



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN A

Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

Bogotá, D.C., once (11) de febrero de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 25000-23-36-000-2015-02612-01(60.939)

Actor: ASSURANCE CONTROLTECH S.A.S.

Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA

Referencia: MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO (Ley 1437 de 2011)

Temas: LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA – el adjudicatario debe ser vinculado al proceso cuando se pide la nulidad del acto de adjudicación, aun cuando no se solicite la nulidad absoluta del contrato, toda vez que el juez administrativo de oficio, con fundamento en la ilegalidad de los actos previos, puede decretar la nulidad del negocio, de ahí que no pueda señalarse que el adjudicatario no se encuentre legitimado.

El Despacho procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por Procibernética S.A.¹ contra el auto del 2 de febrero de 2018, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante el cual no se declaró probada la excepción de falta de legitimación por pasiva que propuso dicha sociedad.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda y su trámite

El 17 de noviembre de 2015, la sociedad Assurance Controltech S.A.S., a través de su representante legal y por conducto de apoderado judicial, interpuso demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Nación – Ministerio de Defensa – Comando General de las Fuerzas Militares, con el fin de que se declare la nulidad de la Resolución No. 159 del 6 de mayo de 2015, expedida por el director administrativo y financiero del

¹ Integrante de la unión temporal Procibernética - Gts 2015, figura asociativa que fue vinculada al presente proceso por ser la adjudicataria mediante la resolución cuya nulidad se pretende con la demanda objeto de estudio.



Radicación: 250002336000201502612 01 (60.939)
Actor: Assurance ControlTech S.A.S.
Demandado: Nación – Ministerio de Defensa
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

referido Comando, mediante la cual se adjudicó la licitación pública No. 051 de 2015 a la unión temporal Procibernética – Gts 2015.

Como consecuencia de la declaración anterior, a título de restablecimiento del derecho, la parte actora pidió el reconocimiento de \$860'000.0000, por las utilidades que dejó de percibir por no habersele adjudicado la referida licitación pública, pues, a su juicio, su propuesta era la más favorable².

1.1. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante auto del 15 de diciembre de 2015, admitió la demanda y, a su vez, vinculó a la unión temporal Procibernética – Gts 2015, por cuanto fue la adjudicataria a través de la resolución cuya nulidad se pretende con el presente libelo introductorio³.

2. Contestaciones de demanda

2.1. El Ministerio de Defensa contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones. Además de defender la legalidad del acto administrativo cuestionado, propuso las siguientes excepciones de mérito: i) inexistencia del derecho reclamado y ii) ausencia de los elementos de la responsabilidad⁴.

2.2. Procibernética S.A., integrante de la unión temporal adjudicataria, también contestó la demanda y se opuso a cada de una de las pretensiones. Formuló la excepción previa de **falta de legitimación en la causa por pasiva**, con fundamento en que no existe razón para tenerla como <<demandada en el presente asunto>>, toda vez que no se hicieron imputaciones en su contra. Agregó que en la demanda se solicitó la nulidad de acto de adjudicación, mas no la del contrato que posteriormente se suscribió, por lo que, en su criterio, <<no existe ninguna conducta atribuible a Procibernética S.A., ni que pueda implicar interés por parte de esta última en las resultas del proceso>>⁵.

² Folios 1-39 del cuaderno de primera instancia.

³ Folios 42-44 del cuaderno de primera instancia.

⁴ Folios 61-92 del cuaderno de primera instancia.

⁵ Folios 103-158 del cuaderno de primera instancia.



Radicación: 250002336000201502612 01 (60.939)
Actor: Assurance ControlTech S.A.S.
Demandado: Nación – Ministerio de Defensa
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

3. Decisión apelada

En audiencia inicial llevada a cabo el 2 de febrero de 2018, el Tribunal *a quo* dio una explicación previa acerca de que los adjudicatarios de un contrato estatal pueden ser vinculados como terceros con interés o como litisconsortes necesarios en los procesos que se solicita la nulidad del acto de adjudicación⁶. Acto seguido, se pronunció sobre la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por Procibernética S.A., así (se transcribe de forma literal):

“Observa el despacho que se está demandando un acto administrativo de adjudicación y que ese contrato se adjudicó precisamente a la unión temporal Procibernética y que está conformada, entre otros, por la misma excepcionante. Se le ha citado [se refiere a Procibernética S.A.] para respetar su derecho de contradicción, para garantizarle el debido proceso, para que plantee sus argumentos fácticos y jurídicos. Por consiguiente, es mejor estar en el despacho y en esta relación procesal y no que le comuniquen una decisión de pronto que le afecte sus derechos y que usted jamás tuvo la oportunidad de ser escuchada. Entonces, hablamos es de esa legitimación más fáctica y no estamos hablando aún de ninguna responsabilidad y de ningún elemento. Con esas precisiones se resuelve y se declara improcedente la excepción de falta de legitimación en la causa presentada”⁷.

4. Recurso de apelación

Procibernética S.A. interpuso recurso de apelación contra la decisión anterior. En resumen, señaló que no le asiste un interés directo, por cuanto el contrato que se le adjudicó -a la unión temporal que, entre otras, conformó dicha sociedad- ya se ejecutó, ya se entregó a satisfacción y ya se liquidó, de ahí que, a su juicio, *<<las resultas del proceso ni le dan ventaja ni le dan desventaja>>*⁸.

⁶ Al respecto, esto dijo el magistrado conductor del proceso: *“El primer argumento guarda relación con la discusión aún existente respecto a la calidad que ostenta a quien se le adjudica un contrato. Hay una tendencia que habla de que se debe vincular como un tercero con interés a efectos de que tenga la oportunidad precisamente de que sea escuchado y que se le respete su debido proceso porque, si bien no expidió el acto administrativo, sí tiene y actuaba a consecuencia de ese acto administrativo y en algún momento pueden ser afectados sus propios derechos. Hay otra tendencia y que ha sostenido el propio Consejo de Estado en el sentido de otorgarle la naturaleza de litisconsorte necesario a quien se le adjudicó el contrato (...) para señalar que puede ser vinculado como tercero con interés directo”* (minuto 10:05 a 11:30 de la audiencia inicial).

⁷ Minuto 12:22 a 13:10 de la audiencia inicial.

⁸ Minuto 18:04 a 19:22 de la audiencia inicial.



Radicación: 250002336000201502612 01 (60.939)
Actor: Assurance ControlTech S.A.S.
Demandado: Nación – Ministerio de Defensa
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

4.1. Seguidamente, el magistrado sustanciador corrió traslado a la sociedad demandante⁹ del referido recurso de apelación.

En esa oportunidad, Assurance ControlTech S.A.S. expuso que los efectos de la nulidad del acto de adjudicación podría afectar la legalidad del vínculo contractual. Esto dijo (se transcribe de forma literal):

“En consecuencia, el contrato, incluso ejecutado, podría llegar a tener un vicio de legalidad. En ese sentido, la relación que pueda llegar a tener el fallo de este proceso sí puede llegarle a afectar y sí le debe importar, incluso para que esgrima los argumentos que a bien tenga en el desarrollo del proceso”¹⁰.

II. CONSIDERACIONES

1. Procedencia del recurso de apelación interpuesto y competencia de la magistrada ponente para resolverlo

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 180.6¹¹ del CPACA, el recurso de apelación es procedente, porque a través de este se cuestionó la decisión que resolvió sobre la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva.

Al Despacho, en virtud de lo dispuesto en el artículo 125 *ibidem*, le asiste competencia funcional para resolver el medio de impugnación ejercido, por tratarse de una providencia dictada por un Tribunal y, además, porque la decisión que aquí se adoptará no implica la terminación del proceso.

⁹ La entidad demandada y el agente del Ministerio Público no asistieron a la audiencia inicial.

¹⁰ Minuto 19:35 a 20:55 de la audiencia inicial.

¹¹ “Artículo 180. Audiencia inicial. Vencido el término de traslado de la demanda o de la de reconvencción según el caso, el Juez o Magistrado Ponente, convocará a una audiencia que se sujetará a las siguientes reglas:

“(…)”

“6. Decisión de excepciones previas. El Juez o Magistrado Ponente, de oficio o a petición de parte, resolverá sobre las excepciones previas y las de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y prescripción extintiva.

“(…)”

“El auto que decida sobre las excepciones será susceptible del recurso de apelación o del de súplica, según el caso (…)” (se destaca).



489

Radicación: 250002336000201502612 01 (60.939)
Actor: Assurance ControlTech S.A.S.
Demandado: Nación – Ministerio de Defensa
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

2. Caso concreto

Antes de abordar lo pertinente conviene señalar que en el caso objeto de estudio se vinculó a la unión temporal Procibernética – Gts 2015, porque fue la adjudicataria mediante la resolución cuya nulidad se pretende con la demanda.

Pues bien, la controversia en el presente asunto gira en torno a la legitimación en la causa por pasiva de Procibernética S.A., integrante de la unión temporal adjudicataria, por la excepción que en ese sentido propuso dicha sociedad.

En el auto apelado se negó la referida excepción, con fundamento en que se debe garantizar la comparecencia de la adjudicataria para efectos de que ejerza su derecho de contradicción, en vista de que en la demanda se pidió la nulidad del acto de adjudicación; sin embargo, a través del recurso de apelación, Procibernética S.A. insistió en que no estaba legitimada en la causa por pasiva, para lo cual señaló que no le asiste un interés directo en el asunto y que en nada le afectaría los resultados del proceso, por cuanto el contrato que se adjudicó a la unión temporal ya fue ejecutado, e incluso liquidado.

En ese contexto, el Despacho determinará si Procibernética S.A. se encuentra legitimada o no en la causa por pasiva, no sin antes precisar en qué procesos debe garantizarse la comparecencia de los adjudicatarios. Sobre este particular, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha señalado lo siguiente¹²:

“(...) se advierte que al amparo del C.P.A.C.A. en la demanda de nulidad contra los actos previos es procedente la citación del adjudicatario del contrato en calidad de litisconsorte necesario si se pretende la nulidad del contrato sin olvidar que el juez administrativo puede declarar oficiosamente la nulidad del contrato cuando se funde en la ilegalidad de los actos previos, siempre que el contratista haya sido vinculado al proceso en forma oportuna para ejercer el derecho de defensa en relación con la ilegalidad imputada¹³.”

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 29 de octubre de 2018, expediente No. 57.597.

¹³ Original de la cita: “Artículo 141 C.P.A.C.A. Controversias contractuales. (...) El Ministerio Público o un tercero que acredite un interés directo podrán pedir que se declare la nulidad absoluta del contrato. El juez administrativo podrá declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada



Radicación: 250002336000201502612 01 (60.939)
Actor: Assurance Control/Tech S.A.S.
Demandado: Nación – Ministerio de Defensa
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

De la pauta jurisprudencial en cita se desprende que, en los casos en que se pide la nulidad del acto de adjudicación con la respectiva pretensión de nulidad absoluta del contrato estatal, resulta procedente la citación del adjudicatario en calidad de litisconsorte necesario por pasiva.

Lo anterior resulta claro, pero de ahí surge el siguiente interrogante: *¿procede la vinculación del adjudicatario/contratista en procesos en los que se pide únicamente la nulidad del acto de adjudicación, es decir, sin que se solicite la nulidad absoluta del contrato?* La respuesta es sí, por las siguientes razones:

El artículo 44.4 de la Ley 80 de 1993 establece que los contratos son absolutamente nulos cuando *<<se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten>>*. A su vez, el artículo 45¹⁴ *ibidem* consagra, entre otras cosas, que la nulidad absoluta puede ser decretada de manera oficiosa.

En consonancia con lo expuesto, el artículo 141.3 del CPACA¹⁵ señala que el juez administrativo podrá declarar oficiosamente la nulidad absoluta del contrato estatal cuando se encuentre plenamente demostrada, siempre y cuando en el proceso judicial hayan intervenido las partes contratantes.

Bajo ese panorama normativo, en los asuntos en que se pide únicamente la nulidad del acto de adjudicación también debe garantizarse la comparecencia del adjudicatario o del contratista, toda vez que la eventual nulidad del referido acto previo conduce, en los términos del artículo 44.4 de la Ley 80 de 1993, a la nulidad absoluta del contrato, esta última que puede ser declarada de manera oficiosa por el juez administrativo, siempre y cuando el adjudicatario o contratista hubiese intervenido en el proceso judicial, tal como lo establece el artículo 141 del CPACA.

en el proceso, siempre y cuando en él hayan intervenido las partes contratantes o sus causahabientes”.

¹⁴ *“Artículo 45. De la nulidad absoluta. La nulidad absoluta podrá ser alegada por las partes, por el agente del ministerio público, por cualquier persona o declarada de oficio, y no es susceptible de saneamiento por ratificación”.*

¹⁵ El inciso 3º del artículo 141 del CPACA establece: *“El Ministerio Público o un tercero que acredite un interés directo podrán pedir que se declare la nulidad absoluta del contrato. El juez administrativo podrá declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso, siempre y cuando en él hayan intervenido las partes contratantes o sus causahabientes”.*



190

Radicación: 250002336000201502612 01 (60.939)
Actor: Assurance ControlTech S.A.S.
Demandado: Nación – Ministerio de Defensa
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

En otras palabras, aun cuando en la demanda no se solicite la nulidad absoluta del contrato, lo cierto es que, tal como se expuso en la jurisprudencia referida¹⁶, el juez administrativo puede declarar de oficio la nulidad del negocio cuando se funde en la ilegalidad de los actos previos, siempre que el contratista haya sido vinculado al proceso oportunamente para que ejerza su derecho de defensa respecto de la nulidad del acto previo alegada con la demanda¹⁷.

En este caso, la parte actora solamente pidió la nulidad del acto de adjudicación y, en el trámite que se le impartió a la demanda, el Tribunal *a quo* vinculó a la adjudicataria al proceso judicial, decisión ajustada a derecho, por lo explicado en precedencia, en el sentido de que es necesario garantizar su comparecencia a esta causa porque el juez administrativo, con fundamento en la eventual ilegalidad del acto previo demandado, puede declarar de manera oficiosa la nulidad absoluta del contrato que la unión temporal adjudicataria suscribió.

En el recurso de apelación, Procibernética S.A., integrante de la unión temporal adjudicataria, señaló que no estaba legitimada en la causa por pasiva, dado que el contrato que dicha figura asociativa suscribió ya se ejecutó y ya se liquidó; sin embargo, este Despacho no comparte tal argumentación, toda vez que la nulidad absoluta del contrato puede ser decretada de oficio por el juez administrativo, independientemente de que el mismo ya se hubiere ejecutado e incluso liquidado, por lo que las resultas del proceso sí podrían afectarle a la contratista¹⁸, de ahí que, contrario a lo señalado por la parte recurrente, Procibernética S.A., integrante de la unión temporal adjudicataria, sí debe comparecer al proceso para que defienda la legalidad del acto demandado y sus respectivos intereses, por lo que no es cierto que dicha sociedad no esté legitimada en la causa por pasiva.

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 29 de octubre de 2018, expediente No. 57.597.

¹⁷ "Esta Corporación ha sostenido que el Juez puede declarar la nulidad absoluta del contrato, en los casos de la violación comprobada de la ley imperativa, aún en ausencia de disputa explícita en el debate judicial, siempre y cuando: *i*) hayan comparecido al proceso todas las partes del contrato; *ii*) la causal de la nulidad del contrato se encuentre probada en el proceso y, *iii*) no haya ocurrido la caducidad de la acción o, en su caso, la prescripción del derecho que se encuentra afectado por la nulidad" (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 18 de abril de 2016, expediente No. 30.682).

¹⁸ Esta Corporación, en múltiples casos, ha declarado la nulidad absoluta de contratos incluso liquidados (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 1º de marzo de 2018, expediente No. 54.819, entre otros fallos).



Radicación: 250002336000201502612 01 (60.939)
Actor: Assurance ControlTech S.A.S.
Demandado: Nación – Ministerio de Defensa
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

Así las cosas, el Despacho confirmará el auto del 2 de febrero de 2018, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, a través del cual no se declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva de Procibernética S.A., integrante de la unión temporal adjudicataria.

En mérito de lo expuesto, este Despacho del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR el auto del 2 de febrero de 2018, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante el cual se declaró no probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por Procibernética S.A.

SEGUNDO: Por Secretaría, una vez de ejecutoriado este proveído, **DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

CONSEJO DE ESTADO
Por Acuerdo de Estado, emitido a las partes le
procede el presente

22 FEB 2019

A las 6.09 a.m.

MAMG

SECCION TERCERA
SUBSECCION A