



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN A

Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN

Bogotá D.C., dieciocho (18) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

Radicación número: 680012331000200900117 02 (58926).

Demandante: JOSÉ VICENTE ORDÓÑEZ OLIVARES.

Demandado: ECOPETROL Y OTRO.

Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES.

Temas: CONSORCIOS – Responsabilidad solidaria – Obligaciones / REPRESENTACIÓN DE LOS CONSORCIOS Finalidad – No es presupuesto de la capacidad para contratar – INDEBIDA REPRESENTACIÓN – No genera responsabilidad de la entidad pública contratante – No releva al consorcio de sus obligaciones – No invalida el negocio jurídico – No invalida el pago efectuado al consorcio.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada el 6 de octubre de 2016, por el Tribunal Administrativo de Santander, en la cual se declaró probada la falta de legitimación en la causa por pasiva de la Nación-Ministerio de Minas y Energía y se denegaron las pretensiones de la demanda.

I. SÍNTESIS DEL CASO

El demandante José Vicente Ordóñez Olivares hizo parte del consorcio IE-JV, que celebró con Ecopetrol el contrato N° 5201841 de 2006, sin haber designado el representante legal bajo el procedimiento establecido en la respectiva acta de constitución.

El actor aduce que Ecopetrol pagó el contrato al consorciado que ejerció indebidamente la representación del grupo contratista, con lo cual incurrió en incumplimiento la entidad estatal, por no atenerse a lo previsto en el acta de constitución del consorcio en lo relativo al representante, ni a las reglas del contrato referentes a su remuneración.



El Tribunal de primera instancia denegó las pretensiones de la demanda, por lo que la parte actora interpuso el recurso de apelación que en esta sentencia resolverá la Sala.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda

El 17 de octubre de 2008, el señor José Vicente Ordóñez Olivares, obrando a través de apoderado judicial, instauró demanda en contra de Ecopetrol y la Nación– Ministerio de Minas y Energía. Inicialmente, la acción ejercida fue la de *reparación directa*, prevista en el artículo 86 del C.C.A. No obstante, en proveído del 16 de octubre de 2009, el Tribunal Administrativo de Santander inadmitió la demanda para que se adecuara a los presupuestos de la acción de controversias contractuales, dados los elementos y la naturaleza del pleito sometido a juicio (fl. 26, c.1).

En cumplimiento de lo anterior, la demanda fue corregida el 27 de octubre de 2009 y en ella quedaron formuladas las siguientes pretensiones:

PRIMERA: Declárese que ECOPETROL S.A. -Empresa Industrial y Comercial del Estado, incumplió el contrato N° 5201841 de fecha 28 de noviembre de 2006, suscrito entre ECOPETROL S.A. y el CONSORCIO IE-JV, en lo que respecta al consorciado JOSÉ VICENTE ORDÓÑEZ OLIVARES (...).

SEGUNDA: Que como consecuencia de lo anterior, se condene a “LA NACIÓN - MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA – ECOPETROL S.A.” (sic) a indemnizar los perjuicios causados al demandante, señor JOSÉ VICENTE ORDÓÑEZ OLIVARES con el pago de \$1.216'000.000 (...), suma correspondiente al CINCUENTA POR CIENTO (50%) del valor de las facturas presentadas por el CONSORCIO IE-JV en la ejecución del contrato N° 5201841, hasta el corte de septiembre de 2008, más gastos del proceso; y el CINCUENTA POR CIENTO (50%) del valor de las facturas que se paguen hasta la fecha de terminación del contrato N° 5201841, con su correspondiente indexación, así como los intereses de mora causados desde la fecha de la reclamación a Ecopetrol S.A. por parte del Demandante.

TERCERA: De igual forma, consecuencia de la primera pretensión, condénese a ECOPETROL S.A. a pagar al consorciado JOSÉ VICENTE OLIVARES el valor de los intereses de mora causados desde el momento en que se incumplieron los pagos de conformidad con las fechas de presentación de las facturas de cobro, hasta la fecha del pago efectivo del 50% del valor real ejecutado por el consorcio. Los intereses deberán liquidarse en la forma establecida en la Ley 80 de 1993 y sus decretos reglamentarios (...).

Al exponer los fundamentos fácticos del libelo, la parte actora narró, en síntesis, que el 28 de noviembre de 2006, Ecopetrol S.A. celebró con el consorcio IE-JV el



contrato N° 5201841, cuyo objeto fue la prestación de los servicios de administración, supervisión, seguridad y control de acceso a las instalaciones industriales del ente contratante, detalladas en las cláusulas. Adicionalmente, según la actora, el negocio tuvo por objeto *“prestar el servicio de operación de llenado y operación de báscula y mantenimiento”* de esas mismas instalaciones.

Indicó que el término de ejecución del contrato expiraría el 30 de noviembre de 2008, aunque su vigencia abarcaría los dos meses subsiguientes a dicha fecha.

En cuanto al valor pactado, señaló que era indeterminado, aunque las cláusulas establecieron la suma *“global fija mensual”* de \$150'800.000, y un *“valor unitario por las labores ejecutadas por el personal del contratista”*, de acuerdo con una tabla de escalafón y unas tarifas periódicas. En tal virtud, se le debían reconocer al contratista los gastos requeridos para la prestación del servicio, incluyendo compra de materiales, mantenimiento de equipos y otros ítems especificados por las mismas partes.

Afirmó que, además del señor José Vicente Ordóñez Olivares, el consorcio IE-JV fue integrado por la sociedad IE Ingeniería Especializada Ltda., cuyo representante legal era el señor Álvaro José Villamizar Mora; y que, en el acta de constitución de esa agrupación, se indicó que los ingresos, costos, gastos, utilidades y pérdidas se asumirían *“por partes iguales, en un cincuenta por ciento”* para cada miembro del consorcio.

En cuanto al representante del consorcio -adujo-, se concertó que sería elegido por una Junta de Socios, previa postulación de diferentes candidatos por parte de los dos integrantes consorciados, y que el designado no podría ser miembro principal ni suplente de la agrupación. Sin perjuicio de ello, se determinó que, *“en principio”*, quedaba designado el ingeniero Álvaro José Villamizar Mora como *“interlocutor directo entre Ecopetrol S.A. y el consorcio, con el objeto de la presentación de la oferta”*.

Refirió que, no obstante la anterior precisión, Ecopetrol *“asignó unilateralmente”* la representación legal del consorcio en cabeza única de Álvaro José Villamizar Mora, y que estando en ejecución el contrato estatal surgieron múltiples dificultades en el interior del consorcio, lo que frecuentemente se le hizo saber por escrito a Ecopetrol S.A.



Según la demanda, el señor José Vicente Ordóñez Olivares no aceptaba que la representación legal *“hubiese sido designada por Ecopetrol con desconocimiento del acta del consorcio”*, por lo cual, en varias oportunidades, especialmente en misiva del 14 de noviembre de 2007, le advirtió a la entidad estatal que estaba desconociendo y violando lo establecido en el acta consorcial, ya que hasta ese momento no se había designado representante legal bajo los requisitos fijados en dicho instrumento.

Sostuvo la parte actora que, dados los múltiples desacuerdos sobre los que se informó a Ecopetrol, así como los problemas ocasionados por la falta de nombramiento del representante legal del consorcio, la entidad contratante debió *“hacer claridad y tomar decisiones al respecto”*, pese a lo cual omitió la adopción de medidas para superar dichas contingencias, y adicionalmente, procedió a pagar la facturación presentada por el señor Álvaro Villamizar Mora, sin reparar en que este nunca ostentó la calidad de representante del consorcio.

Agregó que, frente a tal circunstancia, el 10 de diciembre de 2007, el hoy demandante le señaló a la administradora del contrato que asumiría dicha representación conjuntamente con el señor Villamizar Mora, no obstante lo cual, la funcionaria solicitó la ratificación de éste último, quien a su vez respondió que mientras no se efectuara la elección del representante como se había establecido, el contrato continuaría desarrollándose *“dentro de los marcos y estrategias establecidas por Ecopetrol S.A.”*.

Reprochó que, de esa manera, Ecopetrol favoreciera la posición de Álvaro Villamizar Mora, en lugar de aceptar una representación mancomunada, pese a los problemas y divisiones que se estaban presentando en el consorcio y que afectaban el normal desarrollo del contrato.

Manifestó que el 6 de mayo de 2008, el gerente designado por Ecopetrol para el negocio jurídico advirtió que, en atención a varias normas civiles y comerciales, así como al principio de la buena fe, la entidad no podía dejar de cumplir con la remuneración del contrato, *“máxime cuando el [desembolso] se está haciendo a favor del integrante del consorcio que, por habersele exigido responsabilidad solidaria, ha ejecutado las actividades objeto de pago”*¹.

¹ Transcripción hecha en la demanda.



2. Trámite de primera instancia

2.1. En auto del 2 de marzo de 2010, el Tribunal Administrativo de Santander admitió la demanda y ordenó que fuera notificada a los dos entes demandados (fl. 42, c.1).

2.2. El Ministerio de Minas y Energía propuso la excepción de “*falta de legitimación en la causa por pasiva*”, por no haber participado dicha cartera en la celebración ni en la ejecución del contrato N° 5201841, materia de controversia.

De igual manera propuso la excepción de “*falta de jurisdicción*”, por considerar que, al ser Ecopetrol S.A. una sociedad de economía mixta, según la Ley 1118 de 2006, al negocio jurídico materia de controversia le eran aplicables únicamente las normas del derecho privado, por lo que el juicio sólo podía ser adelantado y resuelto, en su sentir, por la justicia ordinaria.

2.3. Por su parte, Ecopetrol S.A. solicitó la declaratoria de nulidad procesal por considerar que el actor había incoado la acción de reparación directa en lugar de la de controversias contractuales, por no haber modificado la designación de la vía judicial escogida, a pesar de haber subsanado la demanda en cuanto al contenido del *petitum*.

En escrito separado, contestó la demanda formulada y reprochó que la parte actora pretendiera que la entidad interviniera en el conflicto suscitado entre los miembros del consorcio contratista, pese a no ser procedente la designación de un representante legal distinto al que estaba ejerciendo tal calidad, como tampoco el pago de la remuneración a cada uno de los consorciados, en forma separada.

Expuso que no era cierto que Ecopetrol hubiera asignado unilateralmente la representación legal del consorcio al ingeniero Álvaro José Villamizar, dado que dicha persona fue elegida por el propio consorcio durante el proceso de selección, sin establecer límites de tiempo para tal nombramiento y sin designar con posterioridad al representante definitivo, en tanto que le correspondía a la entidad contratante exigir la ejecución del negocio jurídico, en un 100%, a todo el consorcio, lo que en efecto hizo por conducto del mencionado ingeniero, por haber sido éste el designado para comunicarse con la contratante.



Agregó que, contrario a lo expresado por el actor, Ecopetrol no conoció desde el comienzo las diferencias surgidas entre los consorciados, pues sólo recibió comunicaciones al respecto en noviembre de 2007; y que, en todo caso, ninguna injerencia tenía la entidad en tales discrepancias, aunque la entidad, según su dicho, sí promovió acercamientos entre los dos miembros de la agrupación contratista.

Bajo el entendimiento de que la acción ejercida por el demandante fue y siguió siendo la de reparación directa, señaló que en el caso concreto no concurren los elementos de responsabilidad del Estado, por no existir daño antijurídico ni imputación del mismo a Ecopetrol S.A. Con todo, refirió que, aún examinando la causa como controversia contractual, debía concluirse que el hecho de no haberse respondido positivamente a las exigencias del demandante no constituía incumplimiento atribuible a la entidad contratante.

Negó que hubiera incurrido en mora en los pagos solicitados en el libelo, y, en reiteración de todos los anteriores argumentos, propuso las excepciones que denominó: *“inexistencia del hecho-daño-del nexo causal imputable a Ecopetrol S.A.”*, *“violación al principio de congruencia procesal”*, *“falta de legitimación en la causa por pasiva”* (por supuesta ausencia de daño imputable a Ecopetrol), *“trámite de un proceso diferente”* y *“carencia de la acción”*.

2.4. La solicitud de nulidad procesal presentada por Ecopetrol fue denegada por el *a quo* el 2 de marzo de 2012 (fl. 286, c.1).

2.5. En auto del 12 de julio de 2013 fueron decretadas las pruebas del proceso y se dispuso que, una vez vencido el término de ejecutoria correspondiente, comenzaría a correr el término de traslado a las partes y al Ministerio Público para alegar de conclusión y rendir concepto, respectivamente (fl. 292).

2.6. En dicha oportunidad procesal, la parte demandante insistió en que Ecopetrol había incumplido el contrato materia de controversia, mientras que el Ministerio de Minas y Energía reiteró lo expuesto en la contestación de la demanda.

2.7. Los demás sujetos procesales guardaron silencio.



3. La sentencia impugnada

Fue proferida el 6 de octubre de 2016 por el Tribunal Administrativo de Santander, que declaró probada la falta de legitimación en la causa por pasiva de la Nación – Ministerio de Minas y Energía -por no haber sido parte en el contrato materia de controversia-, declaró la no prosperidad de las excepciones formuladas por Ecopetrol y denegó las pretensiones de la demanda.

Estimó el sentenciador de primer grado que, a diferencia de lo sostenido por el demandante, se evidenciaba que en el acta de constitución del consorcio IE-JV se había designado al señor Álvaro José Villamizar Mora como la persona “*encargada de ejercer la representación legal*” de la agrupación y de presentar la oferta a Ecopetrol en el respectivo proceso de selección; y que, si bien se estipuló que tal designación sería provisional, no se fijó plazo alguno para el ejercicio de esa representación, la cual se materializó incluso cuando, después de haberse adjudicado el contrato, éste fue suscrito precisamente por el ingeniero Villamizar Mora como representante del consorcio.

El Tribunal tuvo por demostrado que las distintas discrepancias surgidas entre los miembros del consorcio fueron puestas en conocimiento de Ecopetrol, entidad que no estuvo de acuerdo con que la representación en contienda fuera ejercida de manera conjunta, como lo había propuesto el hoy demandante, ya que para todos los efectos legales se requería de un solo representante legal. Asimismo, constató que, a pesar de los requerimientos hechos por Ecopetrol, no se aportó el documento en que se relevara al señor Álvaro José Villamizar de su calidad de representante del contratista, por lo que Ecopetrol, en sentir del juzgador, no tenía otra alternativa distinta a la de exigir a la sociedad “*IE Ingeniería Especializada Ltda*” la ejecución del 100% del contrato, en virtud de la responsabilidad solidaria que por ley les asistía a los consorcios. Agregó:

Siendo así las cosas, al ejecutarse el contrato por parte únicamente de I.E. Ingeniería Especializada, es natural que fuera é[s]ta quien presentara las correspondientes cuentas de cobro ante Ecopetrol S.A. para el pago de las facturas de conformidad a lo estipulado en la cláusula cuarta del contrato; razón por la cual, no puede predicarse incumplimiento alguno de parte de Ecopetrol frente al demandante, pues la entidad actuó conforme a lo pactado en el Contrato N° 5201841, es decir, en derecho.



Recalcó que el señor Álvaro José Villamizar Mora era quien fungía como representante del consorcio, de modo que no era posible afirmar que Ecopetrol había incumplido el contrato al realizar los pagos a dicho ingeniero, y que si el hoy demandante José Vicente Ordóñez Olivares consideraba que no le habían sido entregadas las sumas que debía recibir por su participación en el consorcio y en el contrato, debió reclamar por ello ante el otro consorciado y no ante la entidad estatal, por ser ésta ajena a las diferencias surgidas entre los integrantes del consorcio.

4. El recurso de apelación

La parte demandante interpuso recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de Santander y señaló que ninguna de las premisas del fallo desvirtuaba el incumplimiento contractual de Ecopetrol.

Señaló que la obligación de pago que debía ser cumplida por la entidad no reunió los requisitos previstos en el Código Civil, pues era menester que dicho pago se efectuara a su “*destinatario cierto*”, es decir, al acreedor mismo, que en el caso concreto no sólo era la sociedad IE Ingeniería Especializada Ltda., sino también el actor, por lo que los abonos respectivos se les debieron hacer a los dos miembros del consorcio, en partes iguales, y no a uno sólo de ellos.

Afirmó que, dado que los consorcios carecen de personería jurídica, los acreedores de las obligaciones surgidas del contrato estatal celebrado con aquellos eran las personas naturales o jurídicas que los conformaran, especialmente, porque la doctrina, según su dicho, había reconocido que la solidaridad de los consorcios no era activa, de modo que los asociados podían acudir en forma separada, en sede administrativa o judicial, a cobrar la parte que les correspondía. En punto de ello, expresó:

Es palmario que el consorcio IE-JV tenía dos integrantes y no uno sólo, por lo que para que el pago fuese válido y extinguiera la obligación debía de (sic) efectuarse a los integrantes del mismo y no a uno solo de ellos, ya que en ningún momento se pactó en ese sentido o se consintió de esa manera. Situación que sólo podía variar en el caso de mediar el consentimiento expreso de las partes del contrato (...), lo cual evidentemente no podía haber sucedido por la falta de capacidad que tenía el supuesto representante legal (...), y por el hecho que (sic) ello debió pactarse por escrito y no de manera verbal.



Sostuvo que, adicional a lo anterior, se había desconocido lo previsto en el artículo 1627 del Código Civil, en cuanto establece que el pago debe hacerse de conformidad con el “*tenor de la obligación*”, lo que equivalía a respetar la forma en que se había acordado su ejecución, todo lo cual estaba estipulado tanto en el contrato estatal como en el acta de constitución del consorcio, negocio éste último que le era oponible y exigible a Ecopetrol, por contener estipulaciones a su favor como “*tercero*”. En ese sentido, manifestó que, al haberse dispuesto en el acta mencionada, según sus palabras, que el pago debía efectuarse en partes iguales para cada integrante del consorcio, la entidad incurrió en incumplimiento contractual al no haber procedido de esa manera, sino haber hecho el pago únicamente a la sociedad IE Ingeniería Ltda., representada por el señor Álvaro José Villamizar Mora.

Manifestó igualmente inconformidad con la conclusión del *a quo* según la cual, Ecopetrol atendió a la responsabilidad solidaria legalmente prevista para los consorcios, al exigir el cumplimiento de todo el contrato a la sociedad IE Ingeniería Ltda, por lo que era legítimo que también efectuara el pago a ésta última. Al respecto, el impugnante manifestó que, no porque le fuera exigible la ejecución del contrato a uno de los miembros del consorcio podía “*modificarse*” el contrato ni mutarse el negocio a otro tipo de acuerdo de voluntades, de modo que el hecho de que las obligaciones fueran ejecutadas por IE Ingeniería Ltda. no podía variar lo relativo al pago ni a que éste debía hacerse a los dos integrantes de la agrupación consorcial, sin perjuicio de que IE Ingeniería Ltda. pudiera eventualmente repetir contra el actor por las sumas correspondientes.

Subrayó que el señor Álvaro José Villamizar Mora carecía de capacidad legal para recibir el pago del contrato, por no haber recaído sobre él la calidad de representante del consorcio, y que no era cierto que por el hecho de haber suscrito dicho profesional el contrato estatal materia de juicio, debía tenerse por ratificado como representante para los restantes efectos del negocio jurídico. Dijo:

[D]ada la falta de capacidad del representante, quien únicamente tenía competencia para la oferta, lo cual (...) en ningún momento podía ser ratificado tácitamente (...), ninguna de las decisiones que él tomó o que acordó con Ecopetrol tenían la capacidad para obligar al señor José Vicente Ordóñez Olivares, ya que le eran inoponibles, pues claramente su capacidad se limitó a un solo acto, lo cual no se saneó o extendió automáticamente por haberle exigido Ecopetrol S.A. a IE Ingeniería Ltda. y/o el señor Álvaro José Villamizar Mora la ejecución plena del contrato (...).

Insistimos en que la presunta ratificación tácita que invocó el juez de primera instancia, consistente en el hecho que el representante legal suscribió el contrato sin que existiera oposición por mi mandante no es aplicable al presunto



caso, por (...) no ser el objeto del presente litigio determinar si el contrato se celebró en debida forma, pues el objeto de debate no es más que la ejecución del contrato y en especial, la obligación de pago.

Afirmó que la postura del Tribunal en este punto del debate se asemejaba a la *“institución de cesión de posición contractual, regulada en los artículos 887 y siguientes del Código de Comercio”*, pese a lo cual no concurrían los requisitos previstos en la misma norma para que tal cesión fuera válida, de suerte que no por habersele exigido a IE. Ingeniería Ltda. o a su representante la ejecución del contrato, se daba cambio alguno en las condiciones de pago pactadas entre Ecopetrol y el consorcio IE-JV., por lo que era claro el incumplimiento de la contratante en cuanto al pago que debió recibir el hoy demandante, con ocasión del contrato N° 5201841 de 2006.

5. Trámite en segunda instancia

5.1. El recurso de apelación fue concedido el 14 de diciembre de 2016 y admitido por esta Corporación en providencia del 20 de abril de 2017 (fls. 334 y 337).

5.2. Mediante auto del 18 de mayo de 2017 se corrió traslado del proceso a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera su concepto (fl. 339).

5.3. En el curso del término respectivo, Ecopetrol y el Ministerio de Minas y Energía reiteraron los argumentos de sus contestaciones de la demanda, mientras que la parte actora guardó silencio.

6. Posición del Ministerio Público

En concepto de fecha 22 de junio de 2017, el Procurador Cuarto Delegado ante el Consejo de Estado señaló que en el presente caso debía confirmarse la sentencia de primer grado, por no haberse evidenciado incumplimiento contractual alguno atribuible a Ecopetrol, mientras que sí resultaba inadmisibles pretender establecer responsabilidad estatal frente a un contrato ya terminado y liquidado, cuando además no tenían asidero jurídico los cargos y reproches del demandante.

Consideró que si bien el acta de constitución del consorcio IE-JV no tenía estipulaciones claras sobre la designación del representante legal, en todo caso sí



señaló que, a cargo de todas las obligaciones precontractuales y contractuales estaría el señor Álvaro José Villamizar Mora, entonces representante de la sociedad IE Ingeniería Especializada Ltda. De igual manera subrayó el contenido de la cláusula novena del acta, que estableció que la firma mencionada se encargaría de todo lo relacionado con las fianzas y garantías de la oferta, el perfeccionamiento y ejecución del contrato y la correspondencia intercambiada con Ecopetrol, todo ello a nombre del consorcio.

En sentir del Ministerio Público, tales previsiones contenidas en el acta de conformación del consorcio eran suficientes para que Ecopetrol, partiendo del principio de la buena fe, tuviera por representante de la agrupación contratista al señor Álvaro José Villamizar Mora, sin que en el momento de celebración del negocio jurídico hubiera objeciones por parte del señor José Vicente Ordóñez Olivares.

Estimó que, sin perjuicio de lo anterior, no debía perderse de vista que, ante la falta de claridad en la redacción del acta, Ecopetrol debió exigir el documento de designación del representante legal del consorcio, a fin de convalidar la información suministrada días antes de la celebración del contrato, pero que, no obstante ello, el proceder de los funcionarios de Ecopetrol debía leerse bajo el principio de la buena fe, en cuyo marco no era posible advertir irregularidad alguna atribuible al ente demandado y menos aún el incumplimiento que se le atribuyó en la demanda.

En lo atinente al pago del contrato, señaló que si bien el acta de constitución del consorcio previó que los costos, gastos, utilidades y pérdidas que surgieran con ocasión del contrato estatal se repartirían entre los consorciados en partes iguales, lo cierto era que nada se había establecido frente a la forma en que procedería el pago a cargo de Ecopetrol, por lo que las estipulaciones contenidas en el acta concernían exclusivamente al consorcio y a la relación entre sus integrantes, pero no comprometía a la entidad estatal contratante.

Por último, señaló que la indebida representación alegada en la demanda no configuraba ninguno de los supuestos de incumplimiento ni de daño contractual desarrollados por la jurisprudencia.



II.- CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales

1.1. Competencia

La Sala es competente para conocer del presente asunto en segunda instancia, puesto que el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo² –vigente en la fecha de interposición de la demanda- estableció que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es la competente para decidir las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas. En efecto, en esta oportunidad se somete a consideración de la Sala el incumplimiento del contrato N° 5201841 de 2006, en el que fungió como contratante la Empresa Colombiana de Petróleos S.A. –Ecopetrol-, vinculada al Ministerio de Minas y Energía, establecida como una empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional, autorizada y regulada por el Decreto-Ley 1760 del 26 de junio de 2003 en la época de celebración del indicado negocio jurídico, y hoy como una sociedad de economía mixta regida por la Ley 1118 de 2006³.

Ahora, la actuación que en esta sentencia habrá de resolverse ostenta vocación de doble instancia, puesto que la cuantía fijada en la demanda es superior a los 500 S.M.L.M.V. (\$230'750.000⁴), establecidos en el artículo 132 – numeral 5 del C.C.A. En efecto, la pretensión de condena de mayor valor fue estimada en \$1.216'000.000, como monto correspondiente al 50% de las facturas cuyo pago corría a cargo de la contratante, y que se le debió entregar, según la demanda, directamente al actor José Vicente Ordóñez Olivares.

² Al presente asunto le resultan aplicables las reglas del Código Contencioso Administrativo contenido en el Decreto 01 de 1984, toda vez que la demanda se interpuso el 17 de octubre de 2008, vale decir, en vigencia de dicha norma y antes de que entrara en vigor la Ley 1437 de 2011, por la cual se expidió el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y que prescribe en el artículo 308 la regla de transición para procesos iniciados en vigencia del anterior estatuto.

³ Promulgada el 27 de diciembre de 2006, con posterioridad a la celebración del contrato materia de controversia.

⁴ El salario mínimo legal mensual que rigió en 2008 era de \$461.500 (Decreto 4965 de 2007).



1.2. Oportunidad para demandar

De conformidad con el artículo 136, numeral 10, del C.C.A., modificado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998⁵, en las acciones relativas a contratos, el término de caducidad de dos años allí establecido comienza a correr desde el día siguiente al de la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento. Frente a los contratos que requieran liquidación, el término de caducidad de dos años allí establecido comienza a correr desde la firma del acta de liquidación bilateral o desde la ejecutoria del acto que apruebe la liquidación unilateral, según el caso; y de no procederse a la liquidación unilateral dentro de los dos meses siguientes al término convenido por las partes o fijado en la ley para la liquidación bilateral, la caducidad comienza a correr desde la expiración del plazo con el que contaba la administración para liquidar unilateralmente el contrato, de conformidad con la norma sustancial aplicable y con las cláusulas que eventualmente hayan pactado las partes sobre este aspecto.

En el presente caso, como ya se anotó, se demanda la declaratoria de incumplimiento del contrato N° 5201841 del 28 de noviembre de 2006, suscrito entre Ecopetrol y el consorcio IE-JV, y cuya cláusula segunda estableció que su vigencia abarcaría el término de ejecución -que habría de culminar el 30 de noviembre de 2008- más dos meses adicionales que se destinarían a la respectiva liquidación, y que por consiguiente debían expirar el 30 de enero de 2009.

La demanda fue interpuesta el 17 de octubre de 2008, vale decir, antes de que culminara la vigencia del contrato e, incluso, antes de que transcurrieran dos años desde la fecha de su celebración, razón por la cual es palmario que en el presente caso no operó el fenómeno de la caducidad.

2. Problema jurídico

De acuerdo con lo expuesto en el recurso de apelación, le corresponde a la Sala establecer si Ecopetrol S.A. incumplió el contrato N° 5201841 del 28 de noviembre de 2006, por efectuar los pagos a su cargo directa e íntegramente al representante de la sociedad IE Ingeniería Especializada Ltda., y no en partes iguales a cada uno

⁵ Norma que ya se encontraba vigente para las fechas de expedición de todos los actos administrativos acusados.



de los integrantes del consorcio contratista IE-JV, a pesar de que éstos no designaron a su representante en la forma prevista en el acta de constitución.

Para la fecha de celebración del contrato, y como atrás quedó señalado, Ecopetrol estaba constituida como una empresa industrial y comercial del Estado, del orden nacional, vinculada al Ministerio de Minas y Energía y regulada por el Decreto-Ley 1760 del 26 de junio de 2003, razón por la cual el negocio jurídico materia de controversia estaba sujeto a la Ley 80 de 1993, pues no siendo el objeto contractual la exploración ni explotación de recursos⁶, ninguna norma lo excluía en ese momento del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, como aconteció posteriormente con la Ley 1118 de 2006, a cuyo tenor, “[t]odos los actos jurídicos, contratos y actuaciones necesarias para administrar y desarrollar el objeto social de Ecopetrol S. A., una vez constituida como sociedad de economía mixta, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado” (artículo 6).

Por tanto, el análisis de la presente controversia se efectuará a la luz de la Ley 80 de 1993, estatuto aplicable, se reitera, al contrato materia de juicio.

2.1. Hechos probados en la actuación

Los medios probatorios obrantes en esta causa permiten tener por acreditados los siguientes hechos relevantes para el juicio⁷:

-. El 9 de noviembre de 2006, los señores José Vicente Ordóñez Olivares y Álvaro José Villamizar, éste último como representante legal de la firma IE Ingeniería Especializada Ltda., suscribieron el acta de constitución del consorcio IE-JV, con el objeto de *“presentar una propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de la Selección Directa (sic)⁸ N° 508793”*, adelantada por Ecopetrol S.A. Indicaron los firmantes que la duración del consorcio abarcaría todo el período de tiempo

⁶ Establecía el artículo 76 de la Ley 80 de 1993: *“Los contratos de exploración y explotación de recursos naturales renovables y no renovables, así como los concernientes a la comercialización y demás actividades comerciales e industriales propias de las entidades estatales a las que correspondan las competencias para estos asuntos, continuarán rigiéndose por la legislación especial que les sea aplicable. Las entidades estatales dedicadas a dichas actividades determinarán en sus reglamentos internos el procedimiento de selección de los contratistas, las cláusulas excepcionales que podrán pactarse, las cuantías y los trámites a que deben sujetarse. // Los procedimientos que adopten las mencionadas entidades estatales, desarrollarán el deber de selección objetiva y los principios de transparencia, economía y responsabilidad establecidos en esta Ley (...)”*.

⁷ Pruebas contenidas en el cuaderno N° 2 del expediente.

⁸ Si bien el consorcio denominó en esos términos el proceso de selección, el mismo consistió en una licitación pública.



destinado a la ejecución y liquidación del contrato respectivo y que la responsabilidad de sus integrantes sería solidaria y “*mancomunada*”, de modo que las “*actuaciones, hechos y omisiones*” que surgieran en desarrollo “*de la propuesta y del contrato*” afectarían a todos los miembros de la agrupación.

En la cláusula sexta del instrumento, se previó:

Administración y representación. La junta de socios estará conformada por un representante principal y otro suplente de cada consorciada (...). La junta se reunirá por derecho propio una vez al mes en el día y hora que acuerden sus miembros (...). Las decisiones de la junta de socios se adoptarán por unanimidad y cada uno de sus miembros tiene derecho a un voto.

La cláusula séptima estableció lo relativo a la representación legal del consorcio, la cual recaería sobre quien fuera designado para tal efecto por la junta de socios, previa postulación de candidatos por parte de los consorciados. Además de precisarse que el gerente del consorcio sería su representante ante Ecopetrol S.A. y que no podría ser miembro principal ni suplente de la junta de socios, se expresó:

En principio se designa al ingeniero ÁLVARO JOSÉ VILLAMIZAR MORA, identificado con la cédula de ciudadanía No. 13.237.485 (...), para ser interlocutor directo entre ECOPETROL S.A. y EL CONSORCIO, con el objeto de la presentación de la oferta.

Los suscriptores del acta del consorcio retomaron y detallaron en la cláusula novena lo atinente a la responsabilidad de los integrantes, en punto de lo cual insistieron en que ambos responderían “*en forma conjunta y solidaria*” por las obligaciones emanadas de la propuesta y el contrato, aunque precisaron que los ingresos, costos, gastos, utilidades y pérdidas se asumirían “*por partes iguales en un cincuenta por ciento (50%) cada uno*”. Adicionalmente, de conformidad con la misma cláusula, le correspondería a la firma IE Ingeniería Especializada Ltda. la preparación de las garantías de la oferta y del contrato, la recepción de la correspondencia y notificaciones enviadas por Ecopetrol y la conservación de los archivos y documentos que pudieran ser requeridos “*por la ley y el contrato*”.

-. El 20 de noviembre de 2006, Ecopetrol S.A. celebró la audiencia de adjudicación del proceso de selección N° 508793, adelantado para contratar los servicios de “*administración, supervisión, seguridad industrial*” y otros que debían prestarse en las instalaciones industriales que comprendían los llenaderos de ventas de propiedad de la empresa, en la Refinería de Barrancabermeja (fls. 45-52, c.2).



A la audiencia concurren dos delegados de cada oferente, de modo que por el Consorcio IE-JV asistieron los señores Álvaro Villamizar y Luis R. Villamizar. Dicho consorcio resultó, en efecto, seleccionado como adjudicatario en la misma audiencia (fl. 47).

- Como resultado de lo anterior, el 28 de noviembre de 2006, Ecopetrol celebró con el consorcio IE-JV el contrato N° 5201841, con el objeto ya señalado. Por el contratista, firmó el acuerdo de voluntades el señor “Álvaro Villamizar” (fl 44, c.2).

El valor del contrato fue pactado en una suma global fija y mensual de \$150'800.000, que comprendería todas las actividades y suministros necesarios para la ejecución del objeto, incluyendo los costos directos e indirectos, gastos de administración, imprevistos ordinarios y utilidades. De igual manera, según la cláusula tercera, se le reconocería al contratista “*un valor unitario por labores ejecutadas por el personal del contratista requerido para atender la operación de entrega de productos, en horario diferente al establecido de 6:30 a.m. a 9:30 p.m. de lunes a sábado*” (fl. 8, c.2).

En el párrafo tercero de la misma cláusula, se previó igualmente que Ecopetrol reconocería al consorcio los que se denominaron “*gastos reembolsables*”, causados por compra de materiales, mantenimiento especializado de equipos, elaboración de estudios y/o contrataciones que se requirieran para el buen funcionamiento de los llenaderos, instalación de equipos para medición de asfalto y reparaciones locativas a las instalaciones de los mismos llenaderos, entre otros conceptos.

En cuanto a la forma de pago, se estipuló en la cláusula cuarta (fl. 175, c.1):

ECOPETROL efectuará los pagos a que haya lugar a los treinta (30) días calendario siguientes a la fecha de radicación de la factura correspondiente por parte del CONTRATISTA en la Oficina Única de Cuentas de la GCB, previo el cumplimiento de los requisitos establecidos para ello y siempre y cuando ésta se encuentre debidamente autorizada por el Administrador del contrato.

El Administrador autorizará el pago de las facturas única y exclusivamente cuando estén visadas por el Interventor del contrato.

El Interventor visará las facturas única y exclusivamente en el evento en que, a la fecha de radicación de las mismas, el CONTRATISTA haya realizado las actividades y entregado a satisfacción de Ecopetrol los entregables que permiten la presentación de las facturas.

- El 24 de octubre de 2007, el señor Álvaro José Villamizar Mora confirió un poder especial al abogado Oscar Leonardo Rodríguez Correa, con el objeto de “*realizar*



todas y cada una de las gestiones necesarias y suficientes que lleven a feliz término y arreglo las diferencias” surgidas con el señor José Vicente Ordóñez Olivares, en el marco del contrato N° 5201841, celebrado con Ecopetrol (fl. 52, c.2).

-. El 14 de noviembre de 2007, el actor le manifestó al señor Álvaro José Villamizar Mora diversas inconformidades frente a la forma en que dicho asociado estaba gestionando el contrato, y que aludían a aspectos laborales, financieros, comerciales, técnicos y de subcontratación, así como al hecho de no haberse adelantado ninguna reunión de la junta de socios para designar al representante legal del consorcio como se previó en el acta de constitución. De tal misiva fue enviada copia al gerente del contrato N° 5201841, designado por la entidad contratante (fl. 57).

-. El 7 de diciembre de 2007, el señor José Vicente Ordóñez Olivares dio respuesta a una comunicación previa del apoderado designado por Álvaro José Villamizar Mora, señalando que no aceptaba la propuesta de disolver el consorcio a cambio de una bonificación de \$10'000.000, que le fue ofrecida, y que tampoco estaba interesado en ceder sus derechos derivados del acuerdo consorcial (fls. 62-62). El 10 de diciembre siguiente, el hoy demandante le comunicó al señor Álvaro José Villamizar Mora que en adelante asumiría la representación del consorcio, de manera conjunta con aquel.

-. El 11 de diciembre de 2007, Ecopetrol requirió al señor Álvaro José Villamizar Mora para que diera respuesta oportuna en el sentido de definir lo relativo a la designación del representante del consorcio ante la empresa estatal, dado que, por una parte, la reglamentación aplicable disponía que la agrupación debía mantener a dicho representante ante Ecopetrol como único interlocutor, mientras que por la otra, el señor José Vicente Ordóñez Olivares había manifestado que asumiría en todos los aspectos esa representación, en forma compartida con su consorciado, impasse que se presentaba en momentos en que estaba pendiente la suscripción de un otrosí al contrato N° 5201841 (fl. 73).

-. En misiva del 17 de diciembre de 2007, el señor Villamizar Mora manifestó que la advertencia del hoy demandante no era de recibo, dado que existía un *“documento*



escrito” que señalaba con claridad cuál era la persona designada para representar al consorcio ante Ecopetrol S.A. Agregó:

[E]l hecho de existir documento único de representación legal del consorcio y hasta tanto las partes de manera bilateral, no realicen la selección de nuevo representante, continuaremos (sic) desarrollando el contrato dentro de los marcos y estrategias establecidas por Ecopetrol S.A. tal y como es reconocido hasta la fecha en su comunicación del asunto, incluido la celebración de otros si (sic) y/o contratos adicionales que disponga la contratante.

- El 18 de diciembre de 2007, el hoy demandante manifestó ante Ecopetrol que no había participado en la elaboración ni expedición de instrumento alguno que designara al representante legal del consorcio contratista, puesto que el único documento existente al respecto era el acta de constitución de la agrupación, en la que si bien se hizo mención del nombre de Álvaro José Villamizar Mora, ello fue con el único propósito de delegarlo como interlocutor ante Ecopetrol, para efectos de la presentación de la oferta (fl. 76).

- En oficio del 28 de noviembre de 2007, el señor José Vicente Ordóñez Olivares fue citado por su contraparte a reunión de junta de socios en “marzo de 2008”, bajo el compromiso de fijarse con posterioridad la fecha exacta. El 27 de marzo de 2008, el hoy demandante informó por escrito que no asistiría a la reunión dado que, en su sentir, el señor Álvaro Villamizar había usurpado indebidamente la representación del consorcio y había desconocido las calidades y derechos del otro integrante de esa agrupación (fls. 238-239, c.1).

- El 15 de abril de 2008, el gerente designado por Ecopetrol para el contrato N° 5201841 le comunicó al entonces apoderado del señor José Vicente Ordóñez Maldonado que la entidad no había incurrido en ningún proceder irregular frente a su poderdante, y que si bien la administradora del contrato citó a los consorciados a una reunión en enero de 2008 para que se logran superar las discrepancias entre ellos y se definiera lo de la representación del consorcio, de ello no surgió ningún tipo de presión contra el hoy demandante. Destacó (fl. 228, c.1):

El objeto de esa reunión era precisar al contratista la necesidad para Ecopetrol de continuar con la ejecución del contrato, pues una suspensión del contrato de administración del llenadero (...) no era viable (...); así mismo se solicitó a los consorciados, en su condición de representantes legales, designar un único interlocutor frente a Ecopetrol (...) para lo cual recomendamos a los consorciados conciliar sus diferencias internas, a fin, como se dijo, de seguir contando con la correcta ejecución del contrato.



-. El 6 de mayo de 2008, Ecopetrol dio respuesta a una solicitud de suspensión del contrato y de los giros efectuados al señor Álvaro José Villamizar Mora, manifestando que tales mecanismos no eran procedentes en el caso concreto, esencialmente porque, en el entendimiento de la empresa estatal, el consorcio tenía un representante legal definido, autorizado expresamente por los propios asociados para presentar la oferta y, *“por consiguiente, para la realización de los actos derivados de su aceptación”*, permitiéndole además obrar de esa manera durante un año, sin objeción del otro integrante.

De ello concluyó que el representante legal del consorcio contratista era la persona que venía desempeñándose como tal en el contrato, y expresó:

Como lo hemos señalado, tal afirmación se sustenta en la figura de la representación aparente que regula el artículo 842 del Código de Comercio, en la regla de interpretación prevista en el último párrafo del artículo 1622 del Código Civil y en la aplicación práctica del principio de buena fe.

Recalcó que la suspensión del contrato conllevaría a la ilegítima afectación de los intereses del Estado, merced a unas diferencias que sólo al consorcio le incumbían, mientras que, por otro lado, permanecía incólume la responsabilidad solidaria que les asistía a los consorciados de conformidad con la ley, lo que habilitaba a Ecopetrol para continuar exigiendo el cumplimiento del negocio jurídico y pagar el valor acordado, como lo venía haciendo (fls. 89-90).

-. En Resolución N° 001 del 15 de abril de 2009, Ecopetrol S.A. liquidó en forma unilateral el contrato N° 5201841 de 2006, fijando como saldos a favor del contratista las sumas de \$139'940.073 por concepto del *“balance económico por gastos reembolsables”*, y \$16'442.851, como resultado del *“balance económico asociado al contrato”*, todo ello previa aplicación de diversos descuentos detallados en el acto administrativo (fls. 352-362, c.3).

Entre los anexos de la indicada liquidación figuraron copias de las actas de inicio y de finalización del contrato N° 5201841 de 2006, suscritas el 30 de noviembre de 2006 y el 1 de diciembre de 2008, respectivamente, y firmadas por el señor Álvaro José Villamizar Mora en representación del consorcio IE-JV.



-. El acto administrativo de liquidación unilateral fue confirmado por Ecopetrol en resolución N° 02 del 26 de junio de 2009, en sede del recurso de reposición interpuesto por “el representante legal del consorcio IE-JV” (fls. 370-384, c.3).

-. El 30 de junio de 2009, en respuesta a nuevas solicitudes del hoy demandante a través de su apoderado, para que cesaran los pagos del contrato al señor Álvaro Villamizar, Ecopetrol señaló (fl. 237, c.1):

Teniendo en cuenta que Ecopetrol S.A. demandó de Ingeniería Especializada Ltda (...) la ejecución del 100% de las obligaciones contractuales, dada la solidaridad que asiste a los consorciados en el cumplimiento de sus obligaciones, Ecopetrol S.A. no puede dejar de cumplir con su obligación de pago, máxime cuando el mismo se haría a favor del integrante del consorcio que, por habersele exigido responsabilidad solidaria, ha ejecutado las actividades objeto de pago.

2.3. Análisis de la Sala

Se confirmará la sentencia apelada, toda vez que no existe mérito para señalar que Ecopetrol S.A. incumplió el contrato N° 5201841 de 2006, de suerte que no es posible predicar una responsabilidad patrimonial de la entidad frente al demandante.

Son dos, fundamentalmente, los ámbitos que aborda el apelante para insistir en el incumplimiento contractual que le pretende atribuir a Ecopetrol: en primer término, reitera que el señor Álvaro José Villamizar Mora no era el representante del consorcio IE-JV ni estaba legal o contractualmente habilitado para ejercer dicha representación, aun cuando celebró el contrato sin oposición del actor; y de ello colige, en segundo lugar, que merced a esa falta de representante, el consorcio no podía ser remunerado por conducto de uno solo de sus integrantes, de modo que la obligación de pago no fue correctamente cumplida por Ecopetrol a la luz de la ley, pues las sumas pactadas no fueron transferidas a quien ostentaba la calidad de acreedor ni de “representante” de éste, ya que el señor Villamizar Mora, a quien supuestamente se le hicieron los desembolsos respectivos, carecía de capacidad para recibir la remuneración total del negocio jurídico.

En lo que respecta a la representación del consorcio, se tiene que si bien ésta no se configuró como se había previsto en el acta de constitución, no por ello dejó el consorcio de estar debidamente conformado, y en virtud de su participación en el proceso de selección asumió obligaciones que abarcaron la celebración y ejecución



del contrato, de modo que la persona inicialmente designada, al presentar la propuesta y celebrar el negocio jurídico obligó y vinculó a todo el consorcio, al margen de las responsabilidades surgidas entre sus integrantes y sin que por ello pudiera predicarse su escisión ni la obligación para Ecopetrol de efectuar pagos separados.

En Colombia, la única regulación legal expresa que tiene la figura del consorcio se encuentra precisamente en la Ley 80 de 1993, que establece la posibilidad de que el Estado celebre contratos con esa clase de asociaciones colaborativas, y determina la responsabilidad solidaria que a éstas les asiste frente a la entidad pública contratante.

En efecto, para la fecha de celebración del contrato, el artículo 7 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública señalaba en su numeral 1:

Consortio. 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.

Así, de esta norma se desprende con claridad que el consorcio surge como tal desde que sus integrantes pactan y establecen su conformación con miras a la celebración y ejecución del negocio jurídico con el Estado, y no se disuelve por las desavenencias acontecidas entre sus integrantes ni por el ejercicio irregular de su representación. A su turno, y de conformidad con la misma norma, la responsabilidad del consorcio es solidaria desde la presentación de la oferta; y más aún, presentada ésta, el proponente queda sujeto a la obligación de suscribir el contrato estatal en caso de resultar seleccionado⁹, por todo lo cual, tanto la

⁹ Al respecto, antes de la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007, el artículo 30, numerales 11 y 12 establecía: “11. El acto de adjudicación se hará mediante resolución motivada que se notificará personalmente al proponente favorecido en la forma y términos establecidos para los actos administrativos (...). // El acto de adjudicación es irrevocable y obliga a la entidad y al adjudicatario. 12. Si el adjudicatario no suscribe el contrato correspondiente dentro del término que se haya señalado, quedará a favor de la entidad contratante, en calidad de sanción, el valor del depósito o garantía constituidos para responder por la seriedad de la propuesta, sin menoscabo de las acciones legales conducentes al reconocimiento de perjuicios causados y no cubiertos por el valor de los citados depósito o garantía. // En este evento, la entidad estatal, mediante acto administrativo debidamente motivado, podrá adjudicar el contrato, dentro de los quince (15) días siguientes, al proponente calificado en segundo lugar, siempre y cuando su propuesta sea igualmente favorable para la entidad”. Así, tanto la oferta como la adjudicación son irrevocables, lo que hace palmaria para el adjudicatario la obligación de celebrar el contrato, a tal punto que, de conformidad con la norma citada, la no celebración del negocio jurídico por parte del proponente acarrea su responsabilidad



celebración válida del negocio jurídico como lo que acontezca en el marco del mismo -incluido su pago- cobijan y afectan a la totalidad de los miembros del consorcio, en los términos del artículo 7, numeral 1, de la Ley 80 de 1993, incluso al margen de la irregular representación del mismo.

Ahora bien, así como no está detalladamente regulada por la ley la figura del consorcio, tampoco lo están las bases o presupuestos de su representación, respecto de la cual, el parágrafo 1, inciso segundo, del artículo 7 de la Ley 80 de 1993 -vigente en la época de los hechos-, solo estableció:

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.

Sin embargo, la norma citada pone de manifiesto dos aspectos fundamentales, a saber: i) dado que la constitución del consorcio no da lugar a una persona jurídica distinta de los sujetos que lo integran, su representación no puede concebirse en esos casos como una derivación de personería jurídica alguna ni como presupuesto de la capacidad para contratar, sino como un instrumento que, para efectos de la contratación estatal, facilita el cumplimiento de las obligaciones que le competen al consorcio proponente y/o contratista; ii) no obstante lo anterior, debe existir un representante expresamente autorizado por el consorcio, pues la ley le impone a éste tal deber de designar a quien “*para todos los efectos*” lo representará, especialmente ante la autoridad titular del contrato, ya que en todo caso cada actuación que las partes adelanten en el marco del negocio jurídico tiene la virtualidad de generar derechos y obligaciones, de modo que se requiere que los consorciados habiliten expresamente a quien, a nombre de esa figura asociativa, presentará la propuesta, celebrará el contrato, desarrollará el objeto pactado y ejecutará ante la entidad los distintos actos que se requieran en el avance de la relación contractual.

De esta manera la Sala parte de reconocer que, no sólo bajo el principio de la autonomía de la voluntad sino también porque la ley establece precisamente que son los consorcios (y uniones temporales) quienes “*deberán*” designar a quien los represente para todos los efectos, es palmario que el representante del consorcio

patrimonial, que se concreta con la efectividad de la garantía de seriedad de la oferta, además de la eventual obligación de reparar los perjuicios no cubiertos por la respectiva póliza.



debe hallarse facultado o autorizado por su representado, quien en principio sólo se obliga civil o comercialmente por manifestación expresa de su voluntad, y por regla general, la ley no privilegia que alguien pueda obligar a un tercero sin su consentimiento.

No obstante, como ya se anotó -y en el marco de la contratación regulada por la Ley 80 de 1993-, desde el momento de presentación de la propuesta surge para los consorcios la responsabilidad solidaria que abarca tanto lo que se derive de la oferta misma como del contrato, y de otro lado, el ejercicio de representación sin previo poder o facultad no genera la responsabilidad del tercero que con el representante contrata, sino la de éste frente a aquel y frente a su representado¹⁰.

En el presente caso, ciertamente, los integrantes del consorcio IE-JV omitieron cumplir cabalmente con el deber previsto en el parágrafo 1 del artículo 7 de la Ley 80 de 1993, pues si bien plasmaron en el acta de constitución una serie de reglas para la designación del representante, finalmente no las siguieron. Sin embargo, al conformar el consorcio y presentar la oferta por conducto del señor Álvaro José Villamizar Mora, la agrupación adquirió obligaciones con Ecopetrol por ministerio de la ley; y más allá de las responsabilidades que, según la norma en cita, se establecieran entre los integrantes del consorcio, éste asumió frente al Estado la carga de cumplir con todas las obligaciones derivadas de la propuesta misma, especialmente la de celebrar el contrato en caso de resultar seleccionado dicho oferente.

Dicho lo anterior, es claro que la celebración del contrato y su firma por parte del señor Álvaro José Villamizar Mora materializaban válidamente el cumplimiento de una responsabilidad asumida previamente por el consorcio, al margen de que sus miembros no hubieran designado al representante en la forma prevista en el acta de constitución.

Ahora, alega el apelante que en este punto del análisis no tiene cabida lo señalado por el Tribunal, en cuanto a la ratificación tácita del demandante frente a la representación ejercida por el señor Álvaro José Villamizar Mora al celebrar y

¹⁰ A la luz del artículo 841 del Código de Comercio, *“El que contrate a nombre de otro sin poder o excediendo el límite de este, será responsable al tercero de buena fe exenta de culpa de la prestación prometida o de su valor cuando no sea posible su cumplimiento, y de los demás perjuicios que a dicho tercero o al representado se deriven por tal causa”*.



suscribir a nombre del consorcio el contrato estatal materia de controversia. Sin embargo, justamente porque el actor reconoce la validez de ese negocio jurídico y lo aduce como base para solicitar las indemnizaciones y pagos reclamados en la demanda, es pertinente anotar que si bien el contrato fue suscrito por Álvaro José Villamizar Mora ejerciendo una representación “no autorizada” del consorcio, el señor José Vicente Ordóñez Olivares no alegó que tal circunstancia resultara irregular, mucho menos predicó la nulidad relativa del negocio a la luz del artículo 1741 del Código Civil¹¹, mientras que sí pretendió obtener el pago del contrato así celebrado, lo que implica que en un comienzo aceptó la representación ejercida por el señor Álvaro Villamizar Mora al celebrar el contrato a nombre del consorcio, pero luego la rechazó en cuanto a la recepción del pago efectuado por Ecopetrol, no estando éste obligado a efectuar abonos por separado, como más adelante lo precisará la Sala.

Con ello, el impugnante obró desconociendo sus propios actos, pues pretendió hacer valer su supuesto derecho sobre la base de no aceptar una circunstancia que tuvo por válida inicialmente, lo que se opone al principio de la buena fe - expresamente previsto en el artículo 83 superior y, en materia contractual, en el artículo 1603 del Código Civil-.

En todo caso, fueron los miembros del consorcio -entre éstos, el señor José Vicente Ordóñez Olivares- quienes desatendieron sus deberes legales al abstenerse de designar expresamente al representante, omisión que no generaba responsabilidades u obligaciones en cabeza de Ecopetrol, a quien, por tanto, no le era exigible suspender el contrato, abstenerse de pagarlo o hacerlo de manera separada, parcial o proporcional, ni “adoptar otras medidas” para beneficiar al actor ante la no designación del representante.

- En línea con lo anterior, y ya respecto del pago que el apelante aduce como imperfectamente cumplido, se tiene que, en efecto, el actor indicó en el recurso de apelación que la remuneración del contrato debía hacerse al “destinatario cierto”, no siendo éste únicamente la sociedad IE Ingeniería Especializada Ltda. sino

¹¹ “La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas. // Hay así mismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces. // Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa y da derecho a la rescisión del acto o contrato”.



también el señor Jorge Ordóñez Olivares. Funda el censor esta conclusión en la postura según la cual la responsabilidad solidaria de los consorcios no es activa sino pasiva, por lo que, en su sentir, el pago del contrato debió dividirse entre los integrantes de la agrupación contratista, en lugar de efectuarse íntegramente al representante de la firma IE Ingeniería Especializada Ltda.

En punto del pago cuestionado por el apelante, sea lo primero precisar que el mismo no fue demostrado en este proceso, pues no figura ningún certificado, acta, factura, constancia ni instrumento alguno que acredite que Ecopetrol entregó sumas de dinero al señor Álvaro José Villamizar Mora ni a la mencionada sociedad por él representada, a título de remuneración del contrato N° 5201841 de 2008.

Sin embargo, frente al planteamiento del recurrente debe señalarse que el mismo no es de recibo, puesto que si bien el artículo 7, numeral 1, de la Ley 80 de 1993, no consagró expresamente una solidaridad activa¹² en cabeza de los consorcios, estableció unos términos y efectos similares a los de esa figura, al disponer que todo hecho que tuviera ocurrencia con ocasión del contrato afectaría a todos los integrantes del consorcio, de ahí que, en virtud de esa específica y puntual previsión legal, cada pago hecho por Ecopetrol directamente al representante de la sociedad IE Ingeniería Especializada Ltda. *“afectaba”* a todo el consorcio, por lo cual, efectuado el pago de esa manera, debía reputarse debidamente cumplido. Agréguese a ello que, en todo caso, el contratista era uno solo, a pesar de su conformación plural, por lo que la obligación de pago a cargo de la entidad contratante surgía frente *“al contratista”*, independientemente de que se tratara de una sola persona, o de varias, agrupadas en un consorcio. De tal suerte, si Ecopetrol efectuó pagos al representante legal de IE Ingeniería Especializada, los mismos operaron legítimamente, al ser recibidos por el consorcio contratista y no sólo por la persona jurídica que lo conformaba junto con el demandante.

Bajo esta línea, es del caso recordar que, de conformidad con el artículo 1634, inciso segundo, del Código Civil, *“[e]l pago hecho de buena fe a la persona que estaba entonces en posesión del crédito es válido, aunque después aparezca que el crédito no le pertenecía”*¹³. Se alude a ello porque, ciertamente, y como viene de señalarse,

¹² Descrita en el artículo 1570 del Código Civil en los siguientes términos: *“El deudor puede hacer el pago a cualquiera de los acreedores solidarios que elija, a menos que haya sido demandado por uno de ellos, pues entonces deberá hacer el pago al demandante”*.

¹³ En el inciso primero, establece la norma: *“Para que el pago sea válido, debe hacerse o al acreedor mismo (bajo cuyo nombre se entienden todos los que le hayan sucedido en el crédito aun a título*



la Ley 80 de 1993 les reconoce a los consorcios capacidad para contratar y obligarse, por lo que es a éstos a quienes debe hacerse el pago a través de su representante, que en el presente caso no fue debidamente designado y en ese marco, la persona delegada únicamente para la presentación de la oferta fue quien recibió, en apariencia, los pagos que se aducen como hechos por Ecopetrol. No obstante, la entidad estatal hoy demandada no podría ser llamada a resarcir daños por los pagos supuestamente hechos al señor Álvaro José Villamizar con destino al consorcio, pues éste, se reitera, seguía existiendo como un solo contratista, y no le eran oponibles a Ecopetrol las discrepancias surgidas entre los asociados ni la falta al deber legal de designar un representante, menos aun cuando el contrato estatal había sido suscrito por el mismo señor Álvaro José Villamizar aduciendo tal representación, sin que su asociado, hoy demandante, formulara reparo u objeción alguna.

En este punto no desconoce la Sala que, a la luz de la ley, cada miembro de un consorcio está legitimado, en principio, para solicitar por separado, en sede judicial, la eventual indemnización de lo que le habría correspondido recibir en el marco del contrato en el que haya participado en tal calidad; pero ello no conduce a que, durante la vigencia de la relación contractual y en el momento en que se causa la obligación de pago a cargo de la Administración, el desembolso deba hacerse dividiéndose en partes iguales para distribuir las entre cada miembro de la agrupación, pues en sede administrativa y contractual, el consorcio subsiste como tal bajo las responsabilidades y con las consecuencias previstas en el artículo 7, numeral 1 del EGCAP, ya mencionado.

Ahora, el censor también argumenta que no por el hecho de que Ecopetrol le exigiera a IE. Ingeniería Ltda. la ejecución del 100% del contrato -amparado en la responsabilidad solidaria del consorcio-, era procedente “*mutar*” el negocio jurídico ni modificar su naturaleza, como tampoco variarse el procedimiento de pago que, según su dicho, se había convenido tanto en el acta de constitución del consorcio como en el contrato estatal suscrito con Ecopetrol. No obstante, por un lado, no se aprecia que Ecopetrol hubiera modificado las condiciones ni la naturaleza del contrato, menos aún con el propósito de pagar el mismo a uno solo de los consorciados, y aun si se hubieran demostrado en el *sub judice* los pagos efectuados por la entidad estatal al señor Álvaro Villamizar Mora, ello no habría

singular), o a la persona que la ley o el juez autoricen a recibir por él, o a la persona diputada por el acreedor para el cobro (...).”



significado una indebida modificación del negocio jurídico, sino la simple consecuencia prevista en el artículo 7, numeral 1 de la Ley 80 de 1993, de que un acto -el pago- ejecutado en el marco del contrato, afectaba a todos los integrantes del consorcio. Por otra parte, ni el acta de constitución del consorcio ni el contrato N° 5201841 de 2006 previeron que el pago debiera hacerse en la forma como hoy lo propone el apelante, sino que sólo se dijo en la cláusula cuarta del contrato estatal que dicho pago se efectuaría dentro de los 30 días calendario siguientes a la fecha de radicación de la factura respectiva por parte del consorcio, en la Oficina Única de Cuentas de la GCB, y previo “visado” de la facturación impartido por la interventoría del contrato, junto con el cumplimiento de otros requisitos.

En ese orden de ideas resulta palmario que, al margen de las desavenencias surgidas entre los miembros del consorcio IE-JV por el no cumplimiento de lo pactado en el acta de constitución en cuanto al procedimiento para designar a su representante, al presentarse la oferta y suscribirse el contrato estatal N° 5201841 de 2006 surgieron válidamente obligaciones a cargo del consorcio, sin que por la falta de representante expresamente autorizado, Ecopetrol incurriera en incumplimientos ni en obligaciones patrimoniales a favor del señor José Vicente Ordóñez Olivares, menos cuando éste tuvo por válido el contrato, firmado por su asociado Álvaro José Villamizar Mora, y con base en él reclamó precisamente los pagos pactados con la Administración.

Por consiguiente, deberá confirmarse el fallo apelado, en cuanto denegó las pretensiones de la demanda.

3. Costas

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 –aplicable en el *sub lite*–, la conducta de las partes ha de tenerse en cuenta para resolver sobre la procedencia de la condena de costas. Toda vez que en el presente caso no se evidencia que alguna de las partes haya actuado temerariamente o que de cualquier otra forma haya atentado contra la lealtad procesal, no habrá lugar a su imposición.

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



Radicación N° 680012331000200900117 02 (58926)

Actor: José Vicente Ordóñez Olivares

Demandados: Ecopetrol y otro

Ref.: Acción de controversias contractuales

FALLA

PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia de primera instancia, esto es, la proferida por el Tribunal Administrativo de Santander el 6 de octubre de 2016.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen para su cumplimiento.

Se deja constancia de que esta providencia fue aprobada por la Sala en la fecha de su encabezado y que se firma en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar la integridad y autenticidad del presente documento en el link <http://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081/Vistas/documentos/validador>.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado electrónicamente
MARÍA ADRIANA MARÍN

Firmado electrónicamente
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Firmado electrónicamente
MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

VF