



CONFECAMARAS

# CONCEPTOS, DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA

CONFEDERACION COLOMBIANA DE CAMARAS DE COMERCIO

BOGOTÁ, D.C. • COLOMBIA

No. **1176**

## DIFERENCIAS ENTRE EL CONSORCIO Y LOS CONTRATOS DE CUENTAS EN PARTICIPACIÓN

Aunque el contrato de cuentas en participación es, como el consorcio, un pacto de colaboración económica, que no origina una persona jurídica distinta de los contratantes, no existen en el consorcio, como sí los hay en aquél, participantes ocultos, ni se agota su objeto con la gestión del partícipe gestor, puesto que los consorciados buscan conjugar esfuerzos con una finalidad común a la que todos deben prestar su concurso, responsabilizándose solidariamente por los compromisos que de allí surjan, mientras que en el primero el partícipe activo es el único que se obliga y contrae derechos frente a terceros, puesto que es él y sólo él quien interactúa con ellos, en su propio nombre y bajo su crédito personal.

### CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Sala de Casación Civil

Expediente No. 88001-31-03-002-2002-00271-01

Magistrado Ponente: Jaime Alberto Arrubla Paucar

Bogotá D.C., trece (13) de septiembre de dos mil seis (2006)

**Referencia: Expediente No. 88001-31-03-002-2002-00271-01**

Decídase el recurso extraordinario de casación que interpuso Granbanco S.A. - Bancafé respecto de la sentencia que pronunció el Tribunal Superior del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, el 24 de agosto de 2005, dentro del proceso ordinario entablado por el Consorcio Pedro Gómez Ing. & Co. Ltda. – Dicon Ltda. contra el recurrente.

### ANTECEDENTES

1. Demandó el nombrado consorcio al Banco Cafetero Sucursal San Andrés, para que se le declarara contractualmente responsable por el retiro de \$116.766.532.43 de la cuenta de ahorros que abrió en dicho establecimiento, condenándolo, subsiguientemente, a reintegrárselos, con indexación e intereses y a la indemnización de los perjuicios materiales y morales ocasionados.

2. Para sustentar tácticamente su reclamo, expuso que el consorcio abrió la cuenta Super Ahorros No. 334-50021-2 en la institución bancaria demandada, a raíz de la celebración de un contrato de obras públicas con la Gobernación del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, en la modalidad de administración delegada.

Que los dineros depositados en dicha cuenta son de propiedad del Departamento de San Andrés, pues dicha entidad los entregó al consorcio para asegurar el cumplimiento del pacto, de acuerdo con lo estipulado en la cláusula tercera del contrato adicional No. 01. Que pese a ello el establecimiento bancario retiró la suma \$116.766.532.43, so pretexto de dar cumplimiento a la orden de embargo decretada por el Juzgado Segundo Civil de Riohacha contra Pedro Gómez Ing. & Co. Ltda., cuando tal medida no estaba dirigida contra el consorcio, ni recayó sobre la cuota parte que en él tuviere la nombrada sociedad.

Que si el banco comunicó al juzgado que Pedro Gómez Ing. & Co. Ltda. no tenía ninguna vinculación con esa institución, incurrió en culpa grave al retirar los dineros administrados por el consorcio, sin mediar ningún tipo de requerimiento, y con su conducta infringió los compromisos contractuales, paralizó la obra a la que estaban destinados tales valores, indujo en error al juez, quien ordenó su entrega creyendo que pertenecían a dicha sociedad, a más de irrogarle al consorcio perjuicios materiales a cuya reparación está obligado.



**CONFECAMARAS**  
CONFEDERACION COLOMBIANA DE CAMARAS DE COMERCIO

3. Admitida la demanda, el demandado se opuso a las pretensiones, por carecer de sustento fáctico y jurídico. Adujo las excepciones que nominó *“inexistencia de cuenta de ahorros a nombre de la demandante”*, porque la cuenta fue abierta por Pedro Gómez Ing. & Co. Ltda., persona jurídica distinta de quien demanda; *“inexistencia de personalidad jurídica en la demandante”*, habida consideración que los consorcios no son personas jurídicas y por tanto no son sujetos de derechos ni pueden contraer obligaciones, circunscribiéndose la capacidad que les otorga el art. 6° de la ley 80 de 1993 a la celebración de contratos administrativos, de ahí que el art. 7.1 del mismo ordenamiento consagre la responsabilidad solidaria de los consorciados; *“falta de legitimación por activa”*, dado que según la tesis defendida por el actor, los dineros depositados pertenecían al Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, por tratarse de depósitos derivados de un contrato de administración delegada; *“falta de causa para accionar”*, por las razones expuestas.

4. Concluyó la primera instancia con sentencia estimatoria de las pretensiones, salvo la relativa al pago de perjuicios morales, decisión que prohió el *ad-quem* al desatar la apelación interpuesta por el demandado, en el fallo objeto del recurso materia de este pronunciamiento.

### LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

De entrada advirtió la corporación sentenciadora que *“los consorcios no son personas, sino entes que las agrupan, bien sea naturales o jurídicas, para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato estatal, de acuerdo con lo establecido en el artículo 7° de la ley 80/93”*, disposición en virtud de la cual *“los integrantes del consorcio responden solidariamente de todas las obligaciones derivadas de la propuesta y el contrato”*.

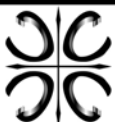
Tras explicar que la apertura de la cuenta bancaria por el consorcio, con el objeto de satisfacer los requerimientos de la administración, *“constituye un acto de tipo contractual que involucra a la entidad bancaria y a las personas que conforman el consorcio de manera conjunta y las obligaciones que surgen a partir del contrato de cuentahabiente, comprometen la responsabilidad del banco y los integrantes del consorcio”*, concluyó que *“los dineros depositados en una cuenta bancaria abierta por un consorcio, no le pertenecen de manera exclusiva a uno de sus miembros, sino a ambos conjuntamente”*, y por ende no pueden afectarse con una medida cautelar dirigida contra uno de ellos, puesto que *“no le pertenecen a él en forma absoluta, sino a todos sus miembros conjuntamente”*.

Agregó que en los términos del art. 684 num. 4° del C. de P.C., cuando se constituye un consorcio para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato estatal, los dineros depositados en nombre de sus integrantes, como anticipo para la ejecución del pacto, están exentos de cualquier medida cautelar.

Sentado el anterior marco teórico, concluyó que la orden de embargo emanada del Juzgado Segundo Civil del Circuito de Riohacha no podía ser acatada por la institución demandada, dado que la cuenta fue abierta por el consorcio y no por Pedro Gómez Ing. & Co. Ltda., como se desprende de los formularios de cuentahabiente adjuntados al proceso, entidad que si bien forma parte del consorcio, no es propietaria exclusiva de los dineros depositados en ella.

Agregó que en el formulario se indicó claramente que la cuenta se abría para la ejecución de un contrato estatal, y que los fondos depositados constituían el anticipo del negocio, circunstancia que impedía el embargo y debió ser comunicada al juzgado, pero no fue mencionada en el oficio que obra en los autos. Señaló también que al interrogar a Lina María Restrepo Ríos, asesora del banco, por el procedimiento a seguir en el caso de embargo de dineros originados en un contrato estatal, manifestó que no contaba con un conocimiento claro al respecto, hecho que es imputable a la entidad bancaria, por no disponer de personal capacitado en esos temas.

Rechazó la tesis del apelante sobre la apertura de la cuenta por Pedro Gómez Ing. & Co. Ltda., subrayando que en formulario que obra en el expediente se anotó que *“se trataba de un consorcio, pero dado que estos no son personas jurídicas, ciertamente las personas que lo conforman son las que deben aportar la*



CONCEPTOS, DOCTRINA  
Y JURISPRUDENCIA



**CONFECAMARAS**  
CONFEDERACION COLOMBIANA DE CAMARAS DE COMERCIO

*documentación para tal efecto, cuestión que explica el por qué el número de NIT con el que se abrió la cuenta coincidía con el de la mencionada sociedad*", confusión que a su juicio no exime al banco de responsabilidad, puesto que debió tomar las medidas necesarias para esclarecer que la titular de la cuenta no era una sociedad en particular, sino varias empresas consorciadas, que entre otras cosas, ejecutarían un contrato estatal.

Descartó la aplicación del art. 1397 del C. de Co., a los contratos estatales, advirtiendo que la ley 80 de 1993 somete a los consorcios a un tratamiento especial, a más de que el citado texto legal se refiere a depósitos efectuados en nombre de dos o más personas, hipótesis que no se estructura en el caso, dado que los dineros cuestionados se consignaron por el departamento a nombre del consorcio, en calidad de contratista, como se establece en la cláusula tercera del acuerdo.

Juzgó finalmente, acorde con el *petitum*, la condena impuesta por el *a-quo*, al reintegro de los dineros retirados de la cuenta de ahorros ya mencionada.

### **LA DEMANDA DE CASACIÓN**

Dos cargos se adujeron contra el fallo impugnado, dentro del ámbito de la causal primera. Uno por la vía directa y el otro por la indirecta. Como el primero se controvierte con éxito la capacidad del consorcio demandante para constituirse en parte de la relación procesal y la subsiguiente imposibilidad de juzgamiento sobre el fondo del conflicto, el examen del segundo, que ataca la responsabilidad que de dedujo de la entidad demandada, resulta innecesario. Por dicha razón, el examen de la Corte se contraerá al primero.

### **PRIMER CARGO**

Con respaldo en la causal primera, se impugna el fallo por violar, en forma directa y por aplicación indebida, los artículos 1604 y 1613 del Código Civil, 822, 1397 y 1398 del Código de Comercio, y 44 inciso 1º del Código de Procedimiento Civil, lo mismo que los artículos 6º y 7º de la ley 80 de 1993, por interpretación errónea.

En la demostración del cargo recuerda el censor que el artículo 44 inciso 1º del Código de Procedimiento Civil consagra el presupuesto procesal de la capacidad para ser parte, atribución sobre la cual destaca que corresponde, por ley, a las personas naturales y jurídicas y que se asimila a la capacidad de goce del derecho sustancial. Precisa además que dicha regla positiva es expresión del derecho constitucional de acción –art. 229 de la C.P.- derecho fundamental subjetivo de las personas, naturales o jurídicas, que son las que libremente pueden acceder a la administración de justicia.

Advierte que el apuntado principio se excepciona en los casos del *nasciturus*, de la sociedad disuelta y liquidada, y de los patrimonios autónomos, de manera que, descartados los dos primeros, el apuntado presupuesto exige, en el caso, que los extremos de la relación jurídica procesal estén integrados por personas naturales o jurídicas, o por patrimonial autónomos, de manera excepcional.

Sentadas esas bases, memora que el consorcio Pedro Gómez Ing. & Co. Ltda. – Dicon Ltda. funge como demandante en el juicio, y fue quien resultó beneficiado con la condena impuesta a la entidad demandada.

Tras inquirir por la naturaleza jurídica de los consorcios, anota que ese interrogante fue absuelto por el propio Tribunal al señalar que *"no son personas, sino entes que las agrupan, bien sea naturales o jurídicas, para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato estatal, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 7º de la ley 80/93"*, disposición con arreglo a la cual *"los integrantes del consorcio responden solidariamente de todas las obligaciones derivadas de la propuesta y el contrato"*.



CONCEPTOS, DOCTRINA  
Y JURISPRUDENCIA



**CONFECAMARAS**  
CONFEDERACION COLOMBIANA DE CAMARAS DE COMERCIO

Advierte que en el derecho positivo patrio su regulación es mínima, y que a pesar de constituir una figura propia del derecho privado, de gran importancia en los contratos de colaboración, está más presente en el derecho público, campo dentro del cual el Estatuto General de Contratación en la Administración Pública -ley 80 de 1993-, reconoce la figura del consorcio, otorgándole capacidad para celebrar contratos con las entidades estatales -art. 6º-, determinado lo que se entiende como tal, para los efectos de dicha ley -art. 7º-.

Citado el criterio de la Corte Constitucional y el de la Superintendencia de Sociedades, lo mismo que doctrina nacional y foránea, en torno a su naturaleza jurídica, enfatiza que, como concluyó el Tribunal, los consorcios *“no son personas”*, sino agrupaciones de ellas para los fines específicos de la contratación estatal, como lo expresa el art. 7º de la ley 80 de 1993 cuando señala para qué efectos se entienden constituidos. Que a pesar de no tener personalidad, puesto que sólo constituyen una fórmula contractual de colaboración de dos o más personas, ostentan una capacidad jurídica excepcional y limitada para celebrar contratos con las entidades estatales, y para los efectos de dicha ley, como se establece en sus arts. 6º y 7º.

Tan claro le parece el límite de la capacidad que allí se establece, que se mantiene vigente la responsabilidad individual de todas y cada una de las personas agrupadas en el consorcio, al declarar el art. 7º que *“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”*, es decir, no compromete al consorcio como tal, dada su ausencia de personalidad, sino a los consorciados, quienes entre otras cosas responden solidariamente de las obligaciones dimanantes de la propuesta y el contrato.

Concluye así que a la luz de la ley 80 de 1983, para cuyos efectos se constituyó el demandante, los consorcios tienen una capacidad jurídica excepcional para celebrar contratos con las entidades públicas, facultad que por tanto debe mirarse restringidamente, *“o sea dentro del ámbito de eficacia de la ley que la admite (80 de 1993), lo cual por contera la excluye de las otras actividades de las personas agrupadas o consorciadas, puesto que estas conservan su propia personalidad y capacidad jurídicas”*, de suerte que si el consorcio Pedro Gómez Ing. & Co. Ltda. no goza de personería para lo relacionado con éste proceso, no pudo actuar como demandante, por ausencia de capacidad para ser parte, aptitud que gravitaría sobre las personas jurídicas que agrupa, quienes serían entonces las llamadas a deducir responsabilidad al establecimiento bancario demandado, por el incumplimiento del pretense contrato de cuenta de ahorros al que en la demanda se alude.

Para rematar el cargo sostiene que a pesar de entender que los consorcios no son personas, y que la celebración de un contrato como el que es objeto de estudio en este proceso, *“involucra ... a las personas que conforman el consorcio de manera conjunta y las obligaciones que surgen a partir del contrato de cuentahabiente comprometen la responsabilidad del Banco y de los integrantes del consorcio”*, el Tribunal extendió la capacidad que les otorgan los arts. 6º y 7º de la ley 80 de 1993 más allá de lo que allí se prevé, al no poner en duda su aptitud para ser parte en el juicio, *“donde, como es obvio, y así lo estima el propio Tribunal, se debate la responsabilidad de un contrato distinto al estatal que originó la integración del consorcio, pues es para éste último y para todos sus efectos, incluyendo la aptitud procesal, que la ley 80 de 1993, reconoce la capacidad jurídica de los consorcios constituidos de conformidad con ella”*.

Explicado el obstáculo que para un fallo de fondo representa la falta del presupuesto procesal mencionado, solicita a la Corte la casación de la sentencia impugnada, para que, al actuar como Tribunal de instancia, revoque la decisión de primer grado y en su lugar profiera un fallo inhibitorio.

## CONSIDERACIONES

1. Discurre el cargo en función de la aptitud que tendrían los consorcios conformados con el propósito de ofertar y contratar con las entidades de derecho público, para constituirse en elementos subjetivos de una relación procesal, y colmar el presupuesto de capacidad para ser parte, problemática que obliga a indagar por su naturaleza jurídica.



CONCEPTOS, DOCTRINA  
Y JURISPRUDENCIA



**CONFECAMARAS**  
CONFEDERACION COLOMBIANA DE CAMARAS DE COMERCIO

2. El creciente desarrollo de la economía y su constante transformación, impulsada en los últimos tiempos por la tendencia generalizada a la internacionalización, la apertura de fronteras y la expansión de mercados, que en muchas veces las empresas no están preparadas para afrontar por sí, lo mismo que distintas razones de índole particular, como la necesidad de optimizar la gestión económica, generar condiciones más favorables para su desempeño, elevar los niveles de competitividad tanto a nivel local, como transnacional, entre otras, las han llevado a entrar en procesos de vinculación o interacción con otras empresas, instrumentados a través de diferentes mecanismos jurídicos que van desde los que les procuran variadas posibilidades de cooperación, sin modificar su estructura jurídica y económica, hasta los que la mutan, como ocurre *v. gr.* cuando dan lugar a la fusión o a la creación de una nueva sociedad.

Pese a su usanza en el tráfico económico, no ofrece el derecho positivo patrio una categoría jurídica precisa para las relaciones de colaboración entre empresas que conservan su estructura orgánica e independencia jurídica. Diversas legislaciones foráneas, por el contrario, se han encargado de reglamentar variados instrumentos o modalidades negociales mediante los cuales puede canalizarse esa ayuda, como ocurre con las agrupaciones de colaboración, consagradas por la normatividad argentina, en la legislación sobre sociedades comerciales -ley 19.500, arts. 367 a 383, reformada por la ley 22.903-; la unión transitoria de empresas, incorporada por la misma legislación, en la reforma general al régimen de sociedades; los grupos de interés económico de los que trata, en Francia, la ordenanza N. 67-821 del 23 de septiembre de 1967, y el consorcio, regulado en Italia por el art. 2602 del Código Civil, y en Brasil por la ley 6404 de 1976, sobre sociedades por acciones. La jurisprudencia norteamericana de finales del siglo XIX, por su parte, perfiló los llamados *joint ventures*.

El consorcio, que es una expresión de esas formas de colaboración, presupone entonces la acción concordada de un número plural de sujetos. En la legislación brasileña se le concibe como una fórmula contractual, mediante la cual acuerdan sus integrantes aunar esfuerzos con miras a realizar determinada actividad, principalmente la construcción de una obra o la prestación de un servicio, sin que la estructura empresarial así constituida goce de personalidad jurídica. Son entonces sus miembros quienes se obligan en las condiciones preestablecidas en el contrato, sin que se presuma solidaridad entre ellos, aunque puede ser objeto de estipulación expresa -arts. 207 y 208 ley de sociedades anónimas de 1976-.

Aunque en la práctica es el instrumento de cooperación del cual se sirven personas con actividades afines, que temporalmente y sin el ánimo de asociarse resuelven conjuntar esfuerzos para ejecutar determinado negocio, sin que se interfiera su organización jurídica o económica, en el derecho privado patrio no han sido objeto de regulación, constituyendo por ende una modalidad atípica de los denominados por la doctrina, contratos de colaboración, por el cual dos o más personas convienen en aunar esfuerzos con un determinado objetivo, consistente por lo general en la construcción de una obra o en la prestación de un servicio, sin que se establezca una sociedad entre ellos, puesto que no se dan los elementos esenciales del contrato de sociedad, amén de conservar cada cual su personalidad y capacidad para ejecutar las actividades distintas del negocio común. En otras palabras, se trata de "*una unión formada para la gestión o la defensa de intereses comunes, sin llegar a constituir una sociedad*" (Caballero Sierra, Gaspar. Los Consorcios Públicos y Privados. Bogotá. Temis. 1985. Pág. 88), particularidades que por ende le confieren una naturaleza jurídica propia, una estructura singular que impide confundirlos con figuras como las cuentas en participación o la sociedad de hecho, pese a las aproximaciones que a primera vista pudieran avizorarse entre ellas.

Así, aunque el contrato de cuentas en participación es, como el consorcio, un pacto de colaboración económica, que no origina una persona jurídica distinta de los contratantes, no existen en el consorcio, como sí los hay en aquél, participantes ocultos, ni se agota su objeto con la gestión del partícipe gestor, puesto que los consorciados buscan conjugar esfuerzos con una finalidad común a la que todos deben prestar su concurso, responsabilizándose solidariamente por los compromisos que de allí surjan, mientras que en el primero el partícipe activo es el único que se obliga y contrae derechos frente a terceros, puesto que es él y sólo él quien interactúa con ellos, en su propio nombre y bajo su crédito personal.

La sociedad de hecho, a su turno, lo mismo que el consorcio, no da origen a un sujeto de derechos diferente a sus miembros. Sin embargo, a diferencia de éste, y como toda sociedad, debe tener un capital constituido por los aportes de los socios, que no es imprescindible en el consorcio, y se encamina a la obtención de una utilidad repartible entre aquéllos, objetivo que en el consorcio se enfoca más al favorecimiento de sus partícipes que a una ganancia patrimonial divisible. Por lo demás, es propio de los socios de hecho pedir en



CONCEPTOS, DOCTRINA  
Y JURISPRUDENCIA



# CONFECAMARAS

CONFEDERACION COLOMBIANA DE CAMARAS DE COMERCIO

cualquier tiempo la liquidación de la sociedad, mientras que en el consorcio, como contrato de duración que es, sus integrantes deben someterse al plazo fijado para su duración.

En el derecho público se hace referencia a los consorcios, definiendo sus elementos constitutivos para los fines de la contratación estatal, sin establecer su régimen jurídico. Así, el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública –ley 80 de 1993–, como lo hacían el derogado estatuto contractual de la administración pública y el decreto 222 de 1983, dispone que *“pueden celebrar contratos con las entidades estatales, las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes. También podrán celebrar contratos con las entidades estatales los consorcios y uniones temporales”* –art. 6º–, y relativamente a los primeros prevé que para los efectos de dicha normatividad, se entiende por consorcio *“cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato”*, y que *“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”* –art. 7º–.

Refiriéndose a su naturaleza jurídica, el Consejo de Estado, en concepto del 9 de octubre de 2003 de la sala de consulta y servicio civil, expresó que en el caso de la conformación de un consorcio o una unión temporal, *“no hay propiamente aportes de dinero, trabajo o bienes con la finalidad de construir un capital común que sirva para desarrollar una actividad, por medio de un nuevo ente jurídico distinto de ellos, como sucede en la constitución de una sociedad, sino que cada uno conserva su individualidad jurídica y colabora con su infraestructura o parte de ella: personal, estudios, planos, diseños, sistemas, instalaciones, oficinas, tecnología, Know how, maquinaria, equipos, dinero, etc. según las reglas internas del acuerdo, para elaborar la propuesta y si se les adjudica el contrato, para ejecutarlo”*. El consorcio, añadió, lo mismo que la unión temporal, *“no es una persona jurídica sino un número plural de contratistas que se integran para presentar una propuesta y celebrar un contrato con una entidad”*.

En dicho campo, el consorcio es de igual modo un negocio de colaboración atípico, por el cual se agrupan, sin fines asociativos, los sujetos que acuerdan conformarlo, quienes voluntariamente conjuntan energías, por un determinado tiempo, con el objeto de desarrollar una operación o actividad específica, que consiste en ofertar y contratar con el Estado. Así resulta del texto del art. 7º del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, que al definir lo que para los efectos de dicho régimen legal, se entiende por consorcio, determina que se presenta *“cuando dos o más personas en forma conjunta presenten una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato”*, agrupación de sujetos que no origina un sujeto distinto, con existencia propia, y deja indeleble, en cada uno de los integrantes, su independencia y capacidad jurídica.

Ahora, aunque al reglamentar la *“capacidad para contratar”*, el art. 6º dispone que *“pueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes”*, y añade que *“también podrán celebrar contratos con las entidades estatales, los consorcios y uniones temporales”*, disposición que invita a pensar que a pesar de no gozar de personalidad, excepcionalmente se les inviste de capacidad para contratar y obligarse con el Estado, a la postre no va más allá de autorizar la vinculación contractual de las entidades públicas, con las personas naturales o jurídicas que acudan a tales fórmulas convencionales –consorcio o unión temporal– con el fin de contratar con la administración, mediante la presentación de una sola propuesta en la que conjuguen potencial, experiencia, recursos, etc..

Por supuesto que si la capacidad legal es la aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones, es decir, para ser titular de unos y otros, y para hacerlos valer, en juicio o fuera de él, lo cierto es que también en materia de contratación estatal esa potestad termina atribuyéndose, siguiendo la regla general, a las personas que integran el consorcio, pues es en ellas en quienes se radican los efectos del contrato y sus consecuencias jurídicas. Así, son los consorciados y no el consorcio quienes se hacen responsables, solidariamente, *“de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y el contrato”*. Son ellos quienes resultan comprometidos por *“las actuaciones, hechos y omisiones que se*



CONCEPTOS, DOCTRINA  
Y JURISPRUDENCIA



**CONFECAMARAS**  
CONFEDERACION COLOMBIANA DE CAMARAS DE COMERCIO

*presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato”, como paladinamente lo dispone el art. 7º, es decir, son ellos y no el consorcio los que asumen los compromisos que de la propuesta y el contrato resultan y los que deben encarar las consecuencias que de allí se desprendan, de ahí que se les exija indicar “si su participación es a título de consorcio o unión temporal”, y en el último caso, “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”, amén de señalar “las reglas básicas que regulen las relaciones entre ellos y su responsabilidad” –parágrafo 1- pues será dentro del marco del acuerdo consorcial y de la reglamentación del citado estatuto como deban hacerse efectivos, frente a ellos, los derechos y obligaciones originados en la oferta y el negocio concertado con la entidad del Estado.*

Por ese motivo y porque el consorcio no constituye una persona jurídica independiente de quienes lo conforman, todos ellos deben suscribir tanto la propuesta como el contrato, si resultan favorecidos en la licitación o concurso, para obligarse directamente y marcar así su solidaridad en el compromiso que asume con los otros, con independencia, por supuesto, de que deban designar, por exigencia del mismo texto legal, *“la persona que, para todos los efectos, representará al consorcio o unión temporal”,* pues lo que en realidad asume el designado es la dirección o coordinación del proyecto, lo mismo que la canalización de la actividad de los consorciados frente a la entidad pública contratante, en todo lo que tiene que ver con el negocio celebrado, más no la representación legal del consorcio, que como tal, carece de personería, condición sin la cual no es susceptible de ser representado. Obrará entonces, como representante convencional de sus integrantes, en los términos del art. 832 del C. de Co., aplicable por la remisión a las normas mercantiles y civiles del caso que se hace en el art. 13 de la ley 80, cuyo radio de acción estará delimitado por los términos del acto de apoderamiento, que bien puede incluir, desde luego, la facultad para suscribir, en nombre de los consorciados, el contrato con la entidad pública de que se trate.

Viene de lo dicho que el Tribunal incurrió en el error jurídico por el cual se le emplaza, pues no obstante reconocer que los consorcios *“no son personas, sino entes que las agrupan, bien sea naturales o jurídicas, para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato estatal, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 7º de la ley 80 /93”,* terminó por aceptar que el consorcio Pedro Gómez Ing. & Co. Ltda. – Dicon Ltda. oficiare como parte en la contienda, pese a que esa aptitud corresponde, en los términos del art. 44 – 1 del C. de P.C. a *“toda persona natural o jurídica”,* personalidad que no ostenta quien accionó, y sin la cual no está autorizada su gestión procesal, amén de que, tampoco es dable predicar que goce de capacidad excepcional para ese fin, como antes se explicó. Como lo anotó la Corte en pronunciamiento reciente, sabido es *“que los consorcios no son personas jurídicas, motivo por el cual no pueden demandar directamente ni ser demandados, a menos que se haga por intermedio de las personas que de manera independiente lo integran”* (auto del 7 de junio de 2006).

En idéntico sentido, el Consejo de Estado en su sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, señaló que *“si un consorcio se ve obligado a comparecer a un proceso como demandante o demandado, cada uno de los integrantes del mismo debe comparecer en forma individual al proceso ya que carece de personería jurídica, a menos que dentro de las previsiones que se hubieren acordado al momento de constituir el consorcio se hubiere facultado a su representante para iniciar las acciones pertinentes”* (auto del 27 de septiembre de 2001, exp. 18081), acciones que desde luego podrá promover en nombre de sus representados, que no son otros que los consorciados.

Por supuesto que la ausencia de personalidad del consorcio no se superaría, como pretende el replicante, con la designación de un representante para tal laborío, pues ese acto de apoderamiento no tendría virtualidad para dotarlo de personería y habilitar su libre intervención en el tráfico económico y jurídico, habida cuenta que no va más allá de autorizarlo, como se anotó, para obrar en nombre de cada uno de los sujetos que lo integran, como resulta además del texto de las cláusulas contractuales en las que el impugnador respalda su tesis, de acuerdo con las cuales se autoriza a la persona designada para *“interponer recursos o adelantar actuaciones judiciales o extrajudiciales, sin la aprobación previa y escrita de los representantes de las firmas integrantes del consorcio. Podrá recibir, confesar, transigir, conciliar o comprometer a los miembros del consorcio”,* estipulaciones que como se dijo explicitan sin duda la atribución para obrar en nombre de los integrantes del consorcio y no de éste.



CONCEPTOS, DOCTRINA  
Y JURISPRUDENCIA



**CONFECAMARAS**  
CONFEDERACION COLOMBIANA DE CAMARAS DE COMERCIO

Como el error del sentenciador fue determinante de la decisión impugnada, pues debido a él sentenció de fondo imponiéndole al banco demandado la obligación indemnizatoria suplicada por el consorcio demandante, en lugar de abstenerse de pronunciar sentencia de mérito, por faltar el presupuesto procesal de capacidad para ser parte en quien funge como demandante, quebrantando de ese modo las normas sustanciales que relacionada el cargo, el ataque resulta próspero y conduce a la casación del fallo, correspondiendo a la Corte proferir, en sede de instancia, el que debe reemplazarlo.

#### SENTENCIA SUSTITUTIVA

De acuerdo con las motivaciones expuestas, como el consorcio demandante no es sujeto de derechos y por ende, carece de aptitud para constituirse en parte de la relación procesal, defecto que apareja la ausencia del presupuesto procesal de capacidad para ser parte, sin el cual no es viable un juzgamiento de mérito, dado que si *"la sentencia, por su propia esencia, hállase orientada a definir y regular cierta relación jurídica de índole sustancial entre quienes aparecen como partes (sujetos) del proceso en el que ella se emite, desde el punto de vista jurídico absolutamente incomprensible sería que al juez, no obstante la constatación de la ausencia de la capacidad para ser parte del proceso, le fuera dable calificar de mérito la cuestión debatida, pues si se tiene advertido que falta este presupuesto, no sería posible decir que el sujeto cuya existencia procesal no ha sido fijada, si lo puede ser, en cambio, de la relación sustancial materia del pronunciamiento jurisdiccional"* (sent. de 20 de mayo de 1992).

Se revocará en consecuencia el fallo apelado, para adoptar en su lugar la decisión legalmente procedente.

#### DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, el 24 de agosto de 2005, dentro del proceso ordinario entablado por el Consorcio Pedro Gómez Ing. & Co. Ltda. – Dicon Ltda. contra el Banco Cafetero Sucursal San Andrés, y actuando en sede de instancia.

#### RESUELVE:

Revocar en todas sus partes la sentencia dictada en este asunto por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, y en su lugar SE INHIBE de fallar de fondo sobre la controversia propuesta, por las razones que se dejaron expuestas.

Costas de ambas instancias a cargo de la parte demandante. Tásense oportunamente.

Sin costas en casación, por la prosperidad del recurso.

#### NOTIFÍQUESE

**JAIME ALBERTO ARRUBLA PAUCAR**

**MANUEL ISIDRO ARDILA VELÁSQUEZ**

**CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO**

**PEDRO OCTAVIO MUNAR CADENA**

En permiso

**CÉSAR JULIO VALENCIA COPETE**

**BOGOTA, D.C., 30 DE NOVIEMBRE DE 2006**



CONCEPTOS, DOCTRINA  
Y JURISPRUDENCIA