sentencias de unificación jurisprudencial las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia precisar su alcance o resolver las divergencias en su interpretación y aplicación (...)>>.

³ El artículo 10 del mismo CPACA, refiriéndose al carácter vinculante de las sentencias de unificación dispone que <<Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado **en las que se interpreten y apliquen dichas normas**>>.



<<A partir de esta diferencia (entre leyes y sentencias), entiende la Corte que el mandato contenido en el primer inciso de la norma cuestionada se refiere en realidad a la parte resolutoria de los fallos, no a la considerativa, que es la que según se acepta actualmente, tiene la capacidad de proyectarse como fuente inspiradora de futuras decisiones, a través de la figura del precedente judicial>>.

6.- Aunque en la doctrina se intenta definir la noción de precedente de manera general, de modo que en ella se entiendan incluidas las <<decisiones judiciales jurisdiccionales dictadas por algún órgano que contienen una norma que es considerada para la resolución de otros casos>>⁴, creo que esta noción debe entenderse atendiendo la normativa que rige en cada país para la regla del precedente, y considerando las características de los <<precedentes>> que en cada caso particular adopta el órgano competente para ello. En nuestro caso es necesario verificar la forma como efectivamente el Consejo de Estado ejerció la competencia y verificar si lo que hizo fue adoptar una regla de unificación en forma de precepto general y abstracto. La doctrina ha indicado que los precedentes pueden entenderse como <<un argumento interpretativo; como un ejemplo; como una norma>>. Y creo que en nuestro sistema los precedentes, en la gran mayoría de los casos, se establecen como normas (reglas jurisprudenciales) sustentadas en la interpretación de disposiciones legales, que resuelven antinomias, llenan vacíos y, particularmente, pretenden establecer una regla uniforme (general y abstracta) que garantice la igualdad y la seguridad jurídica cuando se advierten distintas lecturas de la misma.

7.- La adopción por parte del Consejo de Estado de reglas jurisprudenciales que deben ser consideradas por los jueces y de las cuales solo pueden separarse con una justificación argumentativa seria, implica considerar que la noción de <<criterio auxiliar de la actividad judicial>> ha sido precisado por la ley sin que la jurisprudencia tenga como fin solo describir cómo debe interpretarse una disposición legal o que <<forma parte de la caja de herramientas de los juristas>> con capacidad simplemente persuasiva⁵

8.- La noción de precedente que no parece aplicable cuando se adoptan *reglas jurisprudenciales* es la del precedente como *ejemplo* para otras decisiones; frente a las reglas no es necesario <<ver si los casos posteriores se parecen lo suficiente para determinar si el precedente es aplicable>>⁶; no es a partir de la similitud o diferencia entre los hechos que debe hacerse esta determinación. Las reglas jurisprudenciales que adopta el Consejo de Estado, como ocurre en este caso y en la mayoría de ellos, se acercan mucho más a la noción del <<precedente como norma>>. Se trata de reglas generales y abstractas que son objeto de interpretación: en este caso lo que debía considerarse era si

⁴ Núñez, Álvaro, Precedentes, aproximación analítica, Marcial Pons, 2022, p. 24.

⁵ Núñez Op.Cit. p. 118.

⁶ Núñez Op. Cit. p. 121.



esa regla era aplicable analógicamente a una hipótesis fáctica distinta de la prevista en ella⁷.

II.- De acuerdo con la sentencia de unificación, la regla allí adoptada no debía aplicarse a los contratos regidos por el derecho privado.

9.- Precisado lo anterior, lo primero que resulta problemático es que, en mi entender, la sentencia del 25 de septiembre de 2013 tenía una consideración de acuerdo con la cual la regla que allí se adoptó no era aplicable a los consorcios en los contratos de derecho privado. En las consideraciones de esa sentencia se lee:

<<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, 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>>.

10.- Podría decirse, usando la noción de *precedente* del derecho anglosajón, que esa consideración es un *obiter dicta* y que en la sentencia de unificación no podían adoptarse reglas para contratos no regidos por la Ley 80 de 1993. Creo que esa inferencia es equivocada si consideramos que lo que hizo el Consejo de Estado en la sentencia del 25 de septiembre de 2013, fue adoptar una *regla jurisprudencial* con el objeto de interpretar una disposición legal (el parágrafo primero del artículo 7 de la Ley 80 de 1993) y establecer si los representantes de los consorcios y uniones temporales a los que hace referencia esa norma podían participar como parte en los procesos judiciales surgidos como consecuencia de la adjudicación o celebración de los contratos regidos por dicha ley; y al enunciar la regla precisó que ella no era aplicable a contratos regidos por derecho privado: esa consideración formaba parte de la regla jurisprudencial adoptada y, por ende, era una consideración vinculante de la cual la Sala no podía apartarse sin controvertir sus fundamentos.

⁷ <<Los juristas del *common law* tienden a proceder por analogía, moviéndose gradualmente de caso en caso; nosotros tendemos a evitar generalizaciones amplias, abstractas, prefiriendo formulaciones limitadas, temporales, de modo que los principios que justifican las decisiones emergen gradualmente de casos concretos, a medida que estos son decididos; en otras palabras, nosotros tendemos a pensar de abajo hacia arriba, a partir de los hechos del caso delante de nosotros. Mientras que nuestros compañeros continentales tienden a razonar de arriba hacia abajo, a partir de principios abstractos incorporados en un código. El resultado es que nosotros tendemos a entender cada caso como teniendo un efecto relativamente limitado, es decir como una base para operaciones futuras en la medida en que el derecho se desarrolla de caso en caso (Lord Goff). (...) Mientras que el juez del *common law* compararía los hechos considerados materiales del caso tomado como precedente y en el caso aún pendiente de resolución, el jurista continental buscaría en el precedente solamente un pronunciamiento en forma de regla con un alto grado de autoridad>>. (Thomas da Rosa de Bustamante, Teoría del precedente judicial, Ed. Legales, Lima 2016, página117).



11.- En el salvamento de voto a una providencia del 10 de febrero de 2021, en la que la Sala Laboral de la Corte adopta la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 25 de septiembre de 2013 se señala:

<<De la forma en que fue entendida la figura por la Corte Constitucional y bajo la cual fue declarada executable, siempre estuvo claro que los consorcios y las uniones temporales no tenían como atribución la personalidad jurídica y que la responsabilidad por sus actuaciones, en la manera diferenciada en que fue concebida, siempre recaía en sus miembros, como una pluralidad de sujetos que, se itera, tienen como marco para la labor que desarrollan, un contrato.

<<Para efectos eminentemente procesales y, en particular, para determinar si existía el supuesto de capacidad para ser parte, el criterio fue pacífico en sentido negativo, con base en similares reflexiones a las que hasta ahora se han venido haciendo. El artículo 44 del Código de Procedimiento Civil señaló, como regla general que las personas naturales y jurídicas podían ser parte en un proceso, así:

<<Artículo 44. Capacidad para ser parte y para comparecer al proceso. Toda persona natural o jurídica puede ser parte en un proceso. Tienen capacidad para comparecer por sí al proceso, las personas que pueden disponer de sus derechos. Las demás deberán comparecer por intermedio de sus representantes, o debidamente autorizadas por estos con sujeción a las normas sustanciales. Las personas jurídicas comparecerán al proceso por medio de sus representantes, con arreglo a lo que disponga la Constitución, la ley o los estatutos. Cuando el demandado sea una persona jurídica que tenga varios representantes o mandatarios generales distintos de aquellos, podrá citarse a cualquiera de ellos, aunque no esté facultado para obrar separadamente. Cuando los padres que ejerzan la patria potestad estuvieren en desacuerdo sobre la representación judicial del menor, el juez le designará curador ad litem, a solicitud de cualquiera de ellos o de oficio.

<<Si bien el Código General del Proceso amplió de alguna manera el concepto de capacidad para ser parte, en líneas generales conservó los elementos de la anterior codificación procedimental, para lo cual dispuso en el artículo 53 lo 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.

<<Vale decir que a las personas naturales y jurídicas a quienes tradicionalmente se les había reconocido esa capacidad, se agregaron los patrimonios autónomos, el concebido y los demás que determine la ley. Y, creo, allí comienza a marcarse una diferencia importante en este aspecto, pues la propia legislación procesal señaló que correspondía a la ley determinar quién o quiénes más gozaban de tal atribución, dentro de la libertad de configuración legislativa que se ha reconocido al Congreso, tal cual ocurrió en su momento, por ejemplo, con el listado de entidades estatales a quienes sin tener personería se les otorgó capacidad contractual, para los solos efectos de la Ley 80 de 1993, según la voces del artículo 2.º de ese precepto o lo ya reseñado en relación con los artículos 6.º y



7.º de la misma normativa, en cuanto permitió a los consorcios y las uniones temporales contratar con las entidades estatales, sin que tampoco tengan la calidad de personas jurídicas.

<<El panorama, que como se ha visto era claro, cambió sutilmente, cuando el Consejo de Estado, en la sentencia CE SPL, 25 sep. 2013, rad. 25000-23-26-000-1997-0393001(19933) (sic), modificó la tesis tradicional (...)

<<La sentencia de la cual me aparto, optó mayoritariamente por acoger las tesis expuestas en la providencia del Consejo de Estado en cita, para con base en ello colegir que lo que allí se infirió para el proceso contencioso administrativo, opera, con similares razones, para el proceso laboral. No tiene por propósito central este escrito cuestionar los fundamentos del Consejo de Estado para arribar a las conclusiones a las cuales llegó, lo cual sería posible a la luz de lo prescrito en el Código de Procedimiento Civil, pero aún más en relación con el Código General del Proceso, pues ya se advirtió que aunque en cuanto a la capacidad para ser parte el legislador abrió el compás en un ángulo mayor al existente en la legislación pretérita, lo cierto e irrefutable es que estableció que la propia ley determinaría, quienes otros, aparte de los allí enlistados, podrían tener la pregonada capacidad. Como el propósito es más modesto, he de manifestar, en lo que aquí interesa, que no se tuvo en cuenta a la hora de marcar el giro jurisprudencial que ahora reprocho, que el mentado fallo del Consejo de Estado selló sus propios límites con meridiana claridad al señalar: “También debe precisarse que la tesis expuesta solo está llamada a operar en cuanto corresponda a los litigios derivados de los contratos estatales o sus correspondientes procedimientos de selección” (...)

<<**Significa lo anterior, ni más ni menos, que se obvió la limitante que el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo había impuesto, con un fundamento además claro, consistente en que la especialidad de las normas de derecho público y en particular las de contratación estatal, dota a la figura consorcial o de unión temporal, de unas características que, a juicio del Consejo de Estado, marcan diferencia respecto de la normativa privada, esto es civil y/o comercial, tal como lo explicó en la misma providencia pluricitada:**

(...)

<<La Sala, de tiempo atrás, había mantenido una posición al respecto, v. gr. en la sentencia CSJ SL, 24 nov. 2009, rad. 35043, reiterada en el auto CSJ AL858-2017 e, igualmente en sede de tutela, en sentencia CSJ STL4470-2014.

<<Precisamente la primera de las providencias mencionadas sostuvo que:

“En nuestro régimen legal, artículo 7º de la Ley 80 de 1993, la unión temporal no constituye una persona jurídica distinta de las que la integran, y no obstante que tienen responsabilidad solidaria, ha entendido la jurisprudencia que en la medida en que la norma que las regula ha previsto las sanciones por incumplimiento de las obligaciones derivadas de la propuesta y del objeto contratado, las cuales “se impondrán de acuerdo con la participación en la ejecución de cada uno de los miembros de la unión temporal”, **cuando concurren al proceso como demandantes ora como demandados, se debe integrar litisconsorcio necesario por activa o por pasiva según corresponda con todos y cada uno de los unidos temporalmente.**”



<<El entendimiento de que el pronunciamiento del Consejo de Estado, que además fue reiterado en providencia de esa Corporación CE ST SA, 25 sep. 2013, rad. 25000-2326-000-1997-03928-01(20529), no varió la doctrina respecto de la capacidad para ser parte de los consorcios y uniones temporales fuera del ámbito de la contratación estatal, no es un pensamiento solitario en la jurisdicción ordinaria, pues con posterioridad a ellos, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia manifestó en providencia CSJ AC1251-2019:

“3. Por ser pertinente para este asunto, conviene anotar que con respecto a la presentación de la demanda por parte de Consorcios o las Uniones Temporales, la Corte ha expresado que estos “no pueden acudir directamente al proceso como demandantes o como demandados, sino que deben hacerlo a través de las personas que lo integran” (CSJ SC del 13 de septiembre de 2016). Así también lo ha expresado el Consejo de Estado, cuando en fallo de unificación expuso que “...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”.

<<Tampoco me resulta convincente la invocación de la protección de los trabajadores y, del trabajo, en la Carta Fundamental, **para darle paso a la novísima doctrina, en relación con la capacidad para ser parte de consorcios y uniones temporales, por cuanto no creo que desvertebrando el ordenamiento jurídico procesal, que sirve precisamente de garantía para quienes acuden a esta jurisdicción, se logre ese loable propósito y, por el contrario, crea desorden e incertidumbre entre empleadores, trabajadores y operadores judiciales, que se ven avocados a marchar al vaivén de desarrollos jurisprudenciales que, como en este caso, creo, se efectúan sobre temas que están reservados a la ley.**

<<En últimas, termina por aceptarse, sin justificación suficiente, que al proceso concurre un contrato y no quienes lo suscribieron, amén de que en la legislación procesal ya existen los instrumentos para atender una situación como la que se ha expuesto, a través, por ejemplo, de figuras como la del litisconsorcio, razón por la cual, se insiste, la sentencia del Consejo de Estado que dio origen al cambio de posición en la Sala, interpretándola más allá de su propio sentido lógico, recalca que dichas manifestaciones procesales (litisconsorcio necesario y facultativo, intervención ad excludendum), siguen teniendo plena aplicación, en tratándose de los miembros que conforman el consorcio u unión temporal>>⁸.

La <<regla jurisprudencial>> de la sentencia del 25 de septiembre de 2013

12.- Creo que si habláramos de las <<reglas jurisprudenciales>> que conscientemente adopta el Consejo de Estado en las sentencias de unificación, y si consideráramos que ellas tienen por objeto interpretar una disposición legal y si constatáramos que -de hecho- se enuncian como tales, podríamos también considerar que deben ser elaboradas de la misma forma como se elaboran las disposiciones legales. Eso es lo que se hace en la sentencia de unificación del 25 de septiembre de 2013, que enuncia en el primer numeral de la parte resolutive la regla de unificación sustentada en las consideraciones del fallo.

⁸ Salvamento de voto del doctor Luis Benedicto Herrera Díaz al auto SL462-2021, Radicación n.º 81104, proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia el 10 de febrero de 2021.



13.- Lo que legitima esta función jurisprudencial es la necesidad de interpretar un texto o un conjunto de textos para resolver el caso concreto. Esa interpretación se plasma en una regla de unificación vinculante en el sentido de que debe ser entendida y aplicada de la misma manera en todos los casos en los que la misma disposición deba ser aplicada. Lo que se busca con las sentencias de unificación no es crear nuevas normas para decidir un caso concreto: lo que se busca es que tanto la Administración como los jueces interpreten las disposiciones legales de la misma manera.

14.- Si el Consejo de Estado es consciente plenamente de que está estableciendo una regla general y abstracta, debe construirla pensando si ella puede ser aplicable a todos los casos que, desde su enunciación se sabe que van a estar regidos por ella⁹; debe advertir que está ejerciendo una función jurisprudencial, distinta de la jurisdiccional. El ejercicio de esa función implica realizar un esfuerzo para enunciar reglas *coherentes, claras, precisas y aplicables*¹⁰ que superen las ambigüedades interpretativas de la disposición legal a interpretar, y debe tener en cuenta las *consecuencias* que tiene la aplicación de esa regla en otros casos. Lo que diferencia la labor del Consejo de Estado de la labor del legislador es que se trata de un órgano jurisdiccional sujeto al <<imperio de la ley>>, por lo que su labor de <<reconstrucción>> de esas disposiciones para plasmarla en reglas generales y abstractas debe partir de los textos legales. Y lo que legitima esa función es la exposición de motivaciones suficientes que convencan de que la interpretación adoptada es la correcta: en esa labor no se excluye la creación de disposiciones dirigidas a superar antinomias o a llenar lagunas normativas; lo que debe excluirse es la creación de reglas paralelas que desconozcan o contradigan lo dispuesto en los textos legales.

15.- En la sentencia del 25 de septiembre de 2013 era necesario interpretar el inciso segundo del párrafo primero del artículo séptimo de la Ley 80 de 1993, que dispone:

⁹ Esto puede verse como una aplicación del principio o mejor con el compromiso de universalización que le impone al juez preguntarse si puede y está dispuesto a interpretar y aplicar la disposición legal de la misma manera en todos los casos. En la labor jurisprudencial si cabe la expresión <<en los casos en que ...>> utilizada en las sentencias, antes de resolver el <<caso concreto sometido a decisión. <<Cualquiera que sea el sistema jurídico en cuestión, la referencia a una *regla* universal para solucionar un problema jurídico particular es un elemento indispensable de la justificación jurídica (...). Hay una conexión indivisible entre la ideas de *justificación* y *universalización* (...). Específicamente el relación a los precedentes judiciales el principio conlleva la exigencia de tratar casos semejantes de un modo semejante; exige que toda decisión jurídica en la que surjan disputas sobre el derecho deba estar fundamentada en un reglamento jurídico que no sea ad hoc y tampoco ad hominem>> (Cfr. Thomas da Rosa de Bustamante, op.cit. p. 124)

¹⁰ En la constitución universal *de la tierra* que propone Ferrajoli, el artículo 4 reza: <<Principio de igualdad: Todos los humanos son iguales ante las leyes. La igualdad ante las leyes requiere que las normas legales no sean oscuras ni vagas, sino lo más claras, unívocas y precisas que sea posible>> (Ed. Trotta, p. 139)



<<Los miembros del consorcio y de la unión temporal deberán designar la persona que, **para todos los efectos, representará al consorcio** o unión temporal y señalarán las reglas básicas que regulen las relaciones entre ellos y su responsabilidad>>.

16.- Al estar claro que los consorcios y uniones temporales no forman una persona jurídica ni tienen patrimonio propio, era indispensable determinar cuál era el alcance de la representación a la que alude esta norma. Definir si esta representación está prevista como un mecanismo para que la entidad pueda entenderse con una sola persona para adelantar la ejecución del contrato, o si de esta norma puede inferirse una representación de los integrantes del consorcio para contraer obligaciones en su nombre durante el desarrollo del contrato y, adicionalmente, para participar en su nombre en los procesos judiciales que puedan surgir como consecuencia del mismo.

16.1.- El problema jurídico que se definió en la sentencia del 25 de septiembre de 2013 no se estructuró a partir de la disposición anterior. En el primer párrafo de la sentencia se señala:

<<Procede la Sala Plena de la Sección Tercera a unificar su Jurisprudencia en torno al problema jurídico **consistente en dilucidar si los consorcios y las uniones temporales cuentan con capacidad 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>>.

16.2.- Si la disposición objeto de interpretación que se identifica en la sentencia de unificación establece la existencia de un representante del consorcio o de la unión temporal y no existe duda de que estos carecen de personería jurídica y no tienen patrimonio propio, lo que había que determinar es cuál era el alcance de esa representación. No podía partirse de considerar que los consorcios o las uniones temporales son *titulares de derechos*, porque ninguna disposición legal establece esa premisa.

El mismo artículo 7 de la ley dispone:

**<<ARTÍCULO 7o. ENTIDADES A CONTRATAR.
(...)**

6. Consorcio: Cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato. En consecuencia, las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato, afectarán a todos los miembros que lo conforman.

7. 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 (...)

PARÁGRAFO 1o. Los proponentes indicarán si su participación es a título de consorcio o unión temporal y, en este último caso, señalarán los términos y extensión de la participación en la propuesta y en su ejecución, los cuales no podrán ser modificados sin el consentimiento previo de la entidad estatal contratante.

Los miembros del consorcio y de la unión temporal deberán designar la persona que, para todos los efectos, representará al consorcio o unión temporal y señalarán las reglas básicas que regulen las relaciones entre ellos y su responsabilidad.

PARÁGRAFO 2o. En los casos en que se conformen sociedades bajo cualquiera de las modalidades previstas en la ley con el único objeto de presentar una propuesta, celebrar y ejecutar un contrato estatal, la responsabilidad y sus efectos se regirá por las disposiciones previstas en esta ley para los consorcios.

PARÁGRAFO 3o. Los miembros que hagan parte de los consorcios o uniones temporales no podrán contratar acorde con lo previsto en la presente ley cuando hayan sido sancionados disciplinaria, fiscal o penalmente>>.

17.- El propósito de la Ley 80 es establecer la responsabilidad individual de las personas naturales o jurídicas que contraten con el Estado; lo que busca es impedir que se *creen* sociedades para celebrar estos contratos que respondan solo con el patrimonio que constituyan sus miembros. Los titulares de los derechos y obligaciones que surgen del contrato son las personas que conforman el consorcio o la unión temporal y esa es precisamente la voluntad del legislador: que las personas que celebran el contrato respondan por sus obligaciones de manera solidaria y con el patrimonio de cada una de ellas.

18.- Es cierto que no solo una persona natural o jurídica puede ser titular de obligaciones y derechos; también puede serlo un patrimonio autónomo y, atendiendo lo anterior, la ley permite que estos participen en el tráfico jurídico mediante un representante que tiene tal condición en los procesos judiciales; la herencia yacente es un patrimonio conformado por los bienes y las deudas del causante y su representación la ejerce cualquiera de sus herederos. Y desarrollando el mismo principio, la ley le ha otorgado capacidad para comparecer a los procesos judiciales a los representantes de entidades públicas que no tienen personería propia, pero que manejan un presupuesto independiente al cual pueden imputarse derechos y obligaciones. A partir de estas comparaciones no podía deducirse que los consorcios y las uniones temporales son *titulares de derechos* y pueden comparecer como *parte* a un proceso judicial, que termina con una sentencia en la cual se otorgan derechos o se imponen obligaciones: ¿A cuál patrimonio ingresan los primeros y quién puede hacerlos



efectivos?; ¿cuál patrimonio puede perseguirse para hacer cumplir una condena contra un consorcio?; ¿cuáles bienes pueden embargarse con ese objeto?¹¹

18.1.- En la sentencia de unificación del 25 de septiembre de 2013 se lee:

<<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 (...)

<<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 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** –legitimatio ad processum–, por intermedio de su representante.

<<El planteamiento que acaba de esbozarse en modo alguno desconoce 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 yacente o con los patrimonios autónomos, los cuales, a pesar de no contar con personalidad jurídica propia, sí pueden ser sujetos procesales, de lo cual se desprende que el hecho de que los

¹¹ En el salvamento de voto de la doctora Stella Conto a la sentencia de unificación del 25 de septiembre de 2013, se anota sobre este particular <<En cuanto el consorcio y la unión temporal son agrupaciones sin fines asociativos, carecen de patrimonio común, lo que imposibilita hacer efectiva la sentencia condenatoria en su contra. Esta situación, a diferencia del reconocimiento de la capacidad procesal i) a las entidades estatales que si bien no tienen personería jurídica sí son centros de imputación presupuestal del Estado y ii) a la herencia yacente, esto es a la afectación de la universalidad conformada por el activo y el pasivo del causante que aún no sido aceptada a los intereses del heredero no conocido y de los acreedores; **libera de la responsabilidad que las disposiciones de la Ley 80 de 1993 pusieron en cabeza de los miembros del consorcio y la traslada a una agrupación incapaz de responder**>>.



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 (...)

<<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 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>>¹².

18.2.- Y la regla de unificación que se adopta en la parte resolutive del fallo es la siguiente:

¹² CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, SALA PLENA Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ; Bogotá., D.C., veinticinco (25) de septiembre de dos mil trece (2013) Radicación número: 25000-23-26-000-1997-03930-01(19933) Actor: CONSORCIO GLONMAREX.



<<PRIMERO: UNIFICAR la Jurisprudencia en relación con la capacidad procesal que legalmente les asiste a los consorcios y a las uniones temporales para comparecer como sujetos –en condición de partes, terceros interesados o litisconsortes– en los procesos judiciales en los cuales se debatan asuntos relacionados con los derechos o intereses de los que son titulares o que discuten o que de alguna otra manera les conciernen con ocasión o por causa de la actividad contractual de las entidades estatales>>.

18.3.- La regla de unificación de esta sentencia se enuncia por partes: un enunciado en el primer numeral de la parte resolutive y el otro en las consideraciones que he transcrito. Las dos partes son contradictorias, lo que hace que la regla sea inaplicable y esto se evidencia con toda claridad en la decisión del caso concreto al cual se refiere la sentencia que es objeto de este salvamento.

18.4.- No puede considerarse, al mismo tiempo (i) que el consorcio puede comparecer como parte en el proceso a través de su representante; (ii) que los miembros del consorcio también pueden participar como parte; (iii) que los miembros del consorcio <<pueden>> participar en el proceso, pero su participación no es necesaria para dictar sentencia porque pueden tener la condición de litisconsortes facultativos y (iv) que los participantes del consorcio <<deben>> intervenir en el proceso, porque puede considerarse que tienen la condición de litisconsortes necesarios. Las posibilidades que se enuncian en la regla que se adopta en la sentencia de unificación no permiten su aplicación, porque no son suficientes para establecer quién en realidad es el que debe comparecer al proceso como parte, que es lo que establecía claramente la regla anterior en la cual se señalaba que deben comparecer todos los miembros del consorcio y que tienen la condición de litisconsortes necesarios.

Las consideraciones de la sentencia objeto de salvamento sobre los consorcios en el derecho privado

19.- En el caso fallado en la sentencia de la cual me aparto no se aplicó en realidad la regla de unificación adoptada en la sentencia del 25 de septiembre de 2013. Reitero que la demanda fue presentada por el representante del consorcio, con pretensiones para el consorcio, y las condenas se impusieron a favor de cada uno de los dos miembros del consorcio. Si se hubiera aplicado la sentencia de unificación, tendrían que haberse decretado las condenas a favor del consorcio que, de acuerdo con dicha sentencia, tiene capacidad para ser parte en el proceso porque es titular de derechos; el problema es que una condena en esos términos no podría ser cobrada precisamente porque el consorcio no es persona jurídica.

20.-En la sentencia objeto de este salvamento de voto se exponen consideraciones dirigidas a sostener: (i) que en derecho privado, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, las partes pueden crear formas asociativas dotadas de personería y de representante legal, incluyendo dentro de



ellas al consorcio y (ii) que el representante del consorcio, sin que sus miembros le hayan otorgado poder específico para tal fin, los representa en un proceso judicial surgido como consecuencia de la ejecución del contrato.

21.- En relación con la intervención del <<consorcio>> en el proceso, se lee en el fallo del que me aparto:

<<En primer lugar, la Sala advierte que el requisito de procedibilidad de la conciliación prejudicial fue agotado por el Consorcio Mejoramiento Ambiental según da cuenta el acta que obra de folio 272 a 280 del cuaderno uno del expediente¹³; **por consiguiente, por haber comparecido el representante legal del consorcio** -quien funge, igualmente, como representante legal de la sociedad **demandante- es preciso concluir que el requisito de procedibilidad se cumplió no solo respecto del consorcio sino también frente a los integrantes del mismo, esto es, la sociedad Construcciones y Suministros La Vorágine Ltda y el señor Jorge Alberto Ramírez Espinosa.**

<<En este punto es importante precisar que la figura asociativa de los consorcios y las uniones temporales, pese a estar consagrada en el artículo 7 de la Ley 80 de 1993, no es exclusiva de esa normativa, pues, **en virtud del principio de la autonomía de la voluntad las partes pueden asociarse o vincularse con base en esas modalidades para la celebración de contratos estatales regidos tanto por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública como aquellos de régimen exceptuado, es decir, suscritos con fundamento en las normas del derecho privado.**

<<Así mismo, debe advertirse que, si bien el artículo 7 de la Ley 80 de 1993 determina qué se entiende por consorcio y unión temporal *“para los efectos de esa ley”*, no cabe duda alguna de que el principio o postulado de la autonomía de la voluntad que rige el derecho privado permite que los particulares se sometan a distintas formas contractuales o asociativas con independencia de que estén o no tipificadas en el ordenamiento jurídico, pues, los límites que encuentran los particulares en ejercicio de su voluntad son el respeto por el orden público y las buenas costumbres¹⁴, y que no estén prohibidas por la ley.

<<Esta es la razón por la cual los particulares pueden celebrar contratos atípicos o innominados, es decir, tipologías negociales que no han sido previamente definidas por el legislador, siempre que respeten, se insiste, el orden público y las buenas costumbres (v gr *joint venture*).

<<Así las cosas, la Sala estima que los particulares pueden asociarse, válidamente, a través de consorcios o uniones temporales para presentar propuestas, ejecutar contratos estatales de régimen exceptuado y acudir

¹³ Al respecto: Consejo de Estado, Sección Tercera – Sala Plena, sentencia de unificación de 25 de septiembre de 2013, expediente 19.933, MP Mauricio Fajardo Gómez.

¹⁴ *“La autonomía de la voluntad privada es la facultad reconocida por el ordenamiento positivo a las personas para disponer de sus intereses con efecto vinculante y, por tanto, para crear derechos y obligaciones, con los límites generales del orden público y las buenas costumbres, para el intercambio de bienes y servicios o el desarrollo de actividades de cooperación (...) Dentro de este cuadro, la autonomía permite a los particulares: i) celebrar contratos o no celebrarlos, en principio en virtud del solo consentimiento, y, por tanto, sin formalidades, pues éstas reducen el ejercicio de la voluntad; ii) determinar con amplia libertad el contenido de sus obligaciones y de los derechos correlativos, con el límite del orden público, entendido de manera general como la seguridad, la salubridad y la moralidad públicas, y de las buenas costumbres; iii) crear relaciones obligatorias entre sí, las cuales en principio no producen efectos jurídicos respecto de otras personas, que no son partes del contrato, por no haber prestado su consentimiento, lo cual corresponde al llamado efecto relativo de aquel”.* Corte Constitucional, sentencia C-934 de 2013, MP Nilson Pinilla Pinilla.



directamente al proceso judicial, a partir de un argumento *a fortiori* (*ad maior ad minus* – de mayor a menor o quien puede lo más puede lo menos); en otras palabras, si el legislador permitió esa forma asociativa en los contratos de Ley 80 de 1993 -negocios con mayores formalidades- resultaría ilógico que no la avalara en los contratos que se rigen, única y exclusivamente, por el derecho privado, dado que si la intención del legislador era prohibirla tendría que estar señalada de forma expresa esa circunstancia.

<<En ese contexto, es igualmente relevante anotar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha reconocido capacidad procesal a los consorcios y uniones temporales para acudir directamente a través de su representante legal a los litigios laborales¹⁵.

En suma, la Sala reconoce que la *ratio decidendi* de la sentencia de unificación de esta Corporación del 25 de septiembre de 2013, expediente 19.933 puede hacerse extensiva a los contratos estatales de régimen exceptuado **sin que pueda establecerse un óbice para que los consorcios o uniones temporales puedan celebrar este tipo de negocios jurídicos y, en consecuencia, puedan acudir directamente al proceso contencioso administrativo a través de su representante legal**>>.

22.- Para que una forma asociativa conduzca a la creación de una persona jurídica con patrimonio propio y con representante legal, debe conformarse dentro de las modalidades y conforme con las disposiciones legales. Por este motivo no puede afirmarse que la constitución de un consorcio o una unión temporal genere –sin disposición legal que lo establezca y lo regule– una persona jurídica con representante legal que pueda adquirir derechos y contraer obligaciones. Las formas asociativas que no se constituyen con las formalidades previstas en la ley para tal fin, tienen el tratamiento de sociedades de hecho regulado en los artículos 498 y siguientes del Código de Comercio.

El punto es explicado por la doctrina en los siguientes términos:

<<Por lo demás, la personificación jurídica de la sociedad opera en el derecho colombiano por el solo ministerio de la ley, sin necesidad de concesión gubernamental o de reconocimiento alguno de carácter judicial, según los artículos 2079 del Código Civil y 98 del Código de Comercio. Pero en esta última disposición legal —que conserva la orientación del artículo 311 del proyecto de 1958— se hace una salvedad muy importante y es la advertencia o aclaración de que es *“una vez constituida legalmente”* cuando la sociedad adquiere esa condición de sujeto autónomo de derechos y **obligaciones, con los atributos inherentes a esa personificación. Porque la entidad o calidad de persona jurídica es una prerrogativa legal que lógicamente ha de subordinarse a condiciones legales que la justifiquen suficientemente y que, a un mismo tiempo, le aseguren el carácter de factor o instrumento de orden.** Por eso es necesario que la sociedad surja en un ambiente de legalidad, esto es, con sujeción a las exigencias hechas en la ley para su constitución regular, que son para estos efectos las formalidades destinadas a dotar de autenticidad y de publicidad comercial el contrato que regula es empresa de colaboración como se propuso en el proyecto de 1958. Por eso mismo la sociedad irregular -que es la no constituida por escritura pública inscrita en el registro público de comercio- no

¹⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia del 10 de febrero de 2021, expediente SL676-2021, (57.957), MP Iván Mauricio Lenis Gómez.



es persona jurídica, según lo propuesto en el mismo proyecto y como quedo expresamente establecido en el artículo 499 del Código de Comercio.>>

El caso de la sociedad de hecho ilustra con bastante claridad la cuestión; porque dicha sociedad —que lo es verdaderamente desde que se reúnan los elementos esenciales del concepto de sociedad (núm. 2)—, aunque no sea persona jurídica, según el mencionado artículo 499 del Código, tiene una existencia real que no se desconoce en la legislación comercial y que hasta se grava como sujeto fiscal, al igual que una comunidad organizada, una sucesión ilíquida. etc., que tampoco son personas jurídicas; **pero no trasciende a la esfera del orden legal establecido para la sociedad-persona jurídica>>**¹⁶.

23.- No comparto la afirmación hecha en el aparte de la sentencia antes transcrito de acuerdo con la cual <<el principio o postulado de la autonomía de la voluntad que rige el derecho privado permite que los particulares se sometan a distintas formas contractuales o asociativas con independencia de que estén o no tipificadas en el ordenamiento jurídico>>. Por el contrario, dada la importancia de la regulación de las personas jurídicas y de sus derechos, este es un aspecto que está regulado en la ley, por lo que la doctrina se refiere al principio de *tipicidad* al que están sujetas las formas de sociedad que generan personería jurídica.

Sobre este punto la doctrina también señala:

<<Como ocurre en otras disciplinas del derecho privado, en el ámbito de las sociedades mercantiles las posibilidades de estipulación contractual están restringidas a las normas de orden público. Sin embargo, en materia societaria estas reglas jurídicas están contenidas no sólo en preceptos individuales que prohíben de forma expresa ciertos acuerdos¹⁷, sino también la normativa genérica definida por el principio de tipicidad, cuya aplicación es propia del sistema jurídico de las sociedades¹⁸.

<<En efecto, la legislación societaria en vigor, contenida en el libro segundo del Código de Comercio y demás normas concordantes, mantiene la rígida diferenciación entre las formas asociativas allí establecidas. Dicho estatuyo, después de regular en términos generales los principales aplicables a la formación y prueba de la sociedad, los aportes, utilidades, reformas estatutarias y demás aspectos aplicables indistintamente a todas las compañías, se ocupa *in extenso* en el señalamiento de normas específicas para cada especie asociativa>>¹⁹.

24.- En síntesis, creo que en la sentencia de unificación del 25 de septiembre de 2013 se modificó una jurisprudencia clara, de acuerdo con la cual el

¹⁶ Pinzón Gabino, Sociedades comerciales Teoría general Volumen I, Editorial Temis.

¹⁷ Por ejemplo, los artículos 374, 424 y 434 del Código de Comercio, que se refieren respectivamente a la imposibilidad de constituir sociedades anónimas con menos de cinco accionistas, pactar menos de quince días hábiles para la convocatoria de la reunión de la asamblea en que hayan de aprobarse balances y constituir la junta directiva con menos de tres miembros.

¹⁸ El sistema de la tipicidad acogido en la generalidad de los ordenamientos jurídicos de los países latinos europeos (España, Francia, Italia, Portugal, etc.), también conocido como el *numerus clausus*, consiste en que “al constituir una sociedad, los contratantes solo pueden escoger uno de los tipos de sociedades comerciales taxativamente consagrados en la ley” (Luis Brito Correia)

¹⁹ Reyes Villamizar Francisco, Derecho Societario Tercera Edición, Bogotá 2016.



Radicado: 81001-23-33-000-2009-00039-01 (52.300)
Demandantes: Consorcio Mejoramiento Ambiental

representante del consorcio previsto en el párrafo primero del artículo 7 de la Ley 80 de 1993 no representa a los integrantes del mismo en los procesos judiciales derivados del contrato, por lo que ellos deben comparecer al proceso donde tienen la condición de litisconsortes necesarios. Esa jurisprudencia es concordante con las disposiciones legales que establecen que los consorcios y las uniones temporales no son personas jurídicas, con lo cual los derechos y las obligaciones que se otorguen o se impongan en la sentencia recaen sobre los miembros del consorcio. Considerar que los consorcios y uniones temporales tienen capacidad para ser parte en el proceso judicial implicaría otorgarles derechos o imponerles obligaciones, lo que no es posible si no son personas jurídicas con patrimonio propio. Por esta razón, lo que ocurrió en la sentencia objeto del salvamento es que la jurisprudencia del 25 de septiembre de 2013 *no pudo aplicarse* y las condenas no se impusieron a favor del consorcio (que presentó la demanda) sino a favor de sus miembros.

Fecha *ut supra*,

Firmado electrónicamente
MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ
Magistrado