

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Apelación de auto que declaró no probadas excepciones previas de tercero interesado / EXCEPCIONES PREVIAS- De litisconsorte necesario por falta de agotamiento del requisito de procedibilidad y caducidad / CADUCIDAD MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Se evidenció presentación dentro del término legal del libelo demandatorio / REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD - Su agotó en debida forma

En el sub examine se tiene que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró no probadas las señaladas excepciones previas y agregó que, pese a que había sido vinculado al proceso como litisconsorte necesario, su calidad era la de tercero interesado. El aludido adjudicatario interpuso recurso de apelación contra dicha decisión en relación con las excepciones de caducidad y falta de agotamiento de conciliación prejudicial. Lo anterior bajo el entendido de que en su calidad de litisconsorte necesario o tercero interesado debió haber sido convocado a conciliación por cuanto sus intereses se verían afectados con la decisión que derivara de este proceso y que, comoquiera que dicho requisito no se surtió con él, el término de caducidad para intentar acción en su contra o vincularlo al proceso no se suspendió, lo que, -a juicio del adjudicatario-, conllevó a configurar la caducidad del medio de control respecto de él particularmente.

LITISCONSORCIO NECESARIO – Se acreditó por adjudicatario de contrato estatal en demandas contra acto de adjudicación / LITISCONSORCIO NECESARIO EN DEMANDAS CONTRA ACTO DE ADJUDICACION - Cuando no se haya ejecutado el contrato estatal es menester su vinculación al proceso

La Sala aclara que, contrario a lo expuesto por el Tribunal de primera instancia, para el caso concreto, el adjudicatario sí ostenta la calidad de litisconsorte necesario, toda vez que de conformidad con la jurisprudencia reiterada de esta Corporación, sin la presencia del adjudicatario del contrato no es posible proferir sentencia respecto del acto de adjudicación, salvo que los contratos ya se hayan ejecutado. **NOTA DE RELATORIA:** Sobre la calidad de litisconsorte necesario del adjudicatario de contrato estatal en los casos en los que se demanda el acto de adjudicación, consultar sentencia de 26 de mayo de 2005, Exp. 25341, MP. Ruth Stella Correa Palacio.

LITISCONSORCIO NECESARIO - Obligación de vincular al proceso a las entidades o personas naturales que guardan relación con el hecho dañoso censurado / LITISCONSORTE NECESARIO - Calidad que ostentan personas a las que afecta de manera directa una decisión judicial / LITISCONSORTE NECESARIO - Deben ser vinculados al proceso por el demandante o de oficio por el juez de conocimiento antes de proferirse sentencia de instancia

Para la Sala resulta claro que en los eventos en que la controversia tenga por objeto una relación jurídica única que deba resolverse de manera uniforme para todos los sujetos de dicha parte, o, como en el caso concreto, se trate de un sujeto que resulte afectado de manera directa con la decisión judicial que se adopte, su comparecencia al proceso se torna obligatoria e indispensable y acoge la calidad de litisconsorte necesario, tal como se le consideró a la compañía ATP Ingeniería S.A.S., en el auto admisorio de la demanda. Así pues, los litisconsortes necesarios podrán ser vinculados en la demanda, de lo contrario el juez, a petición de parte o de oficio, los vinculará al proceso en el auto admisorio de la misma o en cualquier momento antes de proferirse la sentencia de primera instancia, esto con el fin de otorgarles la oportunidad de asumir la defensa de sus intereses dado que la

sentencia los puede afectar. **NOTA DE RELATORIA:** Sobre el litisconsorcio necesario para proferir fallo de instancia, consultar sentencia de 19 de julio de 2010, Exp. 38341, Ruth Stella Correa Palacio.

REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD - No es necesario su agotamiento respecto a cada uno de los litis consortes necesarios / REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD - Su agotamiento es de carácter obligatorio en relación con las entidades de quienes se pretenda reparación del daño / CADUCIDAD DE MEDIO DE CONTROL - Opera de manera igual respecto de demandados o litisconsortes necesarios

En este asunto no le asiste la razón a la parte recurrente en el sentido de que respecto de ella debió surtirse la conciliación extrajudicial, dado que la vinculación al proceso de la compañía adjudicataria del contrato no devino de la demanda interpuesta, sino como consecuencia de la decisión del Tribunal Administrativo a quo –por demás acertada– en el auto admisorio de la demanda y, en tal sentido, no se requería que la parte demandante agotara tal presupuesto de procedibilidad del medio de control. Se reitera que el litisconsorte necesario –como lo es el aquí apelante– puede o, mejor, debe ser vinculado al proceso hasta antes de dictar sentencia de primera instancia, motivo por el cual no es dable predicar que respecto de aquél opera la caducidad de la acción y mucho menos que debió ser objeto de una conciliación extrajudicial cuando no fue sujeto pasivo de la demanda y su vinculación puede darse, incluso, agotado todo el trámite procesal en sede de primera instancia, es decir, cuando el proceso claramente ya ha iniciado su curso y se encuentra a la espera de dictar sentencia.

CADUCIDAD - Noción / CADUCIDAD - Limita el tiempo para ejercer el derecho de acción / CADUCIDAD - Representa un plazo perentorio para que las partes impulsen el litigio / TERMINO DE CADUCIDAD - Constituye el tiempo en el cual el derecho puede ser útilmente ejercitado

En jurisprudencia reiterada se encuentra que la caducidad está unida al concepto de plazo extintivo, es decir, al término prefijado para intentar la acción judicial, de manera que una vez transcurrido éste se produce el resultado de extinguir dicha acción. Por ello, la caducidad debe ser objeto de pronunciamiento judicial oficioso cuando aparezca probada dentro de la actuación procesal. La caducidad es la extinción del derecho a la acción por cualquier causa, como el transcurso del tiempo, de manera que si el actor deja transcurrir los plazos fijados por la ley en forma objetiva, sin presentar la demanda, el mencionado derecho fenece inexorablemente, sin que pueda alegarse excusa alguna para revivirlos. Dichos plazos constituyen entonces, una garantía para la seguridad jurídica y el interés general. Y es que la caducidad representa el límite dentro del cual el ciudadano debe reclamar del Estado determinado derecho; por ende, la actitud negligente de quien estuvo legitimado en la causa no puede ser objeto de protección, pues es un hecho cierto que quien, dentro de las oportunidades procesales fijadas por la ley ejerce sus derechos, no se verá expuesto a perderlos por la ocurrencia del fenómeno indicado.

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Ejercicio oportuno para demandar actos previos del contrato. / CADUCIDAD MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Término de cuatro meses contados a partir del día siguiente a su notificación, comunicación, ejecución o publicación.

Respecto de la oportunidad para ejercer el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de los actos previos a la celebración del contrato, el literal c), numeral 2 del artículo 164 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –CPACA– dispuso (...) un término de cuatro (4) meses, contados desde el día siguiente a la notificación, comunicación o publicación del acto para intentar la nulidad y restablecimiento del derecho respecto de los actos previos a la celebración del contrato, período que, una vez vencido, impide iniciar el aludido medio de control por haberse configurado el fenómeno jurídico procesal de la caducidad.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 164 - NUMERAL 2 - LITERAL C

TERMINO DE CADUCIDAD - Por regla general no es dable su suspensión o renuncia / TERMINO DE CADUCIDAD - Puede ser suspendido por presentarse solicitud de conciliación extrajudicial en derecho / SUSPENSION DEL TERMINO DE CADUCIDAD - Por evidenciarse solicitud de conciliación ante el Ministerio Público / REANUDACION DEL TERMINO DE CADUCIDAD - Cuando se expida por el conciliador una constancia al interesado sobre el resultado de la conciliación respectiva

Esa figura no admite suspensión, salvo que se presente una solicitud de conciliación extrajudicial en derecho, de acuerdo con lo previsto en las Leyes 446 de 1998, 640 de 2001 y el Decreto 1716 de 2009; tampoco admite renuncia y, de encontrarse probada, debe ser declarada de oficio por el juez. En cuanto a la suspensión del término de caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el artículo 21 de la Ley 640 de 2001 y el artículo 3° del Decreto 1716 de 2009 prevén que el término de caducidad se suspende con la presentación de solicitud de conciliación extrajudicial ante el Ministerio Público. (...) En todo evento en el cual se efectúe audiencia de conciliación y esta resulte fallida, el conciliador –tratándose de las conciliaciones extrajudiciales en materia Contencioso Administrativa será el respectivo Agente del Ministerio Público– deberá expedir una constancia al interesado y sólo cuando esto suceda, en los términos del artículo 21 de la Ley 640 y el artículo 3 del Decreto 1617 de 2009, el plazo de caducidad respectivo se reanudará.

FUENTE FORMAL: LEY 640 DE 2001 - ARTICULO 21 / DECRETO 1716 DE 2009 - ARTICULO 3

CADUCIDAD - Representa un plazo perentorio de la oportunidad para reclamar un derecho no para exigirlo respecto de cada demandado

La caducidad se predica sobre la oportunidad que tiene el actor de reclamar un derecho, no sobre el plazo que se tiene respecto de cada demandado o litisconsorte necesario por pasiva comoquiera que estos últimos, como se ha explicado, pueden ser vinculados al proceso de oficio o a petición de parte, incluso hasta el día antes de proferirse sentencia en primera instancia.

CADUCIDAD DE MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - No operó al presentarse demanda dentro del término legal / EXCEPCION PREVIA – No probada por no operar el fenómeno de caducidad

En el sub examine es claro que el actor presentó su demanda contra Ecopetrol y no solo lo hizo oportunamente sino que además agotó el requisito de conciliación prejudicial respecto de esa misma entidad demandada. (...) En consecuencia, no

es procedente la excepción propuesta por ATP Ingeniería S.A.S., en relación con la operancia del fenómeno jurídico procesal de caducidad de la acción porque, se reitera, la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto administrativo que adjudicó un contrato fue promovida por la parte actora dentro del término previsto en la ley.

REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD - Su agotamiento no es de menester cumplimiento respecto de todos los litisconsortes necesarios por pasiva / CONCILIACION EXTRAJUDICIAL - De carácter obligatorio en relación con las entidad o personas demandas / EXCEPCION PREVIA - Se declara no probada por encontrarse agotado en debida forma el requisito de procedibilidad para demandar

Tampoco es de recibo para la Sala que el demandante deba citar a conciliación a todos los litisconsortes necesarios por pasiva. La ley prevé ese requisito frente a la persona que será demandada y respecto de la cual se pretende lograr condenas de contenido pecuniario. En línea con lo anterior, la Sala confirmará la decisión apelada, dado que a partir del análisis que aquí se ha efectuado, se impone concluir que no están probadas las excepciones propuestas por ATP Ingeniería S.A.S.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION A

Consejero ponente: HERNAN ANDRADE RINCON (E)

Bogotá, D.C., catorce (14) de septiembre de dos mil quince (2015)

Radicación número: 25000-23-36-000-2013-01437-01(52378)

Actor: TOTAL WASTE MANAGEMENT

Demandado: ECOPETROL S.A.

Referencia: APELACION DE AUTO - LEY 1437 DE 2011 - MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto contra el auto proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la audiencia inicial celebrada el 2 de septiembre de 2014, mediante el cual se declararon no probadas las excepciones de falta de agotamiento del requisito de conciliación prejudicial, caducidad, inepta demanda por incumplimiento de requisitos formales y trámite diferente al que corresponde, propuestas por la sociedad ATP Ingeniería S.A.S.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda.

En escrito presentado el 9 de agosto de 2013, la empresa Total Waste Management –TWM-, por conducto de apoderado judicial, presentó demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, con el fin de que *“se declare la nulidad de la asignación de dos contratos dentro del proceso de selección o concurso cerrado No. 50017603, cuyo objeto era el servicio de tratamiento integral mediante procesos de recuperación de fases aprovechables, transporte para disposición final, de los residuos aceitosos generados en la operación de los campos de la Superintendencia de Operaciones de Mares y Superintendencia de Operaciones La Cira Infantas, de propiedad de ECOPETROL S.A. (...)”*

A título de restablecimiento del derecho se solicitó que *“se condene a ECOPETROL a reconocer y pagar a mi representada una suma equivalente a la utilidad esperada por mi representado, equivalente al 10% del valor de los contratos si le hubieren sido asignados dentro del proceso de selección o concurso cerrado No. 50017603”¹.*

1.2. Como hechos relevantes de la demanda se expusieron:

- Que el 20 de septiembre de 2012, ECOPETROL S.A., abrió concurso cerrado 50017603 con el objeto de celebrar dos contratos para el tratamiento integral de reparación de fases aprovechables, transporte para disposición final de residuos aceitosos generados en las Superintendencias de Operación La Cira Infantas y de Mares de Ecopetrol S.A.
- Los proponentes de dicho concurso fueron: HOLSAN S.A., TOTAL WASTE MANAGEMENT S.A., ATP INGENIERIA S.A.S. y VARICHEM DE COLOMBIA.
- Al finalizar el proceso, ECOPETROL expidió acto de asignación con fecha del 8 de enero de 2013, mediante el cual adjudicó los dos contratos a ATP Ingeniería S.A.S.

¹ Fls. 27-73 C 1.

2. En auto del 27 de enero de 2014, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca admitió la demanda y dispuso vincular al proceso como litisconsorte necesario de la parte demandada a la sociedad ATP Ingeniería S.A.S., *“pues es la beneficiaria de la adjudicación del contrato, hecha mediante el acto administrativo demandado, razón por la cual su comparecencia en este proceso es necesaria para emitir una decisión de fondo (...)”*².

3. En escrito presentado el 26 de marzo de 2014, la empresa ATP Ingeniería S.A.S., contestó la demanda y propuso como excepciones previas las de: *i)* inepta demanda por falta de requisitos formales, *ii)* caducidad de la acción respecto de ATP Ingeniería S.A.S., *iii)* inepta demanda por ausencia del requisito de conciliación prejudicial respecto de ATP Ingeniería S.A.S., y *iv)* trámite de proceso diferente al que corresponde³, de conformidad con lo siguiente:

- *I). “(...) es evidente que la parte demandante dentro de la demanda no argumenta unas pretensiones precisas y claras, por cuanto en la primera pretensión, no está debidamente individualizado el acto administrativo demandado, sólo se plasma (...) de una forma escueta, tanto así, que ni siquiera identificaron que la adjudicación es de dos contratos totalmente separados, como consta en el respectivo acto de asignación, en lo atinente a la decisión, debiendo especificar de forma clara y expresa cada pretensión, aunado a ello no se identifica la fecha del acto, las partes intervinientes, el funcionario y/o autoridad que lo profiere, especificando e individualizando claramente el acto administrativo”*⁴.
- *II). “(...) se debe tener en cuenta que inicialmente la demanda se presentó contra la demandada ECOPETROL S.A., y que posterior a ello, fue convocada para hacer parte dentro del proceso, habiendo transcurrido el término legal para iniciar acciones contra la empresa ATP Ingeniería S.A.S., sin haberse agotado el requisito de procedibilidad ante la Procuraduría General de la Nación, por lo cual esa interrupción de términos solo puede tener efectos respecto de los convocados a ese trámite. (...) la omisión en la inclusión de ATP Ingeniería S.A.S. en la Litis, es un error procedimental plenamente previsible y voluntario del actor, y que provoca un agravio a una parte de buena fe, tal conducta destinada, naturalmente debe conllevar una consecuencia lógica, la cual es inevitablemente la prosperidad de la excepción de caducidad aquí propuesta. Lo anterior, porque adicionalmente es claro y se reitera, que la interrupción del término para el cumplimiento del prerequisite de la conciliación ante la procuraduría, solo puede tener efectos frente a las partes convocadas y frente a ATP Ingeniería S.A.S., por no haber sido convocada, no puede surtir efecto alguno”*⁵.

² Fl. 94-95 C. 1.

³ Fls. 139-155 y 163-168 C. 1.

⁴ Fls. 163-168 C. 1.

⁵ Fls. 163-168 C. 1.

- *III). “Se debe tener en cuenta que mi representada ATP Ingeniería S.A.S., no fue demandada dentro de la presente Litis por parte de la demandante TOTAL WASTE, sino que en su lugar, la misma fue convocada oficiosamente por el despacho de conocimiento como litisconsorcio necesario. En este orden de ideas, y en razón a que mi representada ya hace parte dentro del proceso; en cumplimiento a las disposiciones legales administrativas, se debió obligatoriamente convocar a diligencia de conciliación administrativa a la empresa ATP Ingeniería S.A.S., ante la Procuraduría General de la Nación, dentro del expediente no se evidencia dicha acta ante la entidad administrativa competente, puesto que efectivamente no se cumplió con este deber legal”⁶.*
- *IV). “(...) teniendo en cuenta que dentro del procedimiento de licitación realizado por ECOPETROL S.A., no se había adquirido derecho alguno atribuible a la demandante TOTAL WASTE MANAGEMENT S.A., así las cosas, no es procedente el restablecimiento de un derecho que ni siquiera ha nacido a la vida jurídica, tornándose esta acción improcedente al pretender el restablecimiento del derecho, tampoco es dable a la jurisdicción contenciosa la corrección de los yerros que las partes cometan en la elección de las acciones con las cuales pretendan hacer valer sus intereses”⁷.*

4. Proveído impugnado.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante auto proferido en la audiencia inicial el 2 de septiembre de 2014, precisó que ATP Ingeniería S.A.S., vinculado como litisconsorte necesario, ostenta la condición de tercero con interés en el proceso dado que en el caso se pretende la nulidad del acto de adjudicación sin que medien pretensiones contra la aludida compañía y decidió declarar no probadas las excepciones propuestas, de conformidad con lo siguiente:

- *“(...) hay que resolver si cabe exigirle al demandante que agote la conciliación prejudicial respecto de un tercero (...) máxime cuando en este caso claramente fue el Despacho el que ordenó la vinculación forzosa de ese tercero, la respuesta se considera es negativa puesto que, como el interés del tercero es precisamente si las resultas del proceso pueden afectarle o no, no así hay que agotar las pretensiones indemnizatorias necesariamente porque la demandante está reclamando la indemnización de la demandada, en este caso, de ECOPETROL, de modo que no hay ninguna pretensión dirigida a que sea ATP Ingeniería S.A.S., la que tenga que pagarle a la demandante y, como la conciliación prejudicial como mecanismo de terminación anticipada de un conflicto es de naturaleza patrimonial desde su esencia constitucional, se considera entonces que este no es un requisito exigible para la demanda en la cual el juez como instructor del proceso ordena la vinculación de ese tercero. (...) Declara no probada la excepción de no agotamiento de la vía prejudicial.*
- *(...) se insiste, no estaba obligada la parte demandante ni a formular demanda en contra de este tercero y por lo tanto la regla de la caducidad para este tercero no*

⁶ Fls. 163-168 C. 1.

⁷ Fls. 163-168 C. 1.

aplica como si para el demandado, puesto que la condición de tercero es precisamente como su nombre lo indica la de un sujeto extraño a la contradicción entre demandante y demandado, lo que pasa es que ese tercero tiene un interés en este caso patrimonial o de cualquier índole por la controversia contractual que se suscita entre las dos partes de este proceso. En consecuencia, el Despacho declara no probada la excepción de caducidad puesto que se advierte que si bien la demanda fue presentada al vencimiento de los cuatro meses que se tenía para demandar conforme a la legislación procesal, artículo 164 numeral 2 literal C del CPACA, ese término de caducidad no es aplicable para la vinculación del tercero procesal.

- *(...) advertirle al excepcionante que desde la primera oportunidad en el auto -en el que solicité que se aportara la copia del acto atacado con constancia de su notificación y ejecutoria- específicamente individualicé la pretensión, es decir, si para el Despacho era claro desde el inicio cuál era la intención de la demandante, creo que para el tercero vinculado también debió haberlo sido, me refiero al auto del 16 de septiembre cuando en la primera parte indiqué que la sociedad acudía para que se declare la nulidad del acto de adjudicación del concurso cerrado número tal y se condene a la demandada a pagar la suma equivalente a la utilidad. En esa providencia se expresó claramente cuál era el sentido de la pretensión y lo propio se reiteró en el auto del 18 de noviembre del 2013 cuando se inadmitió la demanda. Pero además, revisando el contenido de la demanda y de la contestación, es claro que sí está específicamente individualizado el acto que se ataca. (...) lo que se demanda aquí es la adjudicación de dos contratos de concurso cerrado. En consecuencia, no se advierte que a la demanda le falte alguno de esos requisitos formales, específicamente el de individualizar claramente la pretensión y por ello se declara no probada esta excepción.*
- *El tercero dice que a la demanda se le da un proceso diferente al que corresponde porque no se puede pretender además de la nulidad del acto el restablecimiento de un derecho, pues bien, se considera que esa razón no corresponde al enunciado de haberle dado trámite de un proceso diferente, en primer lugar recordemos que el trámite previsto en las normas procesales para el caso de todo este tipo de medios de control es el ordinario y ese es el que se le ha dado, y en segundo lugar, si se considera que la pretensión no debe ser la de nulidad y restablecimiento del derecho pues este es el marco que la suscrita funcionaria judicial le dio a la demanda desde un principio: el de medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, por eso aplicamos la caducidad de 4 meses, y así se dijo desde el auto inadmisorio. En consecuencia, tampoco se encuentra que haya lugar a declarar probada la excepción así denominada”⁸.*

5. La impugnación.

Dentro de la misma audiencia inicial, la Empresa ATP Ingeniería S.A.S., interpuso recurso de apelación “respecto de la decisión de las excepciones previas denominadas caducidad de la acción respecto de ATP Ingeniería S.A.S., y respecto de la denominada inepta demanda por falta de requisitos formales, ausencia del cumplimiento del requisito de conciliación respecto de ATP Ingeniería”, como fundamento de lo cual señaló lo siguiente:

⁸ Fls. 200-201 y CD Fl. 199 C. Ppal.

“(...) en el asunto que nos ocupa existe una pretensión que de manera directa afecta los intereses de ATP Ingeniería, que ha sido ahora denominado como tercero siendo que reúne los requisitos para ser un litisconsorte necesario, un demandado como debió haber sido convocado desde el comienzo, incluso desde la convocatoria a conciliación. La primera pretensión formulada por la aquí demandante es que se declare la nulidad de la asignación de dos contratos y los numera, efectivamente se trata de un concurso cerrado (...) existen unas reglas y, ese acto de asignación del contrato, dentro de esas reglas implica que es prácticamente el contrato (sic), entonces se está atacando un contrato, se está demandando la nulidad de un contrato y es razonable que las partes que suscriben el contrato sean convocadas al proceso. (...) si persigue la declaratoria de ese acto, se está persiguiendo realmente el contrato y es una situación previsible para el momento en que se decide formular la presente demanda y si se pretende la nulidad de ese acto pues evidentemente no es un acto unilateral, único de ECOPETROL sino que es un acto que es complejo que es el resultado de un proceso de selección (...) el hecho de solicitar la declaración de nulidad del acto de asignación del contrato implica la nulidad de todo el proceso de selección y es evidente que quienes se beneficiaron y quienes participaron son llamados a ser partes en el proceso. (...). Es imposible pretender que ATP Ingeniería no sea convocada como demandada, de hecho los fundamentos de esta demanda surgen en documentos presentados por ATP Ingeniería y en su calificación dada internamente por el comité evaluador en ECOPETROL. Entonces si va a tener efectos jurídicos y si en su esencia hay relación directa con el objeto del proceso, era previsible para el demandante que demandar un acto de asignación implicaba demandar tanto a quien lo emitió como a su beneficiario puesto que hicieron parte del mismo proceso y es completamente público(...).

Teniendo en cuenta lo anterior, todo lo expuesto, se hacía indispensable que ATP Ingeniería fuera convocada a cumplir con el requisito de procedibilidad de la conciliación puesto que se trata de una norma de orden público, de obligatorio cumplimiento y, siendo previsible, (...) esta omisión tiene que tener consecuencias jurídicas dentro del proceso y esto es que dicho incumplimiento debe conllevar a la caducidad respecto de ATP Ingeniería. Esto es, ninguna decisión que se tome dentro del proceso en este escenario tendría por qué afectar a ATP Ingeniería puesto que se le violentó ese derecho de ser convocado a esa audiencia de conciliación y es un prerrequisito, entonces si el proceso continuase de esa manera, dicha declaratoria de nulidad cómo podría no afectar al beneficiario de ese acto de asignación del cual se pretende la nulidad siendo que tendría que obviarse, sería dejar a ECOPETROL con un acto nulo pero que no le surge efectos para el beneficiario, no, se estaría ante un imposible jurídico”.

6. En proveído del 4 de febrero de 2015, se aceptó la manifestación de impedimento proveniente del Doctor Carlos Alberto Zambrano Barrera para conocer del presente asunto⁹.

II. CONSIDERACIONES

⁹ Fl. 207 C. Ppal.

En el *sub examine* se tiene que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró no probadas las señaladas excepciones previas y agregó que, pese a que había sido vinculado al proceso como litisconsorte necesario, su calidad era la de tercero interesado.

El aludido adjudicatario interpuso recurso de apelación contra dicha decisión en relación con las excepciones de caducidad y falta de agotamiento de conciliación prejudicial. Lo anterior bajo el entendido de que en su calidad de litisconsorte necesario o tercero interesado debió haber sido convocado a conciliación por cuanto sus intereses se verían afectados con la decisión que derivara de este proceso y que, comoquiera que dicho requisito no se surtió con él, el término de caducidad para intentar acción en su contra o vincularlo al proceso no se suspendió, lo que, -a juicio del adjudicatario-, conllevó a configurar la caducidad del medio de control respecto de él particularmente.

Previo a resolver el recurso de apelación, la Sala aclara que, contrario a lo expuesto por el Tribunal de primera instancia, para el caso concreto, el adjudicatario sí ostenta la calidad de litisconsorte necesario, toda vez que de conformidad con la jurisprudencia reiterada de esta Corporación, sin la presencia del adjudicatario del contrato no es posible proferir sentencia respecto del acto de adjudicación, salvo que los contratos ya se hayan ejecutado:

*“No ha sido pacífico el debate sobre la naturaleza de la posible relación litisconsorcial existente entre la entidad pública que adjudica un contrato y el contratista beneficiado, cuando se demande la nulidad del acto de adjudicación. No se puede establecer una única posición, porque todo dependerá de las circunstancias en que se desarrolle el litigio. Lo anterior bajo el entendido de que **existirá un litisconsorcio necesario pasivo entre la entidad estatal que adelantó el proceso licitatorio que culminó con la celebración del contrato, y el contratista que lo suscribió, siempre que al momento de admisión de la demanda el contrato se encuentre en ejecución, porque sólo en este supuesto existe un interés directo y serio del contratista en las resultas del proceso dado que puede verse perjudicado con la sentencia que declare la nulidad del acto de adjudicación, por cuanto esa circunstancia se erige en causal de nulidad absoluta del contrato, y le impone a la entidad el deber de terminarlo unilateralmente. (ley 80/93, art. 44 - 4 y 45). Pero si el contrato que se celebró como producto del acto de adjudicación demandado, ya se ejecutó, desaparece el interés que el contratista tendría sobre el resultado del proceso, y éste llevarse a término con o sin su presencia, por cuanto en este evento se configura un litisconsorcio facultativo”**¹⁰. (Se destaca).*

¹⁰ Consejo de Estado. Sección Tercera. CP. Dra. Ruth Stella Correa Palacio. Providencia del 26 de mayo de 2005. Exp. 25341.

En línea con lo anterior, encuentra la Sala que en este caso existe un litisconsorcio necesario entre Ecopetrol y ATP Ingeniería S.A.S., porque para la fecha del auto admisorio de demanda, esto es, 27 de enero de 2014, el contrato se estaba ejecutando; -bajo el entendido que el plazo de ejecución de los contratos adjudicados en el acto demandado es de 1.064 días calendario- y, por tanto, la decisión que pueda adoptarse en esta *litis* afecta directamente los contratos suscritos entre las mencionadas entidades, Ecopetrol y ATP.

Así mismo, el artículo 83 del Código de Procedimiento Civil, aplicable por remisión del artículo 227 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, dispone respecto del litisconsorcio necesario e integración del contradictorio lo siguiente:

*“Cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, no fuere posible resolver de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos, la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas; si no se hiciere así, **el juez en el auto que admite la demanda ordenará dar traslado de ésta a quienes falten para integrar el contradictorio**, en la forma y con el término de comparecencia dispuestos para el demandado.*

*En caso de no haberse ordenado el traslado al admitirse la demanda, **el juez dispondrá la citación de las mencionadas personas, de oficio o a petición de parte, mientras no se haya dictado sentencia de primera instancia**, y concederá a los citados el mismo término para que comparezcan. El proceso se suspenderá durante el término para comparecer los citados.*

Si alguno de los citados solicitare pruebas en el escrito de intervención, el juez resolverá sobre ellas; si las decretare, concederá para practicarlas un término que no podrá exceder del previsto para el proceso, o señalará día y hora para audiencia, según el caso.

Cuando alguno de los litisconsortes necesarios del demandante no figure en la demanda, podrá pedirse su citación acompañando la prueba de dicho litisconsorcio, efectuada la cual, quedará vinculado al proceso”.

De manera que para la Sala resulta claro que en los eventos en que la controversia tenga por objeto una relación jurídica única que deba resolverse de manera uniforme para todos los sujetos de dicha parte, o, como en el caso concreto, se trate de un sujeto que resulte afectado de manera directa con la decisión judicial que se adopte, su comparecencia al proceso se torna obligatoria e

indispensable y acoge la calidad de litisconsorte necesario, tal como se le consideró a la compañía ATP Ingeniería S.A.S., en el auto admisorio de la demanda.

Así pues, los litisconsortes necesarios podrán ser vinculados en la demanda, de lo contrario el juez, a petición de parte o de oficio, los vinculará al proceso en el auto admisorio de la misma o en cualquier momento antes de proferirse la sentencia de primera instancia, esto con el fin de otorgarles la oportunidad de asumir la defensa de sus intereses dado que la sentencia los puede afectar¹¹, tal como se dejó indicado anteriormente.

Por tal motivo es que en este asunto no le asiste la razón a la parte recurrente en el sentido de que respecto de ella debió surtirse la conciliación extrajudicial, dado que la vinculación al proceso de la compañía adjudicataria del contrato no devino de la demanda interpuesta, sino como consecuencia de la decisión del Tribunal Administrativo a quo –por demás acertada– en el auto admisorio de la demanda y, en tal sentido, no se requería que la parte demandante agotara tal presupuesto de procedibilidad del medio de control. Se reitera que el litisconsorte necesario –como lo es el aquí apelante– puede o, mejor, debe ser vinculado al proceso hasta antes de dictar sentencia de primera instancia, motivo por el cual no es dable predicar que respecto de aquél opera la caducidad de la acción y mucho menos que debió ser objeto de una conciliación extrajudicial cuando no fue sujeto pasivo de la demanda y su vinculación puede darse, incluso, agotado todo el trámite procesal en sede de primera instancia, es decir, cuando el proceso claramente ya ha iniciado su curso y se encuentra a la espera de dictar sentencia.

Es por esa razón que en cuanto a la vinculación al proceso de los litisconsortes necesarios se refiere, no puede predicarse que la caducidad del medio de control operó en relación con ellos, pues evidentemente esa figura procesal se predica respecto de la oportunidad que tiene el actor para ejercer su derecho de acción a través de la presentación de la respectiva demanda, lo cual no implica que la caducidad aplique de manera diferente respecto de los demandados o litisconsortes por pasiva.

¹¹ Ver: Consejo de Estado. Sección Tercera. CP. Dra. Ruth Stella Correa Palacio. Providencia del 19 de julio de 2010. Exp. 38341.

En jurisprudencia reiterada se encuentra que la caducidad está unida al concepto de plazo extintivo, es decir, al **término prefijado para intentar la acción judicial**, de manera que una vez transcurrido éste se produce el resultado de extinguir dicha acción. Por ello, la caducidad debe ser objeto de pronunciamiento judicial oficioso cuando aparezca probada dentro de la actuación procesal.

La caducidad es la extinción del derecho a la acción por cualquier causa, como el transcurso del tiempo, **de manera que si el actor deja transcurrir los plazos fijados por la ley en forma objetiva, sin presentar la demanda, el mencionado derecho fenece inexorablemente**, sin que pueda alegarse excusa alguna para revivirlos. Dichos plazos constituyen entonces, una garantía para la seguridad jurídica y el interés general. Y es que la caducidad **representa el límite dentro del cual el ciudadano debe reclamar del Estado determinado derecho**; por ende, la actitud negligente de quien estuvo legitimado en la causa no puede ser objeto de protección, pues es un hecho cierto que quien, dentro de las oportunidades procesales fijadas por la ley ejerce sus derechos, no se verá expuesto a perderlos por la ocurrencia del fenómeno indicado.

Ahora bien, respecto de la oportunidad para ejercer el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de los actos previos a la celebración del contrato, el literal c), numeral 2 del artículo 164 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –CPACA– dispuso:

“La demanda deberá ser presentada:

(...)

2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad:

d) Cuando se pretenda la nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho de los actos previos a la celebración del contrato, el término será de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente a su comunicación, notificación, ejecución o publicación, según el caso. (se destaca).

Al descender al caso concreto, se tiene que la ley consagró entonces un término de cuatro (4) meses, contados desde el día siguiente a la notificación, comunicación o publicación del acto para intentar la nulidad y restablecimiento del derecho respecto de los actos previos a la celebración del contrato, período que, una vez vencido, impide iniciar el aludido medio de control por haberse configurado el fenómeno jurídico procesal de la caducidad.

Esa figura no admite suspensión, salvo que se presente una solicitud de conciliación extrajudicial en derecho, de acuerdo con lo previsto en las Leyes 446 de 1998, 640 de 2001 y el Decreto 1716 de 2009; tampoco admite renuncia y, de encontrarse probada, debe ser declarada de oficio por el juez.

En cuanto a la suspensión del término de caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el artículo 21 de la Ley 640 de 2001 y el artículo 3° del Decreto 1716 de 2009 prevén que el término de caducidad se suspende con la presentación de solicitud de conciliación extrajudicial ante el Ministerio Público y se reanuda ante la ocurrencia de alguno de los siguientes tres eventos:

“a) Que se logre el acuerdo conciliatorio,

b) Se expidan las constancias a que se refiere el artículo 2 de la Ley 640 de 2001,

c) Se venza el término de tres (3) meses contados a partir de la presentación de la solicitud, lo que ocurra primero”. (Se resalta).

Por su parte, el artículo 2 de la Ley 640 de 2001, dispone lo siguiente:

“CONSTANCIAS. El conciliador expedirá constancia al interesado en la que se indicará la fecha de presentación de la solicitud y la fecha en que se celebró la audiencia o debió celebrarse, y se expresará sucintamente el asunto objeto de conciliación, en cualquiera de los siguientes eventos:

- 1. Cuando se efectúe la audiencia de conciliación sin que se logre acuerdo.***
- 2. Cuando las partes o una de ellas no comparezca a la audiencia. En este evento deberán indicarse expresamente las excusas presentadas por la inasistencia si las hubiere.*
- 3. Cuando se presente una solicitud para la celebración de una audiencia de conciliación, y el asunto de que se trate no sea conciliable de conformidad con la ley. En este evento la constancia deberá expedirse dentro de los 10 días calendario siguientes a la presentación de la solicitud.*

En todo caso, junto con la constancia se devolverán los documentos aportados por los interesados. Los funcionarios públicos facultados para conciliar conservarán las copias de las constancias que expidan y los conciliadores de los centros de conciliación deberán remitirlas al centro de conciliación para su archivo”. (Se resalta).

De conformidad con las anteriores disposiciones, en todo evento en el cual se efectúe audiencia de conciliación y esta resulte fallida, el conciliador –tratándose de las conciliaciones extrajudiciales en materia Contencioso Administrativa será el

respectivo Agente del Ministerio Público- deberá expedir una constancia al interesado y sólo cuando esto suceda, en los términos del artículo 21 de la Ley 640 y el artículo 3 del Decreto 1617 de 2009, el plazo de caducidad respectivo se reanudará.

Así las cosas, el término de caducidad debe contabilizarse a partir del día siguiente a la fecha en la cual se notificó el acto acusado en mención –acta de adjudicación de dos contratos-, esto es desde el **10 de enero de 2013**¹² y, por lo tanto, los 4 meses correspondientes vencerían el **10 de mayo del año 2013**.

Sin embargo, obra en el expediente acta de conciliación fallida¹³ expedida por la Procuraduría Once para Asuntos Administrativos, en donde se evidencia que la parte actora presentó solicitud de conciliación prejudicial el **9 de mayo de 2013**, cuando el término de caducidad aún no había fenecido –restaba 1 día-, es decir que desde esa fecha dicho término de caducidad quedó **suspendido**.

El aludido cómputo se **reanudó** con la expedición del acta de conciliación fallida el día **8 de agosto de 2013**, fecha en la que se retomó el conteo del 1 día que restaba cuando se suspendió el término de caducidad, lo cual permite concluir que el plazo para presentar la demanda feneció el **9 de agosto de 2013** y, dado que la demanda se presentó ese mismo día, se impone concluir que **el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho se interpuso en tiempo**.

Se reitera, la caducidad se predica sobre la oportunidad que tiene el actor de reclamar un derecho, no sobre el plazo que se tiene respecto de cada demandado o litisconsorte necesario por pasiva comoquiera que estos últimos, como se ha explicado, pueden ser vinculados al proceso de oficio o a petición de parte, incluso hasta el día antes de proferirse sentencia en primera instancia.

El término de caducidad se le computa al demandante para ejercer su derecho de acción, en el *sub examine* es claro que el actor presentó su demanda contra Ecopetrol y no solo lo hizo oportunamente sino que además agotó el requisito de conciliación prejudicial respecto de esa misma entidad demandada, tal como se acabó de explicar.

¹² Obra a folio 83 del cuaderno 1 constancia de que el ahora demandante quedó notificado por medios electrónicos el 9 de enero de 2013.

¹³ Fl. 44 C. Ppal.

Ni en la ley ni en la jurisprudencia se establece que respecto de los litisconsortes necesarios por pasiva se deba agotar el requisito de conciliación o se tenga determinado lapso para intentar pretensiones; es más, el ahora apelante no hace parte dentro del proceso por haber sido demandado, sino en virtud de una decisión de oficio proferida por la Magistrada Ponente en primera instancia que, además de haber quedado en firme, encuentra todo el respaldo jurisprudencial y normativo por tener la condición de litisconsorte necesario.

En consecuencia, no es procedente la excepción propuesta por ATP Ingeniería S.A.S., en relación con la operancia del fenómeno jurídico procesal de caducidad de la acción porque, se reitera, la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto administrativo que adjudicó un contrato fue promovida por la parte actora dentro del término previsto en la ley.

De igual forma, tampoco es de recibo para la Sala que el demandante deba citar a conciliación a todos los litisconsortes necesarios por pasiva. La ley prevé ese requisito frente a la persona que será demandada y respecto de la cual se pretende lograr condenas de contenido pecuniario.

En línea con lo anterior, la Sala confirmará la decisión apelada, dado que a partir del análisis que aquí se ha efectuado, se impone concluir que no están probadas las excepciones propuestas por ATP Ingeniería S.A.S.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFÍRMASE el auto proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 2 de septiembre de 2014.

SEGUNDO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

HERNÁN ANDRADE RINCÓN

**EDGARDO VILLAMIL PORTILLA
(CONJUEZ)**