



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Laboral

CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO

Magistrada ponente

SL462-2021

Radicación n.º 81104

Fallo de Instancia

Acta 5

Bogotá, D.C., diez (10) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

AUTO

En el proyecto de fallo de instancia que se presentó en sesión de 4 de noviembre de 2020, al interior del juicio laboral identificado bajo el radicado n.º 81104 (CSJ SL4479-2020), hubo desacuerdos entre los 6 magistrados que acompañaron la decisión en sede de casación con respecto a lo que propuso el despacho sustanciador, lo que dio lugar a un empate. Por este motivo, se ordenó y se realizó el sorteo de un conjuez para definir el punto en controversia y así proferir la correspondiente sentencia de instancia.

No obstante, al reexaminar nuevamente la viabilidad de convocar a un conjuer, la Sala concluyó que ello no era necesario, puesto que se encuentran en pleno los 7 magistrados que la integran y ninguno está impedido para deliberar y votar la decisión. En consecuencia, se deja sin efecto el referido trámite y las actuaciones subsiguientes que en tal sentido se surtieron.

SENTENCIA DE INSTANCIA

Procede la Corte a proferir el fallo de instancia en el proceso ordinario laboral que **ARTURO MONTOYA CAFIEL, BLANCA GENNY PANIAGUA GUERRERO y CARLOS JULIO OROZCO HERRERA** adelantan contra **CODENSA S.A. ESP**, la **UNIÓN TEMPORAL GALAXTET** y sus integrantes **TRANSPORTES ESPECIALES DE TURISMO TET S.A.S.** y **TRANSPORTES GALAXIA S.A. TRANSGALAXIA S.A.**, trámite al que se llamó en garantía a la compañía **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.**

I. ANTECEDENTES

Mediante sentencia CSJ SL4479-2020 de 4 de noviembre del mismo año, esta Sala consideró fundada la demanda de casación, al concluir que *«entre Arturo Montoya Cafiel, Blanca Genny Paniagua Guerrero y Carlos Julio Orozco Herrera y Codensa S.A. existió un contrato de trabajo a término indefinido, en el que la Unión Temporal Galaxtet y sus integrantes Transportes Especiales de Turismo Tet S.A.S.*

y Transportes Galaxia S.A. Transgalaxia S.A., actuaron como simples intermediarios que, al ocultar su calidad de tal, deben responder de manera solidaria por las eventuales condenas que se impongan».

En lo que interesa al fallo de instancia, es necesario recordar que los actores pretenden que se declare que entre ellos y las empresas Codensa S.A., en calidad de beneficiaria del trabajo, y la Unión Temporal Galaxtet, como simple intermediaria, existió un contrato laboral a término indefinido. De igual modo, piden que se declare que, a pesar de estar amparados por el fuero circunstancial, los despidieron sin justa causa, lo que les da derecho al reintegro.

Como se dijo, la Corte en casación concluyó que entre los promotores del juicio y Codensa S.A. hubo un contrato de trabajo a término indefinido, en el que la Unión Temporal Galaxtet y sus integrantes Transportes Especiales de Turismo Tet S.A.S. y Transportes Galaxia S.A. - Transgalaxia S.A., actuaron como simples intermediarios.

Queda entonces por definir tres aspectos. *En primer lugar*, si entre el sindicato Redes, al que se encontraban afiliados los accionantes y Codensa S.A., se entabló un procedimiento de negociación colectiva que estaba vigente a la fecha en que fueron despedidos. De ello dependerá si eran o no beneficiarios del fuero circunstancial. *En segundo lugar*, se examinará la responsabilidad solidaria de la Unión Temporal Galaxtet y de cada uno de sus integrantes,

respecto de las eventuales condenas. *Por último*, se estudiará si es procedente o no impartir condena a la aseguradora llamada en garantía.

1. ¿Entre el sindicato y la parte empresaria se suscitó un conflicto colectivo válido?

A folios 383 a 433 milita el acta de fundación y los estatutos de la organización sindical, denominada Sindicato Red de Empleados de la Energía y los Servicios Públicos Domiciliarios Redes. En los estatutos se prevé que aquella representa a los trabajadores *«que prestan sus servicios en forma directa o indirecta a las empresas dedicadas al desarrollo de las actividades de: generación, transmisión, distribución y comercialización de energía en cualquiera de sus formas y/o a la prestación de servicios públicos domiciliarios dentro del territorio colombiano y fuera de él»*.

De acuerdo con lo anterior, Redes representa a los trabajadores del sector energético y, en consecuencia, a quienes prestan sus servicios a Codensa S.A., compañía que pertenece a esa rama de actividad.

Teniendo en cuenta esta facultad de representación, el 26 de febrero de 2013 la asociación profesional presentó pliego de peticiones a Codensa S.A. y a sus empresas colaboradoras para regular las condiciones laborales de sus trabajadores.

Aunque inicialmente Codensa S.A. se negó a negociar, lo cierto es que posteriormente se sentó a dialogar, proponiendo dar inicio a la etapa de arreglo directo del conflicto colectivo que se activó con la presentación del citado pliego de peticiones, según obra en el acta de reunión de 18 de noviembre de 2014 (f.º 582 y 583). En el mismo documento, se acordó la fecha de inicio de las conversaciones, los permisos sindicales de los que gozarían los negociadores y la asociación sindical se comprometió a desistir de la querella que presentó ante la Dirección Territorial de Bogotá del Ministerio del Trabajo. Conforme con la documental que obra a folio 585, de fecha 17 de diciembre de 2014, las partes no lograron acuerdos en esta fase.

Como se puede observar, Codensa S.A. decidió dialogar, con lo cual aceptó su calidad de interlocutor válido en la negociación y, por tanto, entre esta empresa y el sindicato Redes se entabló un procedimiento de negociación colectiva desde el 26 de febrero de 2013, fecha de presentación del compendio petitorio.

En el contexto de dicho conflicto, a través de Resolución n.º 99964 de 4 de marzo de 2015, el Viceministro de Relaciones Laborales e Inspección ordenó la convocatoria de un Tribunal de arbitramento obligatorio. Al resolver el recurso de reposición interpuesto contra tal decisión, mediante Resolución n.º 0702 de 3 de marzo de 2016, el referido funcionario dispuso revocar el acto administrativo inicial, bajo el argumento de que no existía

diferendo colectivo porque los trabajadores eran multiafiliados a dos sindicatos y *«prácticamente los trabajadores del sindicato en conflicto coinciden con los trabajadores que gozan de los beneficios de la convención vigente firmada con SINTRAELECOL, situación que desvirtúa la existencia real de un conflicto colectivo»*.

Aunque no se tiene conocimiento de si dicha resolución fue apelada o no, y de haber sido impugnada, el sentido de la decisión, lo cierto es que los actos administrativos no atan al juez al momento de definir la existencia de un conflicto colectivo y las repercusiones que de ello derivan. Lo anterior, cobra mayor sentido cuando quiera que el pronunciamiento de la autoridad administrativa es contrario al orden jurídico.

En efecto, con ocasión de la declaratoria de inexecutable de los artículos 357 y 360 del Código Sustantivo del Trabajo mediante las sentencias C-567-2000 y C-63-2008 de la Corte Constitucional, esta Sala ha sostenido que es factible que en una empresa coexistan varias organizaciones sindicales de base y de industria, cada una con capacidad de representación y negociación para la suscripción de una convención colectiva de trabajo. Igualmente, y en virtud de la sentencia C-797-2000 del Tribunal Constitucional, es posible que los trabajadores se afilien a varios sindicatos. En providencia CSJ SL3491-2019, reiterada en la CSJ SL1983-2020, la Corte dejó sentó su punto de vista sobre el particular, así:

A raíz de la declaratoria de inexequibilidad de los artículos 357 y 360 del Código Sustantivo del Trabajo, mediante las sentencias C-567-00 y C-63-08 de la Corte Constitucional, es factible que en una empresa coexistan varias organizaciones sindicales de base y de industria, cada una con capacidad de representación y negociación para la suscripción de una convención colectiva de trabajo. Igualmente, y en virtud de la sentencia C-797-00 del Tribunal Constitucional, es posible que los trabajadores se afilien a varios sindicatos. Por estos motivos, puede afirmarse que en la configuración actual del Derecho Laboral Colectivo, tal cual como quedó definido a partir de las sentencias de constitucionalidad, es posible la pluralidad de organismos sindicales, de convenciones colectivas y la multiafiliación sindical al interior de una misma empresa.

Sobre esta base, esta Corporación ha insistido en que los sindicatos pueden promover autónomamente procesos de negociación colectiva, con independencia de si en la empresa existe una convención colectiva suscrita con otro organismo sindical (CSJ SL 33998, 29 abr. 2008, CSJ SL 50795, 28 feb. 2012, CSJ SL4865-2017), pues la pluralidad convencional en Colombia es una realidad jurídica a la cual la Corte no puede oponerse con argumentos de conveniencia.

Por lo anterior, no es de recibo la afirmación de la empresa recurrente relativa a que al ser beneficiarios la mayoría de los trabajadores de Sintraefi de la convención colectiva de trabajo suscrita con las asociaciones Uneb y Sintrabancol, estos no pueden activar otro conflicto económico. Ello, en la medida que, con independencia de si sus afiliados tienen la calidad de multiafiliados, cada sindicato puede promover una negociación colectiva y pretender la suscripción de un acuerdo colectivo.

Además de lo expuesto, para la Sala el Ministerio del Trabajo no podía imponer su criterio sobre la existencia de un conflicto, cuando de manera previa las partes, al sentarse a dialogar, reconocieron su calidad de interlocutores en la negociación.

Desde este punto de vista, entre las partes se entabló un conflicto colectivo, razón por la cual los afiliados al sindicato Redes no podían ser despedidos mientras estuviera vigente dicho diferendo. Por consiguiente, se

ordenará su reintegro a Codensa S.A., teniendo en cuenta un salario mínimo legal mensual vigente en el caso de Arturo Montoya Cafiel¹ y de Blanca Genny Guerrero Paniagua², y de \$920.000 en el caso de Carlos Julio Orozco Herrera³, junto con el pago de las prestaciones legales y extralegales a que tengan derecho los empleados de Codensa S.A., causadas desde la fecha de su desvinculación hasta la de su reintegro, debidamente indexadas. Así mismo, se ordenará a la compañía el pago de aportes a los subsistemas de salud y pensión por todo el tiempo en que los accionantes estuvieron cesantes.

2. De la responsabilidad de la unión temporal y de sus integrantes

La Corte se pregunta si la atribución de responsabilidad corresponde solo a los integrantes de la unión temporal o a esta y a sus miembros. Contestar este punto depende de si las uniones temporales tienen o no capacidad para ser empleadoras, a lo que la Sala ofrece a una respuesta afirmativa.

En primer lugar, es necesario recordar que las uniones temporales y los consorcios son figuras jurídicas concebidas en el artículo 7.º de la Ley 80 de 1993, en virtud de las cuales dos o más personas pueden presentar de manera conjunta una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo

¹ Folio 21

² Folio 123

³ Folio 344

solidariamente de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato. De acuerdo con lo anterior, se trata de agrupaciones de contratistas u organizaciones empresariales que no configuran una persona jurídica nueva e independiente respecto de los miembros que las integran.

No obstante que carecen de personalidad jurídica, el artículo 6.º de la Ley 80 de 1993 les otorga plena capacidad para contratar, premisa que arroja una primera conclusión: para poseer capacidad jurídica contractual no es requisito ser persona moral, pues como ocurre con los consorcios y uniones temporales, entidades sin personería jurídica, la ley los considera legalmente capaces para efectos contractuales.

Sobre el particular, conviene traer a colación la sentencia de unificación 1997-03930 de 25 de septiembre de 2013 que profirió la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, a través de la cual rectificó su jurisprudencia frente a la capacidad de los consorcios y uniones temporales para comparecer al juicio:

[...] Así pues, la capacidad de contratación que expresamente la Ley 80 otorgó y reconoció a los consorcios y a las uniones temporales, en modo alguno puede entenderse agotada en el campo de las actuaciones que esas organizaciones pueden válidamente desplegar en relación o con ocasión de su actividad contractual —incluyendo los actos jurídicos consistentes en la formulación misma de la oferta; la notificación de la adjudicación; la celebración, ejecución y liquidación del respectivo contrato estatal—, sino que proyecta sus efectos de manera cierta e importante en el campo procesal, en el cual, como ya se indicó, esas organizaciones empresariales podrán asumir la condición de parte, en cuanto titulares de derechos y

obligaciones, al tiempo que podrán comparecer en juicio para exigir o defender, según corresponda, los derechos que a su favor hubieren surgido del respectivo procedimiento administrativo de selección contractual o del propio contrato estatal, puesto que, según lo dejó dicho la Corte Constitucional, la capacidad de contratación que a los consorcios y a las uniones temporales les atribuyó el artículo 6º de la Ley 80 “(...) comprende tanto el poder para ser titular de derechos y obligaciones e igualmente la facultad de actuación o ejercicio para hacer reales y efectivos dichos derechos (...)”.

En segundo lugar, es necesario tener en cuenta que el párrafo del artículo 7.º de la Ley 80 de 1993 faculta a los consorcios y uniones temporales para *«designar la persona que, **para todos los efectos**, representará al consorcio o unión temporal»*. De este modo, la ley no impuso cortapisas a las facultades de los representantes de las uniones temporales o los consorcios, por lo que bien pueden en ejercicio de sus atribuciones vincular trabajadores al servicio del proyecto empresarial. Al respecto, el Consejo de Estado en la providencia citada, refirió:

[...] importa destacar que el inciso segundo del párrafo primero del artículo séptimo de la citada Ley 80, determina que “[l]os miembros del consorcio y de la unión temporal deberán designar la persona que, para todos los efectos, representará al consorcio o unión temporal (...)”, cuestión que obliga a destacar que el legislador no limitó y no condicionó, en modo alguno, el amplio alcance de las facultades que, por mandato normativo, acompaña a quien se designe como representante de una de esas organizaciones, lo cual se opone por completo a las indicaciones anteriormente formuladas por la Sala en cuanto se venía sosteniendo que el representante de un consorcio o unión temporal tendría facultades para los solos efectos relativos a la celebración y ejecución del contrato.

En tercer lugar, si bien el artículo 22 del Código Sustantivo del Trabajo define el contrato de trabajo como *«aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona, natural o jurídica, bajo la*

continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración», lo que podría llevar a colegir que la parte empleadora debe ser necesariamente una persona jurídica, no puede pasarse por alto que para la época de expedición del estatuto del trabajo, la figura jurídica de los consorcios y uniones temporales no existía.

Desde esa data hasta la actualidad, el mundo laboral ha transitado por importantes transformaciones jurídicas, sociales, tecnológicas y productivas. Hoy existen nuevos sujetos y organizaciones empresariales que actúan como verdaderos empleadores, como ocurre con los consorcios y uniones temporales, los cuales bajo una lectura textualista y exegética del artículo 22 del Código Sustantivo de Trabajo no son empleadores a pesar de que en la práctica ejercen un poder de dirección y control del trabajo.

Aquí vale la pena recordar que el Derecho del Trabajo es un derecho que capta las realidades. Por ello, la jurisprudencia sobre la materia ha sostenido que *«el derecho del trabajo y de la seguridad social se construye sobre realidades y verdades»* (CSJ SL4360-2019), de manera que antes que permanecer pétreo y expectante frente a las transformaciones veloces del mundo, debe adaptarse a ellas para cumplir su misión de proteger a los trabajadores.

Por esto mismo, afirmar que las uniones temporales o consorcios no tienen capacidad contractual laboral, y que, por tanto, quien debe suscribir los contratos de trabajo es alguno de los miembros de esas organizaciones, podría

generar distorsiones o discordancias entre lo que está formalmente en el contrato y lo que sucede en la realidad. Así, formalmente el empleador sería uno de los miembros de la unión transitoria, pero en la realidad la subordinación emana de la nueva organización empresarial creada para desarrollar un proyecto.

Esto no solo genera problemas en la definición del verdadero empleador, sino que también tiene repercusiones en el cumplimiento de las obligaciones de seguridad social, en especial de seguridad y salud en el trabajo, el ejercicio de los derechos colectivos y también en la efectividad de las pólizas que garantizan el pago de salarios y prestaciones de los trabajadores en el marco de los contratos estatales, las que usualmente son tomadas por el consorcio o unión temporal.

En efecto, como usualmente los trabajadores comparten un espacio físico que se identifica no con el espacio de los empresarios individualmente considerados, sino con el de la unión temporal o consorcio, la coincidencia espacial que provoca la conformación de un nuevo ente es capaz de dar lugar a un incremento de los riesgos inherentes a la actividad productiva y de generar nuevos riesgos. Por tal razón, quien se encuentra en mejor posición para su prevención y gestión es el nuevo ente conformado.

Por otro lado, el reconocimiento de empleador a las uniones temporales o consorcios permite a las organizaciones sindicales entablar procedimientos de

negociación colectiva con los interlocutores que de verdad direccionan y controlan los procesos productivos. La autonomía colectiva en estos casos puede ser un instrumento particularmente útil para regular las condiciones de trabajo, coordinar la prestación de los servicios, definir estándares laborales comunes para los trabajadores y reglas para la administración y planificación de los riesgos asociados al trabajo.

Por último, para la Sala no es válido señalar que el empleador debe ser el integrante del consorcio que celebre el contrato de trabajo. Lo anterior, por cuanto radicar en un solo miembro la responsabilidad por los derechos laborales de una persona que prestó su trabajo a una organización empresarial, anularía la posibilidad jurídica que aquel tiene de demandar solidariamente al consorcio o a la unión temporal y a todos sus integrantes, según lo faculta el artículo 7.º de la Ley 80 de 1993. Además, ello quebraría la unidad contractual que se establece entre la unión transitoria y la entidad pública contratante, a efectos de que opere la responsabilidad solidaria del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo.

De acuerdo con lo dicho, las uniones temporales y consorcios pueden ser empleadores de los trabajadores que participan en los proyectos empresariales contratados con las entidades públicas. Por tanto, pueden ser convocados para responder por las obligaciones laborales de sus trabajadores, como también de manera solidaria cada uno de sus integrantes. Con esto, se recoge el criterio fijado en

las sentencias CSJ SL, 11 feb. 2009, rad. 24426 y CSJ SL, 24 nov. 2009, rad. 35043.

Siendo así, la Sala declarará que la Unión Temporal Galaxtet y sus integrantes Transportes Especiales de Turismo Tet S.A.S. y Transportes Galaxia S.A. Transgalaxia S.A. deben responder solidariamente por las condenas impartidas en esta sentencia.

3. De la eventual responsabilidad de la aseguradora llamada en garantía

La Unión Temporal Galaxtet solicitó que la aseguradora Mapfre fuera llamada en garantía a fin de que respondiera por las eventuales condenas. No obstante, la Sala no impondrá condena alguna, en la medida que la póliza de cumplimiento n.º 2202312002020 no ampara el incumplimiento de Codensa S.A. frente a las acreencias laborales de sus empleados, sino los perjuicios sufridos por dicha empresa, derivados del impago de salarios y prestaciones *por parte de la Unión Temporal Galaxtet*. Por tanto, la póliza mencionada no cubre el evento aquí estudiado.

Las costas de ambas instancias estarán a cargo de Codensa S.A. ESP, la Unión Temporal Galaxtet y sus integrantes Transportes Especiales de Turismo Tet S.A.S. y Transportes Galaxia S.A. Transgalaxia S.A.

II. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CASA** la sentencia que la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá profirió el 31 de agosto de 2017, en el proceso ordinario laboral que **ARTURO MONTOYA CAFIEL, BLANCA GENNY PANIAGUA GUERRERO** y **CARLOS JULIO OROZCO HERRERA** adelantan contra **CODENSA S.A. ESP**, la **UNIÓN TEMPORAL GALAXTET** y sus integrantes **TRANSPORTES ESPECIALES DE TURISMO TET S.A.S.** y **TRANSPORTES GALAXIA S.A. TRANSGALAXIA S.A.**, trámite al que se llamó en garantía a la compañía **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.**

En sede de instancia, **REVOCA** el fallo de primer grado y, en su lugar, **RESUELVE:**

PRIMERO: Declarar que entre Arturo Montoya Cafiel, Blanca Genny Paniagua Guerrero y Carlos Julio Orozco Herrera y la empresa Codensa S.A. ESP existió un contrato de trabajo desde el 1.º de noviembre de 2012 hasta el 4 de junio de 2013, lapso durante el cual la Unión Temporal Galaxtet y sus integrantes Transportes Especiales de Turismo Tet S.A.S. y Transportes Galaxia S.A. Transgalaxia S.A., actuaron como simples intermediarios.

SEGUNDO: Declarar que despido de los demandantes, ocurrido el 4 de junio de 2013, es ineficaz en virtud del fuero circunstancial que los protegía.

TERCERO: En consecuencia, ordenar el reintegro de los demandantes a la empresa Codensa S.A. ESP, en un cargo igual o de superior jerarquía, junto con el pago de los salarios, prestaciones y aportes a pensión y salud dejados de percibir desde el 5 de junio de 2013 hasta la fecha en que sean reinstalados, sumas que se entregarán debidamente indexadas. Lo anterior, teniendo en cuenta un salario mínimo legal mensual vigente, en el caso de Arturo Montoya Cafiel y de Blanca Genny Guerrero Paniagua y un salario de \$920.000 en el caso de Carlos Julio Orozco Herrera.

CUARTO: Declarar solidariamente responsables de las condenas impuestas a la Unión Temporal Galaxtet y a sus integrantes Transportes Especiales de Turismo Tet S.A.S. y Transportes Galaxia S.A. Transgalaxia S.A.

QUINTO: Absolver a la compañía Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A. de cubrir suma alguna por concepto de las condenas aquí impuestas.

SEXTO: Costas como se indicó en la parte motiva.

Notifíquese, publíquese, cúmplase y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.



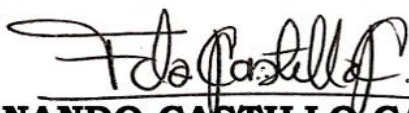
OMAR ANGEL MEJÍA AMADOR

Presidente de la Sala

ACLARO VOTO



GERARDO BOTERO ZULUAGA



FERNANDO CASTILLO CADENA

Salvo el voto



CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO

Aclaro voto

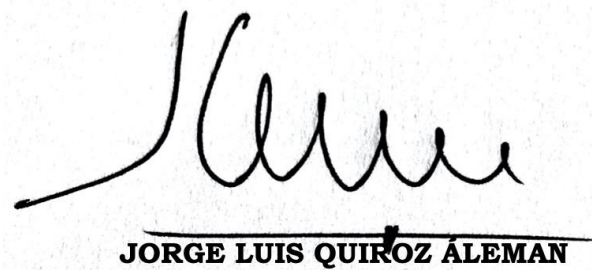
10/02/2021



LUIS BENEDICTO HERRERA DÍAZ
SALVA VOTO PARCIAL



IVÁN MAURICIO LENIS GÓMEZ
Aclaro voto



JORGE LUIS QUIROZ ALEMAN

ACLARO VOTO

ACLARACIÓN DE VOTO

Demandante: Arturo Montoya Cafiel y otros

Demandado: Codensa S.A., Unión Temporal Galaxtet y otros

Radicación: 81104

Magistrado Ponente: Clara Cecilia Dueñas Quevedo

Los suscritos magistrados consideramos que lo expuesto en la sentencia en torno a la existencia de un conflicto colectivo entre el sindicato Redes y Codensa S.A., bien puede complementarse con otra razón poderosa que obligaba a esta última y a sus empresas tercerizadas a negociar en red, a saber, el derecho de las organizaciones sindicales de plantear una negociación colectiva por grupo de empresas, rama de actividad, industria o a nivel regional o nacional.

Esta referencia es importante porque, como lo narró su representante legal en el interrogatorio de parte, Codensa S.A. inicialmente se negó a dialogar, entre otras cosas, porque no existía claridad frente a cuál compañía se pretendía adelantar la negociación, es decir, en su criterio la negociación debía surtir solo con una empresa. Lo anterior no lo compartimos puesto que el sindicato Redes, en representación de los trabajadores directos de Codensa S.A. y los tercerizados, pretendía surtir una negociación por grupo de empresas, lo cual es válido por las siguientes razones:

La ausencia de una alusión específica en el Código Sustantivo del Trabajo a la negociación en un nivel superior al de la empresa no significa la inexistencia de esta posibilidad.

El derecho de negociación colectiva en Colombia es de carácter fundamental y se encuentra ubicado en la cúspide normativa del orden jurídico. En efecto, esta prerrogativa se encuentra reconocida en el artículo 55 de la Constitución Política en los siguientes términos:

ARTÍCULO 55. Se garantiza el derecho de negociación colectiva para regular las relaciones laborales, con las excepciones que señale la ley.

Es deber del Estado promover la concertación y los demás medios para la solución pacífica de los conflictos colectivos de trabajo.

En paralelo a su consagración en el texto constitucional, Colombia ha aprobado y ratificado los Convenios de la OIT, números 98, sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, y 154, sobre la negociación colectiva, los que hacen parte del bloque de constitucionalidad. Esto significa que estos tratados se ubican a nivel supralegal y, por tanto, son dispositivos obligatorios en la interpretación de las normas legales para colmar los vacíos normativos y juzgar la constitucionalidad de las normas de inferior jerarquía.

Además de que la negociación colectiva es un derecho fundamental, conviene recordar que es un componente esencial de la libertad sindical. Como consecuencia de ello,

el derecho de negociación colectiva es un *derecho-libertad*. Esto quiere decir que (i) su pleno ejercicio no está condicionado a la existencia de una regulación que lo instrumentalice o a una mediación legislativa, y (ii) no puede ser objeto de interferencias por parte del Estado que limiten indebidamente sus posibilidades reales de ejercicio.

El anterior planteo es central porque si, en un plano hipotético, llegase a admitirse que no existe en el sistema jurídico colombiano una normativa específica que desarrolle la negociación en un nivel superior a la empresa, en todo caso esta circunstancia no sería obstáculo para el ejercicio del derecho a la negociación colectiva en el nivel o sector que los interlocutores sociales consideren pertinente. De hecho, el artículo 5.º del Convenio 154 es bastante dicente en el sentido que tal prerrogativa no puede ser *«obstaculizada por la inexistencia de reglas que rijan su desarrollo o la insuficiencia o el carácter impropio de tales reglas»*.

Sin perjuicio de lo anterior, consideramos que del examen de los principios y reglas que gobiernan nuestro sistema jurídico sí existe una regulación del derecho a la negociación colectiva comprensivo de distintos niveles o ámbitos de actuación. Es decir, nuestro sistema normativo positivo, en distintos preceptos de orden internacional y doméstico, sí prevé de manera clara la posibilidad de negociar por grupos de empresa, redes o por sectores productivos.

En primer lugar, y de vuelta con los preceptos constitucionales, es necesario tener en cuenta que el artículo 55 de la Constitución Política consagra de manera amplia el derecho de negociación colectiva, sin otras restricciones o limitaciones distintas a las expresamente previstas en la ley, dentro de las cuales no se encuentra la negociación por niveles distintos a los de la empresa.

En segundo lugar, el derecho a la negociación colectiva, en el nivel que juzguen conveniente las partes, deriva de los Convenios 98 y 154 de la OIT, debidamente aprobados y ratificados por Colombia. En el primero, se establece que el Estado está en el deber de estimular y fomentar «entre los empleadores y **las organizaciones de empleadores**, por una parte, y las organizaciones de trabajadores, por otra, el pleno desarrollo y uso de los procedimientos de negociación voluntaria, con objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo»; y en el segundo, precisamente se subraya que la negociación colectiva «comprende todas las negociaciones que tienen lugar entre un empleador, **un grupo de empleadores o una organización o varias organizaciones de empleadores**, por una parte, y una organización o varias organizaciones de trabajadores, por otra [...]».

A su vez, la Recomendación núm. 163 sobre la negociación colectiva, prevé que esta debería poder desarrollarse «en cualquier nivel, y en particular a nivel del

establecimiento, de la empresa, de la rama de actividad, de la industria y a nivel regional o nacional».

En tal dirección, los órganos de control de la OIT han insistido en que es preciso que los Estados garanticen la negociación colectiva en distintos niveles. De esta forma, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) ha sostenido que:

[...] es preciso garantizar que la negociación colectiva pueda desarrollarse en cualquier nivel, tanto en el plano nacional como en el empresarial. También deben poder desarrollarla las federaciones y las confederaciones. Por consiguiente, una legislación que imponga unilateralmente nivel de la negociación colectiva o lo fije imperativamente plantea problemas de incompatibilidad con el Convenio⁴.

A su turno, el Comité de Libertad Sindical ha aseverado que:

[...] en base al principio de negociación libre y voluntaria, establecido en el artículo 4 del Convenio núm. 98, la determinación del nivel de negociación colectiva debería depender esencialmente de la voluntad de las partes y, por consiguiente, dicho nivel no debería ser impuesto en virtud de la legislación, de una decisión de autoridad administrativa o de una jurisprudencia de la autoridad administrativa del trabajo.⁵

Es importante recalcar que recientemente la Oficina Internacional del Trabajo emitió el concepto bajo referencia

⁴ OIT (2012). *Estudio general sobre los convenios fundamentales relativos a los derechos en el trabajo a la luz de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, 2008. Dar un rostro humano a la globalización*. Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Informe III (Parte 1B). Conferencia Internacional del Trabajo, 101.ª reunión (2012). Ginebra, párr. 222

⁵ OIT (2018). *Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT* (6ª ed.). Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, párr. 1404.

TUR 1-14, en el que, tras recordar la normativa y doctrina de los órganos de control de la OIT, relativa a la negociación colectiva, expresó que en Colombia la negociación en ámbitos diferentes al de la empresa *«debería ser posible tanto a nivel de la legislación y de la práctica»* y que *«corresponde a las partes en la negociación determinar el nivel o niveles que desean negociar»*. Al tiempo, recordó que *«los órganos de control de la OIT reconocen como objeto legítimo de la huelga el poder negociar colectivamente a un nivel determinado»*.

Ahora bien, el que idealmente sean las partes las que deban determinar el nivel de la unidad de negociación, no significa que una asociación de empleadores o, en su defecto, un grupo de empleadores pueda negarse a negociar injustificadamente, como ocurrió inicialmente en el presente asunto.

Dentro de los deberes de los empleadores o empresarios y de las organizaciones sindicales se encuentra el de negociar y el de negociar de buena fe. El primero, consiste en la obligación de comparecer al inicio de la negociación ante la solicitud del sindicato, siempre que posea legitimidad convencional. Por otro lado, el segundo, exige a las partes comportarse de manera respetuosa y leal a lo largo del procedimiento de negociación. El deber de negociar se produce al inicio de la negociación colectiva y el deber de negociar de buena fe se desarrolla durante la negociación.

Lo precedente significa que una parte no puede rechazar de manera fútil un pliego de peticiones si la otra - sindical o empresarial- posee suficiente legitimidad para negociar. La aplicación del deber de negociar es un mecanismo de fomento a la negociación colectiva y no contradice la libertad de negociación cuando el extremo solicitante está facultado para ejercerla. Además, admitir que se puede rechazar el pliego de peticiones a una parte legitimada constituye una lesión de la libertad sindical y del principio de la autonomía colectiva⁶.

En cuanto al deber de negociar de buena fe, la CEACR de la OIT ha dicho que deriva del artículo 4.º del Convenio núm. 98 y se traduce en la práctica en «i) reconocer las organizaciones representativas; ii) procurar llegar a un acuerdo; iii) mantener negociaciones verdaderas y constructivas; iv) evitar demoras injustificadas en las negociaciones, y v) respetar mutuamente los compromisos adquiridos y los resultados obtenidos mediante la negociación»⁷.

Ahora bien, podría objetarse que la negociación colectiva en ámbitos superiores al de la empresa, como por

⁶ Canessa Montejo, M. F. (2015). *Colombia: la negociación colectiva sectorial o por rama de actividad*. Documento preparado para el Foro Negociación Colectiva por rama de actividad de la CUT, Central Unitaria de Trabajadores por pedido de OIT-ACTRAV. Relats.

⁷ OIT (2012). *Estudio general sobre los convenios fundamentales relativos a los derechos en el trabajo a la luz de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, 2008. Dar un rostro humano a la globalización*. Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Informe III (Parte 1B). Conferencia Internacional del Trabajo, 101.a reunión (2012). Ginebra, párr. 208

ejemplo por grupo de empresas, tiene la dificultad de no contar con una regulación de la legitimación convencional.

No obstante, para los suscritos es claro que, por la parte activa, el artículo 356 del Código Sustantivo del Trabajo *enuncia*⁸ unas clases de sindicatos (de empresa, de industria o por rama de actividad, gremiales y de oficios varios) a los que se les asigna la función de representar los intereses de sus afiliados en su respectivo ámbito de actuación material, personal y territorial. De manera que no tendría sentido que la ley habilite un sindicato de industria o por rama de actividad, para luego confinarlo a la empresa, negándole la posibilidad de negociar en la respectiva rama de actividad o sector. Por lo demás, tal razonamiento sería contrario a los principios de autonomía sindical y negociación colectiva, reconocidos en amplios instrumentos internacionales vinculantes para el Estado colombiano, con base en los cuales los sindicatos tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes y definir libremente el ámbito de representación subjetivo y objetivo de actuación.

Lo anterior, también encuentra respaldo en el artículo 417 del Código Sustantivo del Trabajo que reconoce el derecho de negociación colectiva a las federaciones y confederaciones; lógico, para representar a grandes masas de trabajadores en niveles superiores al de la empresa.

⁸ Este listado debe entenderse enunciativo o indicativo, pues en todo caso el artículo 2 del Convenio 87 de la OIT faculta a los trabajadores para constituir «las organizaciones que estimen convenientes».

En cuanto a la legitimación de la parte empresarial, se ha dicho que no existen normas al respecto. Sin embargo, en nuestro concepto, en el orden laboral sí existen disposiciones que anticipan esa situación. En particular, el artículo 467 del Código Sustantivo de Trabajo al definir la convención colectiva de trabajo señala que *«es la que se celebra entre uno o **varios patronos o asociaciones patronales**, por una parte, y uno o varios sindicatos o federaciones sindicales de trabajadores, por otra, para fijar las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia»*. De igual modo, el artículo 435 del mismo estatuto sustancial establece que los negociadores de los pliegos de peticiones deberán estar investidos de plenos poderes para suscribir *«en nombre de las partes que representan los acuerdos a que lleguen en la etapa de arreglo directo»*.

Por tanto, conforme al artículo 467 del Código Sustantivo del Trabajo puede inferirse que un pliego de peticiones puede dirigirse a un grupo de empresas (negociación por grupo de empresas o red de empresas), a la asociación empresarial más representativa del gremio (por ejemplo, cuando se trata de una negociación por rama de actividad o sectorial) y, de no existir está a nivel de industria, a varios empleadores de la respectiva actividad.

Por último, no hay que olvidar que la negociación colectiva en un ámbito superior a la empresa es una práctica ampliamente aceptada a nivel mundial. En la actualidad la practican numerosos países tales como

Eslovenia, Francia, Dinamarca, Holanda, Alemania, Bélgica, Islandia, Suecia, España, Portugal, Suiza, Italia, Finlandia, Austria, Noruega, Australia, Republica Checa, Polonia, Eslovaquia, Turquía, Letonia, Reino Unido, Lituania, Hungría, Luxemburgo, Estonia, Irlanda⁹, Argentina, Brasil, Uruguay y Perú. En Colombia, como se dijo, existen disposiciones internacionales y nacionales de las cuales se deduce esta posibilidad; y aún si hipotéticamente no existieran reglas o estas fuesen insuficientes o poco claras, esto no es un argumento de recibo para negar la posibilidad de negociar en el nivel que los interlocutores estimen pertinente, habida cuenta estamos frente a un derecho fundamental de libertad, cuyo ejercicio no está supeditado a una reglamentación, a tal punto que el artículo 5.º del Convenio 154 establece que la negociación colectiva no puede ser «obstaculizada por la inexistencia de reglas que rijan su desarrollo o la insuficiencia o el carácter impropio de tales reglas».

Por estos motivos, aclaramos el voto, pues desde nuestro punto de vista Codensa S.A., en calidad de empresa principal, también tenía legitimidad convencional por la parte empresaria y, por consiguiente, el pliego presentado el 26 de febrero de 2013 a ella y a sus empresas contratistas o subcontratistas, activó un conflicto colectivo válido para un grupo de empresas.

⁹ OECD (2019), Negotiating Our Way Up: Collective Bargaining in a Changing World of Work, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/1fd2da34-en>

Fecha *ut supra*.



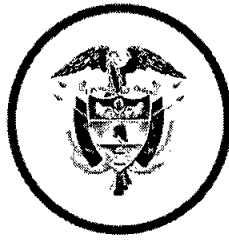
CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO



IVÁN MAURICIO LENIS GÓMEZ



OMAR ÁNGEL MEJÍA AMADOR



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Laboral

CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO

Magistrada Ponente

SALVAMENTO DE VOTO

Radicación n°81104

**REFERENCIA: ARTURO MONTOYA CAFIEL Y OTROS
vs. CODENSA S.A. E.S.P. Y OTROS**

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Sala, me permito reiterar el salvamento de voto que expresé al resolverse el asunto en la esfera casacional, por cuanto considero que el cargo no debió prosperar en la medida que no se demostró un error evidente de hecho que condujera al quiebre de la sentencia, por lo que me remito a las consideraciones allí expuestas.

Fecha ut supra

FERNANDO CASTILLO CADENA



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Laboral

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO

Magistrada ponente

Radicación n.º 81104

ARTURO MONTOYA CAFIEL, BLANCA GENNY PANIAGUA GUERRERO y CARLOS JULIO OROZCO HERRERA vs. CODENSA S.A. ESP y OTROS.

Como lo manifesté en la Sala respectiva, aun cuando estoy de acuerdo con la decisión adoptada en el presente asunto de casar la sentencia del Tribunal y, en sede de instancia, declarar que entre los demandantes y la empresa Codensa S.A. ESP existió un contrato de trabajo así como que el despido denunciado fue ineficaz en virtud del fuero circunstancial que protegía a los trabajadores, por lo que procedía ordenar su reintegro, debo salvar mi voto a la decisión de la mayoría de *«declarar solidariamente responsables de las condenas impuestas a la Unión Temporal Galaxtet y a sus integrantes Transportes Especiales de Turismo Tet S.A.S. y Transportes Galaxia S.A. Transgalaxia*

S.A.», tal como se afirma en los considerandos del proveído del cual parcialmente me aparto, y con lo cual se presenta un giro respecto de la capacidad para ser parte en el proceso en tratándose de los *consorcios y uniones temporales*, cuyo fundamento no encuentro lo suficientemente consistente como para adherir a él.

Me explico. La doctrina nacional, siguiendo quizás la figura del *joint venture*, presente en el derecho anglosajón, ha determinado que los consorcios y las uniones temporales no son otra cosa que especies de los contratos de colaboración empresarial, en los cuales un número plural de personas, ya sea naturales o jurídicas, se agrupan para desarrollar un negocio, uniendo sus capacidades técnicas económicas y financieras, pero sin que por ello se constituya una persona jurídica distinta a la de los miembros que la conforman.

Tal modelo encuentra asidero en el principio de la autonomía de la voluntad, uno de los pilares de la contratación en el derecho privado, que permite el desarrollo de figuras jurídicas, incluso las atípicas e innominadas que, con el paso del tiempo y de acuerdo con su nivel de desarrollo e impacto social, terminan, en veces, siendo reguladas por el ordenamiento jurídico de un Estado en cuanto a sus elementos y supuestos de hecho (tipicidad) y dándoles un *nomen iure* (denominación legal).

Para el caso colombiano, su positivización tuvo ocurrencia con la expedición de la Ley 80 de 1993, artículos 6.º y 7.º, en el primero de los cuales se les otorgó *capacidad*

para contratar con las entidades estatales y, en el segundo, fueron esbozados algunos elementos, básicamente de responsabilidad frente al componente sancionatorio por el incumplimiento del contrato estatal celebrado, lo cual, en últimas, termina estableciendo, bajo esa particular legislación, la diferencia entre el consorcio y la unión temporal.

Como no se consideran sociedades, ni siquiera de hecho, para efectos prácticos la citada Ley 80 de 1993 dispuso en el inciso segundo del párrafo primero que *«Los miembros del consorcio y de la unión temporal deberán designar la persona que, para todos los efectos, representará al consorcio o unión temporal y señalarán las reglas básicas que regulen las relaciones entre ellos y su responsabilidad»*, sin que por ello se consideren dotadas de personalidad jurídica.

Una primera aproximación a estas figuras, desde el punto de vista judicial, tuvo lugar cuando la Corte Constitucional examinó el párrafo 2.º del art. 7.º de la Ley 80 de 1993, sobre el cual, en sentencia CC C-414-1994, expresó:

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

En la exposición de motivos correspondiente al proyecto de ley sobre contratación administrativa que presentó el Gobierno a la Cámaras Legislativas, convertido luego en la ley 80 de 1993, se expresó sobre el particular:

"sin duda el fenómeno de la especialidad cada día va adquiriendo mayor preponderancia en el mundo de los negocios y del comercio. La mayor eficiencia y la menor ineficacia como condiciones de la implantación dentro del comercio de la llamada "ventaja comparativa" ha provocado la aludida especialidad. En razón a ello, cada vez se hace más necesaria la unión de dos o más personas con el fin de hacer factible la prestación de un servicio, la ejecución de una obra, etc., brindando cada uno mayor calidad y eficiencia en razón de su especialidad, y evitando así los mayores costos y efectos negativos que puedan derivarse de la realización aislada y particular de actividades respecto de las cuales no se es el más apto".

El artículo 7o. de la mencionada ley se refiere al consorcio, pero en lugar de definir su contenido esencial, ofrece una relación descriptiva de la figura señalando los elementos instrumentales y vinculantes que lo conforman; es así como la norma determina que el consorcio surge "...cuando dos o más personas 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".

Se tiene de lo anterior que según la ley, el consorcio es un convenio de asociación, o mejor, un sistema de mediación que permite a sus miembros organizarse mancomunadamente para la celebración y ejecución de un contrato con el Estado, sin que por ello pierdan su individualidad jurídica, pero asumiendo un grado de responsabilidad solidaria en el cumplimiento de las obligaciones contractuales.

Lo que se ha expresado para el consorcio puede aplicarse del mismo modo para la "unión temporal", si se tiene en cuenta el texto del numeral segundo del mismo artículo 7o. Sin embargo, la norma en cita introdujo a la figura una variante que justifica la diferencia con el consorcio y explica de paso su razón de ser.

La exposición de motivos al proyecto de ley, explica dicha diferencia de la siguiente manera:

"En cuanto a la unión temporal, definida igualmente en el artículo 7o., puede decirse que se trata de una figura que reúne todas las características genéricas del consorcio, siendo su diferencia específica la posibilidad de que quienes la integran determinen cuál ha de ser el alcance y contenido de la participación de cada uno en la ejecución del objeto contratado, de tal manera que, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria

por el cumplimiento de la propuesta y del contrato, los efectos de los actos sancionatorios recaigan exclusivamente sobre la persona que incurrió en la falta o en el incumplimiento de que se trate. De esta forma se busca facilitar la participación conjunta de oferentes nacionales y extranjeros o de personas con capacidades económicas diferentes".

Posteriormente, el Alto Tribunal Constitucional, frente a una demanda de los artículos 6.º y 7.º de la Ley 80 de 1993, en sentencia CC C-949-2001 adoctrinó:

La Ley 80 de 1993, al crear las figuras de los consorcios y uniones temporales y constituir las como sujetos de la contratación administrativa, reconoce una realidad del mundo comercial que son los denominados "contratos de colaboración económica", que en la hora actual se celebran para la efectiva realización de proyectos de contratación pública altamente especializados e intensivos en capital y así mismo indispensables para que el Estado Social de Derecho, cumpla los cometidos para los cuales fue instituido (Preámbulo y artículos 1 y 2 Superiores).

En torno a la capacidad contractual de los consorcios y uniones temporales la jurisprudencia constitucional ha expresado que el Estatuto de contratación les reconoce este atributo *sin exigirles como condición de su ejercicio la de ser personas morales*. También ha dicho que *el consorcio es un convenio de asociación, o mejor, un sistema de mediación que permite a sus miembros organizarse mancomunadamente para la celebración y ejecución de un contrato con el Estado, sin que por ello pierdan su individualidad jurídica, pero asumiendo un grado de responsabilidad solidaria en el cumplimiento de las obligaciones contractuales*.^[14]

No es la primera vez que esta Corporación tiene la oportunidad de pronunciarse respecto de una argumentación como la presentada en esta ocasión por el impugnante. En efecto, habiéndose censurado el artículo 2º de la Ley 80 de 1993, por considerar que le otorgaba capacidad contractual a ciertas entidades que carecen de personería jurídica, la Corte fue enfática al expresar que siendo éste un atributo de naturaleza legal nada impedía que el legislador no lo tuviera en cuenta para efectos de regular lo concerniente a la capacidad para contratar.

Sobre el particular conviene advertir que el legislador fue consciente de tal determinación y así consta en la exposición de motivos de la Ley 80 de 1993, donde se expresó:

"El proyecto respecto de la competencia para contratar alude a entidades estatales, sin que sean identificadas con la noción de personalidad jurídica. Lo anterior significa que al referirse a la competencia y por tanto, a los sujetos del contrato, no se "hable solamente de personas como ocurría en el pasado, sino por lo que hace al sector oficial de la contratación, a la parte pública del contrato, al extremo público del contrato hablamos de entidades públicas y al hablar de entidades públicas no es necesario que ellas tengan personería jurídica." Se subraya

Debe anotarse que, en la intervención de los consorcios y uniones temporales como uno de los extremos de la relación contractual, la autonomía de la voluntad está expresada por las actuaciones de sus miembros, que son los que al celebrar el respectivo contrato finalmente responden por las acciones u omisiones que se presenten con ocasión de la gestión contractual consorcial o de la asociación temporal.

Y si quienes actúan en nombre de los consorcios y uniones temporales son personas naturales que de conformidad con la ley civil tienen capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, es preciso señalar, que tales personas son las llamadas a responder en el evento en que se presenten acciones u omisiones de las cuales se puedan derivar algún tipo de responsabilidad.

Cabe apreciar que la única diferencia entre las dos figuras radica en que en la unión temporal la imposición de sanciones por incumplimiento de las obligaciones derivadas de la propuesta o del contrato, se individualiza en cabeza de los integrantes de aquélla, según el grado de participación de cada uno de ellos en la ejecución de tales obligaciones, mientras que en el consorcio no se da dicha individualización y responderán por tanto solidariamente todos los miembros del consorcio frente a las correspondientes sanciones.

Es verdad que el inciso 2º del artículo 95 Superior, señala que toda persona está obligada a cumplir con la Constitución y la Ley. La institución de las uniones temporales y de los consorcios tiene la aptitud legal para cumplir con este mandato constitucional, por cuanto el canon constitucional señala el deber de que las personas se sometan al ordenamiento jurídico, y estos sujetos contractuales también se someten a la norma superior en la medida que sus miembros responden ante el Estado por todas sus actuaciones.

No hay que olvidar que el legislador facultado por el Constituyente para expedir el estatuto general de contratación artículo 150, inciso final Superior, le otorgó capacidad para señalar a los consorcios y uniones temporales como sujetos capaces para celebrar contratos, reconociendo que son un instrumento de cooperación entre empresas, que les permita

desarrollar ciertas actividades, a través de la unión de esfuerzos técnicos, económicos y financieros con el fin de asegurar la más adecuada y eficiente realización de las mismas.

Así las cosas y como corolario de lo expresado, resulta claro para la Corte que las normas acusadas no desconocen ningún principio ni regla constitucional, y por lo tanto serán declaradas exequibles. (Subrayas y cursivas propias)

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

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

Artículo 44. Capacidad para ser parte y para comparecer al proceso. Toda persona natural o jurídica puede ser parte en un proceso.

Tienen capacidad para comparecer por sí al proceso, las personas que pueden disponer de sus derechos. Las demás deberán comparecer por intermedio de sus representantes, o debidamente autorizadas por estos con sujeción a las normas sustanciales.

Las personas jurídicas comparecerán al proceso por medio de sus representantes, con arreglo a lo que disponga la Constitución, la ley o los estatutos.

Cuando el demandado sea una persona jurídica que tenga varios representantes o mandatarios generales distintos de aquellos, podrá citarse a cualquiera de ellos, aunque no esté facultado para obrar separadamente.

Cuando los padres que ejerzan la patria potestad estuvieren en desacuerdo sobre la representación judicial del menor, el juez le designará curador ad litem, a solicitud de cualquiera de ellos o de oficio.

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

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

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

Vale decir que a las personas naturales y jurídicas a quienes tradicionalmente se les había reconocido esa capacidad, se agregaron los patrimonios autónomos, el concebido y los demás que determine *la ley*.

Y, creo, allí comienza a marcarse una diferencia importante en este aspecto, pues la propia legislación procesal señaló que correspondía a la *ley* determinar quién o quiénes más gozaban de tal atribución, dentro de la libertad

de configuración legislativa que se ha reconocido al Congreso, tal cual ocurrió en su momento, por ejemplo, con el listado de entidades estatales a quienes sin tener personería se les otorgó capacidad contractual, *para los sólo efectos* de la Ley 80 de 1993, según la voces del artículo 2.º de ese precepto o lo ya reseñado en relación con los artículos 6.º y 7.º de la misma normativa, en cuanto permitió a los consorcios y las uniones temporales *contratar* con las entidades estatales, sin que tampoco tengan la calidad de personas jurídicas.

El panorama, que como se ha visto era claro, cambió sutilmente, cuando el Consejo de Estado, en la sentencia CE SPL, 25 sep. 2013, rad. 25000-23-26-000-1997-03930-01(19933) (sic), modificó la tesis tradicional para sostener que:

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

La sentencia de la cual me aparto, optó mayoritariamente por acoger las tesis expuestas en la providencia del Consejo de Estado en cita, para con base en ello colegir que lo que allí se infirió para el proceso contencioso administrativo, opera, con similares razones, para el proceso laboral.

No tiene por propósito central este escrito cuestionar los fundamentos del Consejo de Estado para arribar a las conclusiones a las cuales llegó, lo cual sería posible a la luz de lo prescrito en el Código de Procedimiento Civil, pero aún más en relación con el Código General del Proceso, pues ya se advirtió que aunque en cuanto a la capacidad para ser parte el legislador abrió el compás en un ángulo mayor al existente en la legislación pretérita, lo cierto e irrefutable es que estableció que la propia ley determinaría, quienes otros, aparte de los allí enlistados, podrían tener la pregonada capacidad.

Como el propósito es más modesto, he de manifestar, en lo que aquí interesa, que no se tuvo en cuenta a la hora de marcar el giro jurisprudencial que ahora reprocho, que el mentado fallo del Consejo de Estado selló sus propios límites con meridiana claridad al señalar:

También debe precisarse que la tesis expuesta solo está llamada a operar en cuanto corresponda a los litigios derivados de los contratos estatales o sus correspondientes procedimientos de selección, puesto que la capacidad jurídica que la Ley 80 otorgó a los consorcios y a las uniones temporales se limitó a la celebración de esa clase de contratos y la consiguiente participación en la respectiva selección de los contratistas particulares, sin que, por tanto, la aludida capacidad contractual y sus efectos puedan extenderse a otros campos diferentes, como los relativos a las relaciones jurídicas que, de manera colectiva o individual, pretendan establecer los integrantes de esas agrupaciones con terceros, ajenos al respectivo contrato estatal, independientemente de que tales vínculos pudieren tener como propósito el desarrollo de actividades encaminadas al cumplimiento, total o parcial, del correspondiente contrato estatal.

[...]

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

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

En consecuencia, a partir del presente proveído se concluye que tanto los consorcios como las uniones temporales sí se encuentran legalmente facultados para concurrir, por conducto de su representante, a los procesos judiciales que pudieren tener origen en controversias surgidas del procedimiento administrativo de selección de contratistas o de la celebración y ejecución de los contratos estatales en relación con los cuales tengan algún interés, cuestión que de ninguna manera excluye la opción, que naturalmente continúa vigente, de que los integrantes de tales consorcios o uniones temporales también puedan, si así lo deciden y siempre que para ello satisfagan los requisitos y presupuestos exigidos en las normas vigentes para el efecto, comparecer a los procesos judiciales —bien como demandantes, bien como demandados, bien como terceros legitimados o incluso en la condición de litisconsortes, facultativos o necesarios, según corresponda—, opción que de ser ejercida deberá consultar, como resulta apenas natural, las exigencias relacionadas con la debida integración del contradictorio, por manera que, en aquellos eventos en que varios o uno solo de los integrantes de un consorcio o de una unión temporal concurren a un proceso judicial, en su condición individual e independiente, deberán satisfacerse las reglas que deban aplicarse, según las particularidades de cada caso específico, para que los demás integrantes del correspondiente consorcio o unión temporal

deban o puedan ser vinculados en condición de litisconsortes, facultativos o necesarios, según corresponda. (Subrayas y cursivas propias)

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

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

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

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

Precisamente la primera de las providencias mencionadas sostuvo que:

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

El entendimiento de que el pronunciamiento del Consejo de Estado, que además fue reiterado en providencia de esa Corporación CE ST SA, 25 sep. 2013, rad. 25000-23-26-000-1997-03928-01(20529), no varió la doctrina respecto de la capacidad para ser parte de los consorcios y uniones temporales fuera del ámbito de la contratación estatal no es un pensamiento solitario en la jurisdicción ordinaria, pues con posterioridad a ellos, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia manifestó en providencia CSJ AC1251-2019:

3. Por ser pertinente para este asunto, conviene anotar que con respecto a la presentación de la demanda por parte de Consorcios o las Uniones Temporales, la Corte ha expresado que estos “no pueden acudir directamente al proceso como demandantes o como demandados, sino que deben hacerlo a través de las personas que lo integran” (CSJ SC del 13 de septiembre de 2016). Así también lo ha expresado el Consejo de Estado, cuando en fallo de unificación expuso que “...Obviamente en el campo regido de manera exclusiva por las normas de los Códigos Civil o de Comercio, en los cuales las agrupaciones respectivas también carecen de personalidad jurídica, la falta de regulación al respecto determina que la comparecencia en juicio deban hacerla, en forma individual, cada uno de los integrantes del respectivo extremo contractual”.

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

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

Fecha ut supra.



LUIS BENEDICTO HERRERA DÍAZ