

ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Revoca auto que declaró probada la excepción de inepta demanda y dio por terminado el proceso / ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Unión temporal demanda la nulidad de acto de adjudicación de licitación pública / ACTO DE ADJUDICACIÓN - Acto administrativo definitivo susceptible de control judicial / INEPTA DEMANDA - Falta de integración del acto administrativo acusado / INEPTA DEMANDA - No se configuró / ACTA DE AUDIENCIA DE ADJUDICACIÓN - No constituye acto administrativo demandable / ACTO ADMINISTRATIVO DE ADJUDICACIÓN DE CONTRATO - Puso fin al proceso de selección y produjo efectos jurídicos

[E]n el “acta de audiencia” que supuestamente debió ser demandada (según el criterio de la Unión Temporal MT Seguridad) se consignó, entre otras cosas, una “recomendación”, de acuerdo con la evaluación realizada por el comité técnico, asesor y evaluador, dirigida al ordenador del gasto, pero en ningún momento se dispuso la adjudicación del contrato, ni se manifestó la voluntad de la Administración que comprometiera a los oferentes y produjera efectos jurídicos respecto del contrato en cuestión. (...) [E]l ordenador del gasto delegado expidió la Resolución 8606 del 22 de diciembre de 2014, por medio de la cual se adjudicó el contrato a la Unión Temporal MT Seguridad (...) En este punto de la providencia resulta importante precisar que, en el sub lite, el acta de la audiencia de adjudicación no es en sí misma un acto administrativo, debido a que no tiene la virtualidad de producir efecto jurídico alguno (...) [E]l acto administrativo acusado por la parte actora contiene la manifestación de la voluntad de la Administración de adjudicar el contrato, de ahí que sea este y no otro el acto definitivo que puso fin al procedimiento de selección y produjo los respectivos efectos jurídicos que se cuestionan a través de la presente demanda. Lo expuesto con antelación resulta suficiente para revocar la decisión adoptada por el Tribunal a quo, corporación que declaró probada la excepción de inepta demanda con fundamento en las consideraciones expuestas en la sentencia del 16 de marzo de 2015 -exp. 30.546, proferida por la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado. (...) Así las cosas, el Despacho considera que a la parte actora no podía exigírsele demandar de manera conjunta el “acta de audiencia” y la Resolución No. 8606 de 2014, cuando consisten en actuaciones distintas y, por tanto, a diferencia de lo dicho por el a quo, no conforman un acto complejo, razón por la cual la resolución cuestionada en la demanda es la que realmente expresó la voluntad de la Administración, en el sentido de adjudicar el contrato en cuestión. Dicho de otra manera, el hecho de que la parte actora no hubiese demandado el acto administrativo por medio del cual se adjudicó el contrato, en conjunto con el “acta de audiencia” en la que consta todo lo ocurrido en la audiencia de adjudicación, no deviene en la configuración de la excepción de inepta demanda, habida cuenta de que no se advirtió el incumplimiento de los requisitos formales previstos en el CPACA, ni se evidenció una indebida acumulación de pretensiones, razón por la cual no se cumplen los presupuestos del numeral 5 del artículo 100 del CGP, para la prosperidad de este medio exceptivo.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO - ARTÍCULO 100, NUMERAL 5

EXCEPCIONES PREVIAS - Momento procesal para resolverlas / ACTUACIÓN ANORMAL EN PROCESO - Magistrados firmaron acta de audiencia a la que no asistieron / INVESTIGACIÓN DISCIPLINARIA Y PENAL POR IRREGULARIDADES EN AUDIENCIA INICIAL - Orden de compulsar copias a las autoridades correspondientes

[E]n virtud de lo previsto en el numeral 6 del artículo 180 del mencionado cuerpo normativo, el juez o el magistrado ponente en la audiencia inicial resolverá sobre las excepciones previas y las de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y prescripción extintiva. En ese sentido, y en aplicación de los criterios de interpretación de las leyes, debe aplicarse esta disposición -y no lo dispuesto en el artículo 125 ibídem-, por ser posterior y especial en cuanto a las decisiones que se adoptan en la audiencia inicial, de ahí que el ponente sí tenga competencia para resolver sobre las excepciones, independientemente de que con la decisión que adopte ponga fin o no al proceso. (...) [S]e evidencia que se presentó una irregularidad en el sub lite, dado que los demás integrantes de la Sala de Decisión del Tribunal firmaron el acta de la audiencia a la cual no asistieron y en la que, además, se decretó la terminación del proceso -pues si no asistieron a la audiencia no debieron firmar el acta contentiva del desarrollo de la misma-, situación que denota una actuación anormal, que, si bien, no implica que se hubiere configurado alguna de las causales de nulidad previstas en el artículo 133 del CGP, no es óbice para exhortar al Tribunal para que, en lo sucesivo, se abstenga de incurrir en este tipo de prácticas. Así las cosas, el Despacho advierte que la irregularidad evidenciada en el acta de la audiencia inicial, la cual, se reitera, fue suscrita por dos de los magistrados de la Sala de Decisión del Tribunal del Tolima sin haber estado presentes en la diligencia, puede tener connotaciones disciplinarias o penales de los funcionarios judiciales, por tanto, se hace necesario compulsar copias a las autoridades correspondientes para lo de su competencia. **NOTA DE RELATORÍA:** Sobre la naturaleza del acta de la audiencia de adjudicación, cita auto del 2 de febrero de 2005, Exp. 26058, MP. María Elena Giraldo Gómez.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO - ARTÍCULO 133 / LEY 1437 DE 2011 - ARTÍCULO 180

EXCEPCIÓN DE INEPTA DEMANDA / REQUISITOS FORMALES DE LA DEMANDA - Regulación normativa

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 100, numeral 5, del Código General del Proceso, la excepción de inepta demanda tiene lugar -únicamente- cuando se presenta el incumplimiento de los requisitos de forma previstos en el estatuto procesal o cuando se evidencia una indebida acumulación de pretensiones. En este orden de ideas, cabe señalar que la demanda debe cumplir con los requisitos formales establecidos por el legislador, los cuales, para el asunto bajo estudio, están contemplados en el Título V, Capítulo III, de la parte segunda de la Ley 1437 de 2011 y más precisamente en los artículos 162, 163 y 165 de este cuerpo normativo, en relación con la claridad y la precisión de los hechos y de las pretensiones, los fundamentos de derecho, las pruebas que se pretenden hacer valer y la dirección para notificaciones.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO - ARTÍCULO 100, NUMERAL 5 / LEY 1437 DE 2011 - ARTÍCULO 162 / LEY 1437 DE 2011 - ARTÍCULO 163 / LEY 1437 DE 2011 - ARTÍCULO 165

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN A

Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

Bogotá D.C., diez (10) de septiembre de dos mil dieciocho (2018).

Radicación número: 73001-23-33-005-2015-00380-01(59537)

Actor: UNIÓN TEMPORAL FUERZA TOLIMENSE

Demandado: DEPARTAMENTO DEL TOLIMA Y OTRO

Referencia: MEDIO DE CONTROL NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO (AUTO) (LEY 1437 DE 2011)

Temas: INEPTA DEMANDA - se refiere al incumplimiento de los requisitos del Capítulo III del CPACA y a la indebida acumulación de pretensiones / ACTO DE ADJUDICACIÓN - acto administrativo definitivo - contiene la manifestación de voluntad de la entidad contratante y, por ende, es susceptible de control judicial / ACTA DE AUDIENCIA DE ADJUDICACIÓN - en ella deja constancia de todo lo ocurrido en la respectiva audiencia, por ende, no es sí misma un acto administrativo.

Decide el Despacho los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante y por el Ministerio Público en contra de la decisión adoptada por el Tribunal Administrativo del Tolima en audiencia inicial celebrada el 8 de marzo de 2017, mediante la cual declaró probada la excepción de inepta demanda, como consecuencia, dio por terminado el proceso y condenó en costas a la parte demandante.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

El 17 de junio de 2015, la Unión Temporal Fuerza Tolimense, a través de su representante y por conducto de apoderado judicial, presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra el departamento del Tolima y la Unión Temporal MT Seguridad, con el fin de que se hagan las siguientes declaraciones y condenas (se transcribe de forma literal, incluso con los posibles errores):

“3.1. Que se DECLARE LA NULIDAD DE LA RESOLUCIÓN NO. 8606 DEL 22 DE DICIEMBRE DE 2014, expedida por el Secretario de Educación y Cultura del departamento del Tolima en su calidad de ordenador del gasto y ejecutor, por medio de la cual se adjudicó a la UNIÓN TEMPORAL MT SEGURIDAD, la licitación pública No. 017 cuyo objeto era ‘La prestación del servicio de vigilancia y seguridad privada sin armas en las instituciones educativas de los municipios no certificados del Departamento del Tolima’ (...).

“3.2. En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho, se declare que la UNIÓN TEMPORAL FUERZA TOLIMENSE representada por JOSÉ SILVIO ACOSTA, es el proponente que ocupa el primer puesto en el orden de elegibilidad de la licitación pública No. 017 (...).

“3.3. Que como consecuencia de las declaraciones anteriores, a título de indemnización de perjuicios, se ordene al DEPARTAMENTO DEL TOLIMA, a cancelarle dentro del término legal a la UNIÓN TEMPORAL FUERZA TOLIMENSE, la suma de cuatrocientos cincuenta y cuatro millones doscientos noventa y cuatro mil ochocientos cuarenta y dos pesos (\$454'894.842) que le corresponde al AYS que significa ADMINISTRACIÓN y SUPERVISIÓN del contrato (...).”

Los fundamentos fácticos de la demanda son, en síntesis, los siguientes:

El departamento del Tolima, a través de la Secretaría de Educación y Cultura, abrió proceso de licitación pública, con el objetivo de seleccionar un oferente para celebrar un contrato para la *“prestación del servicio de vigilancia y seguridad privada sin armas en las instituciones educativas de los municipios no certificados del Departamento del Tolima”*.

Las empresas Aguiarlarmas Ltda. y Seguridad Las Américas Ltda. constituyeron la Unión Temporal Fuerza Tolimense, con la finalidad de participar en el proceso licitatorio y, como representante, designaron al señor José Silvio Acosta García.

Al proceso de selección concurren cuatro proponentes, entre ellos, la Unión Temporal Fuerza Tolimense (ahora demandante) y la Unión Temporal MT Seguridad (aquí demandada), quienes presentaron sus respectivas propuestas dentro del plazo establecido en el pliego de condiciones definitivo.

El comité técnico, asesor y evaluador del proceso licitatorio solicitó el rechazo de tres de las cuatro propuestas, excepto la presentada por la Unión Temporal MT Seguridad (ahora demandada). Durante la audiencia de adjudicación, realizada el 22 de diciembre de 2014, dicho comité recomendó al ordenador del gasto delegado adjudicar el contrato a dicha unión temporal.

El secretario de Educación y Cultura del departamento del Tolima acogió la recomendación del referido comité y adjudicó el contrato a la Unión Temporal MT Seguridad, por medio de la Resolución No. 8606 de 2014¹.

3. Trámite procesal previo a la expedición del auto apelado

3.1. Mediante auto del 27 de agosto de 2015, el Tribunal Administrativo del Tolima admitió la demanda y ordenó notificar a los demandados².

3.2. La Unión Temporal MT Seguridad contestó la demanda y formuló la excepción de *“inepta demanda por falta de integración del acto administrativo complejo acusado”*, porque no se demandó, de manera conjunta, el acta de audiencia de adjudicación y la Resolución No. 8606 del 22 de diciembre de 2014 -por medio de la cual se adjudicó el contrato-, en cuanto estos conforman un acto complejo. Para sustentar lo anterior, trajo a colación la sentencia del 16 de marzo de 2015 -exp. 30.546-, proferida por la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado³.

3.3. El departamento de Tolima contestó la demanda y se opuso a las pretensiones. Propuso, entre otras, la excepción de *“inepta demanda por indebida escogencia de la acción”*, porque el medio de control procedente era el de controversias contractuales y no el de nulidad y restablecimiento del derecho, dado que *“el período precontractual ya se encuentra superado”*⁴.

4. Decisión apelada

Agotado el trámite legal, una vez instalada la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del CPACA y surtida la etapa de saneamiento, el magistrado conductor del proceso, con fundamento en la sentencia del 16 de marzo de 2015 -exp. 30.546-, proferida por la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado, se pronunció sobre la excepción de inepta demanda, así:

¹ Folio 1180 a 1182 del cuaderno principal.

² Folios 1330 y 1331 del cuaderno principal.

³ Folios 1404 a 1418 del cuaderno principal.

⁴ Folios 1423 a 1436 del cuaderno principal.

“Como se advierte, tal y como lo manifiesta la parte accionada UNIÓN TEMPORAL MT SEGURIDAD, se encuentra probada la excepción de inepta demanda, pues el accionante únicamente solicitó la nulidad de la resolución No. 8606 del 22 de diciembre de 2014, omitiendo integrar el acto contenido en el acta de 22 de diciembre de 2014 que documentó lo acontecido en la audiencia pública.

“En efecto, en la audiencia pública de adjudicación o declaratoria desierta de la licitación pública No. 017 de 2014, se decidió adjudicar el contrato a la UNIÓN TEMPORAL MT SEGURIDAD, la cual fue confirmada mediante Resolución No. 8606 de 22 de diciembre de 2014, constituyéndose en un acto administrativo complejo, pues esta última reprodujo lo decidido en la mencionada audiencia (...)”⁵ (se destaca).

De esta manera, el magistrado ponente declaró probada la excepción de inepta demanda y dio por terminado el proceso. Como consecuencia de lo anterior, el Tribunal *a quo* condenó en costas a la parte demandante⁶.

5. Recursos de apelación

5.1. Unión Temporal Fuerza Tolimense

En lo correspondiente a la ineptitud de la demanda, la parte actora afirmó que la Resolución No. 8606 de 2014 (demandada) fue la única que produjo efectos jurídicos, porque a partir de ese momento la unión temporal adjudicataria del contrato asumió obligaciones con el Estado, de ahí que, a su juicio, no se justifique demandar también el acta de la audiencia de adjudicación.

En su criterio, aceptar que también debía demandarse el acta de la audiencia de adjudicación, sería otorgarle efectos jurídicos diferentes a un documento que en ningún momento vinculó a la entidad contratante. Al respecto, la parte actora expresó (se transcribe de forma literal):

*“La Resolución por medio de la cual se adjudicó la licitación pública No. 017 de 2014, es decir, la resolución 8606 del mismo año es, honorable magistrado, en últimas, la que irroga efectos jurídicos en la medida que es la que determinó efectivamente adjudicar la licitación, es decir, solo a partir de este momento la persona favorecida podría empezar a desarrollar lo propio de sus obligaciones asumidas, aceptar lo contrario (...) sería lo mismo que permitir que tengamos que demandar un acta donde no existe la firma del funcionario con la autoridad para obligar y obligarse en este caso al departamento del Tolima, (...) **el ordenador del gasto es la única persona que puede***

⁵ Minuto 8:57 a 27:50 de la grabación de la audiencia inicial, contenida en el CD que obra a folio 103 del cuaderno de principal.

⁶ Minuto 26:52 a 27:04 de la grabación de la audiencia inicial, contenida en el CD que obra a folio 103 del cuaderno de principal

comprometer y, para el caso concreto, el comité ‘se permite recomendar’ el acto de recomendar no amarra al funcionario (...) simplemente es una recomendación (...). El acto material de entregarle a uno de los licitantes el desarrollo del contrato derivado de la licitación es única y exclusivamente potestad del Secretario que suscribió (...).

“La cita que se hace de la jurisprudencia del Consejo de Estado es una situación totalmente distinta de la que aquí nos ocupa porque en aquella situación, en esa acta, no solo se estudió y examinaron las propuestas, sino que esa misma acta dispuso adjudicación y, a posteriori, esa acta que ordenó adjudicación fue avalada por el funcionario competente”⁷ (se destaca).

5.2. Ministerio Público

El representante del Ministerio Público interpuso recurso de apelación en relación con dos aspectos de la decisión.

En primera medida se pronunció frente al trámite de la audiencia inicial y consideró que se presentó una irregularidad en el desarrollo de la misma, pues, aunque en el CPACA se establece que las decisiones que ponen fin al proceso deben ser adoptadas por la totalidad de los miembros que integran la Sala, en dicha audiencia únicamente hizo presencia el ponente y este adoptó la decisión de terminar el asunto de la referencia sin que estuvieran los demás magistrados, lo que, en su criterio, devino en un error procedimental⁸.

En relación con la excepción de inepta demanda, indicó que la demanda cumple con todos los requisitos necesarios para que sea estudiada de fondo por el *a quo*, debido a que el acto enjuiciado es el que contiene la manifestación de voluntad de la Administración y produjo efectos jurídicos⁹.

6. Trámite del recurso

El Tribunal Administrativo del Tolima, durante la audiencia inicial, concedió los recursos de apelación presentados¹⁰.

⁷ Minuto 28:33 a 32:52 de la grabación de la audiencia inicial, contenida en el CD que obra a folio 103 del cuaderno de principal.

⁸ Minuto 36:52 a 37:58 de la grabación de la audiencia inicial, contenida en el CD que obra a folio 103 del cuaderno de principal.

⁹ Minuto 38:02 a 38:40 de la grabación de la audiencia inicial, contenida en el CD que obra a folio 103 del cuaderno de principal.

¹⁰ Minuto 39:50 a 40:54 de la grabación de la audiencia inicial, contenida en el CD que obra a folio 103 del cuaderno de principal.

El expediente fue recibido en el Consejo de Estado el 27 de marzo de 2017¹¹ e ingresó al Despacho de la ponente para decidir sobre el recurso de apelación el 28 de junio del mismo año¹².

II. CONSIDERACIONES

1. Procedencia de los recursos de apelación y competencia del Despacho

De conformidad con el artículo 180.6¹³ del CPACA, los recursos de apelación son procedentes, porque a través de estos se cuestiona la decisión que resolvió sobre la excepción de inepta demanda.

Asimismo, se advierte que el Ministerio Público estaba facultado para interponer el respectivo recurso de apelación, debido a que este tiene como finalidad lograr la protección del ordenamiento jurídico, lo cual resulta acorde con lo dispuesto en el artículo 303 del CPACA¹⁴ y los parámetros establecidos en la jurisprudencia de esta corporación¹⁵.

¹¹ Folio 1520 del cuaderno del Consejo de Estado.

¹² Folio 1523 del cuaderno del Consejo de Estado.

¹³ Artículo 180: *“Vencido el término de traslado de la demanda o de la de reconvención según el caso, el Juez o Magistrado Ponente, convocará a una audiencia que se sujetará a las siguientes reglas:*

“(...)”.

“6. 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).

¹⁴ Artículo 303. *“El Ministerio Público está facultado para actuar como demandante o como sujeto procesal especial y podrá intervenir en todos los procesos e incidentes que se adelanten ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en defensa del orden jurídico, del patrimonio público y de los derechos y garantías fundamentales (...)”*.

¹⁵ Al respecto se puede consultar decisión del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de unificación del 17 de septiembre de 2014, expediente. 44.541. M.P. Enrique Gil Botero, a cuyo tenor: *“(...) la posibilidad de interponer recursos (...) es una herramienta procesal a través de la que se garantiza la materialidad de los objetivos fijados por el Constituyente. No quiere ello significar que el Ministerio Público pueda desplazar a las demás partes, sino que, es posible que con miras a la protección del patrimonio público, del ordenamiento jurídico y de los derechos fundamentales haga uso de los instrumentos que le brinda el ordenamiento adjetivo para el cometido de sus fines”* (se destaca).

Al Despacho, en virtud de lo dispuesto en el artículo 125¹⁶ y 150¹⁷ *ibídem*, le asiste competencia funcional para resolver el medio de impugnación ejercido, por tratarse de la apelación de una providencia dictada por un Tribunal Administrativo y, además, porque la decisión que aquí se adoptará no implica la terminación del proceso, según se explicará más adelante.

2. Caso concreto

El Despacho se ocupará de analizar, en primer lugar, el argumento del recurso de apelación formulado por el representante del Ministerio Público, en relación con el trámite de la audiencia inicial y la forma en que se adoptó la decisión recurrida sin la presencia de los demás integrantes de la Sala de Decisión del Tribunal.

Posteriormente, se abordarán, de manera conjunta, las impugnaciones formuladas contra la providencia que declaró probada la excepción de inepta demanda, habida cuenta de que existe identidad en los planteamientos esbozados tanto por la parte actora como por el agente del Ministerio Público.

2.1. Irregularidad en el trámite de la audiencia inicial

De acuerdo con lo establecido en el artículo 125 del CPACA, las decisiones que pongan fin al proceso deben ser adoptadas por la Sala en el caso de los jueces colegiados, excepto en los casos de única instancia, por tanto, como en la decisión impugnada se declaró la terminación del proceso, en principio, dicha decisión debió ser declarada por la totalidad de los magistrados que integran la Sala, quienes no se encontraban presentes en la audiencia, a pesar de suscribir el acta de la misma.

¹⁶ Artículo 125: “Será competencia del juez o Magistrado Ponente dictar los autos interlocutorios y de trámite; sin embargo, en el caso de los jueces colegiados, las decisiones a que se refieren los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 243 de este Código serán de la sala (...)”.

¹⁷ Artículo 150: “El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación por parte de los tribunales, o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se concedan los extraordinarios de revisión o de unificación de jurisprudencia”.

Sin embargo, conviene señalar que, en virtud de lo previsto en el numeral 6 del artículo 180 del mencionado cuerpo normativo, **el juez o el magistrado ponente en la audiencia inicial resolverá sobre las excepciones previas** y las de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y prescripción extintiva. En ese sentido, y en aplicación de los criterios de interpretación de las leyes¹⁸, debe aplicarse esta disposición *-y no lo dispuesto en el artículo 125 ibídem-*, por ser posterior y especial en cuanto a las decisiones que se adoptan en la audiencia inicial, de ahí que el ponente sí tenga competencia para resolver sobre las excepciones, independientemente de que con la decisión que adopte ponga fin o no al proceso.

Además, vale la pena resaltar que el artículo 180 del CPACA se encuentra contenido dentro del Título VI, capítulo V de dicho estatuto normativo, que se denomina *“Etapas del proceso y competencias para su instrucción”* lo cual, aunado al criterio cronológico y de especialidad de interpretación de las leyes, constituye una razón adicional para reafirmar que la competencia para dictar este tipo de decisiones se encuentra radicada en el ponente y no en la Sala.

Sin perjuicio de lo anterior, se evidencia que se presentó una irregularidad en el *sub lite*, dado que los demás integrantes de la Sala de Decisión del Tribunal firmaron el acta de la audiencia a la cual no asistieron y en la que, además, se decretó la terminación del proceso *-pues si no asistieron a la audiencia no debieron firmar el acta contentiva del desarrollo de la misma-*, situación que denota una actuación anormal, que, si bien, no implica que se hubiere configurado alguna de las causales de nulidad previstas en el artículo 133 del CGP¹⁹, no es óbice para

¹⁸ i) Criterio jerárquico o de primacía: la norma superior prima sobre la inferior (v.gr. la ley estatutaria del derecho de petición (vs) la Ley 1437 de 2011); ii) criterio cronológico: reconoce la prevalencia de la norma posterior sobre la anterior (v.gr. la ley 1437 de 2011 (vs) el Decreto-ley 01 de 1984) y iii) criterio de especialidad: norma especial prima sobre la general, inclusive cuando esta última sea posterior (v.gr. la Ley 1437 de 2011 (vs) la ley 1564 de 2012).

¹⁹ Artículo 133. *“El proceso es nulo, en todo o en parte, solamente en los siguientes casos:*

“1. Cuando el juez actúe en el proceso después de declarar la falta de jurisdicción o de competencia.

“2. Cuando el juez procede contra providencia ejecutoriada del superior, revive un proceso legalmente concluido o pretermite íntegramente la respectiva instancia.

“3. Cuando se adelanta después de ocurrida cualquiera de las causales legales de interrupción o de suspensión, o si, en estos casos, se reanuda antes de la oportunidad debida.

“4. Cuando es indebida la representación de alguna de las partes, o cuando quien actúa como su apoderado judicial carece íntegramente de poder.

“5. Cuando se omiten las oportunidades para solicitar, decretar o practicar pruebas, o cuando se omite la práctica de una prueba que de acuerdo con la ley sea obligatoria.

exhortar al Tribunal para que, en lo sucesivo, se abstenga de incurrir en este tipo de prácticas.

Así las cosas, el Despacho advierte que la irregularidad evidenciada en el acta de la audiencia inicial, la cual, se reitera, fue suscrita por dos de los magistrados de la Sala de Decisión del Tribunal del Tolima sin haber estado presentes en la diligencia, puede tener connotaciones disciplinarias o penales de los funcionarios judiciales, por tanto, se hace necesario compulsar copias a las autoridades correspondientes para lo de su competencia.

2.2 Inepta demanda

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 100, numeral 5, del Código General del Proceso²⁰, la excepción de inepta demanda tiene lugar -únicamente- cuando se presenta el incumplimiento de los requisitos de forma previstos en el estatuto procesal o cuando se evidencia una indebida acumulación de pretensiones.

En este orden de ideas, cabe señalar que la demanda debe cumplir con los requisitos formales establecidos por el legislador, los cuales, para el asunto bajo estudio, están contemplados en el Título V, Capítulo III, de la parte segunda de la Ley 1437 de 2011 y más precisamente en los artículos 162, 163 y 165 de este cuerpo normativo, en relación con la claridad y la precisión de los hechos y de las pretensiones, los fundamentos de derecho, las pruebas que se pretenden hacer valer y la dirección para notificaciones, entre otros aspectos que resultan

“6. Cuando se omita la oportunidad para alegar de conclusión o para sustentar un recurso o descorrer su traslado.

“7. Cuando la sentencia se profiera por un juez distinto del que escuchó los alegatos de conclusión o la sustentación del recurso de apelación.

“8. Cuando no se practica en legal forma la notificación del auto admisorio de la demanda a personas determinadas, o el emplazamiento de las demás personas aunque sean indeterminadas, que deban ser citadas como partes, o de aquellas que deban suceder en el proceso a cualquiera de las partes, cuando la ley así lo ordena, o no se cita en debida forma al Ministerio Público o a cualquier otra persona o entidad que de acuerdo con la ley debió ser citado (...).”

²⁰ Artículo 100: *“Salvo disposición en contrario, el demandado podrá proponer las siguientes excepciones previas dentro del término de traslado de la demanda (...)*

“5. Ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales o por indebida acumulación de pretensiones”.

relevantes y, por ende, son analizados desde el estudio de admisión que efectúa la autoridad judicial competente²¹.

En el caso *sub examine*, se verifica que los recursos de apelación presentados cuestionan la conclusión a la que arribó el Tribunal a quo, respecto de lo que denominó “*inepta demanda por falta de integración del acto administrativo acusado*”, por no demandar, de manera conjunta, el acta de la audiencia de adjudicación del 22 de diciembre de 2014²² y la Resolución No. 8606 del mismo año²³, por medio de la cual se adjudicó el contrato en cuestión, toda vez que este tipo de requisitos no se encuentran contenidos en los artículos mencionados en el párrafo precedente, ni existe fundamento jurídico para sostener que a la parte actora le asistía la obligación de demandar un acto administrativo complejo, como lo señaló el Tribunal de primera instancia.

Como sustento de la anterior afirmación, se debe aclarar que en el presente asunto la controversia tiene relación: i) con el acta de la audiencia de adjudicación y ii) con la resolución No. 8606 de 2014, por medio de la cual se adjudicó el contrato, de ahí que resulte necesario analizar cada una de estas actuaciones, con el fin de verificar cuál contiene la manifestación de voluntad con la virtualidad de generar la situación objeto de litigio -adjudicación del contrato estatal- y si, en efecto, la parte actora tenía la obligación de demandarlas conjuntamente, so pena de incurrir en una inepta demanda.

En ese sentido, en la demanda se indicó que en el acta de la audiencia de adjudicación de la licitación pública 017 de 2014 quedó consignado el trámite de la misma, la intervención de los oferentes y el respectivo pronunciamiento del comité evaluador, que manifestó lo siguiente (se transcribe de forma literal, incluso con los posibles errores):

“Así las cosas, el comité técnico, asesor y evaluador de conformidad con lo anterior y de acuerdo a los criterios de verificación y calificación de las

²¹ Al respecto puede consultarse el auto proferido por el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, del 29 de junio de 2017, expediente No. 57.506. Criterio reiterado en auto del 20 de febrero de 2018, expediente No. 59.074.

²² folios 1195 a 1201 del cuaderno principal.

²³ Folios 1180 a 1182 del cuaderno principal.

*propuestas dentro de la Licitación Pública No. 017 de 2014, **recomienda al ordenador del gasto el siguiente orden de elegibilidad** de acuerdo a los puntajes obtenidos.*

“UNIÓN TEMPORAL MT SEGURIDAD.

“Se dará traslado al ordenador del gasto para la expedición del correspondiente Acto Administrativo.

“No siendo más el objeto de la presente audiencia para constancia se lee, se aprueba y se firma la presente acta por quienes en ella intervinieron (...)”²⁴ (se destaca).

De lo anterior se desprende que en el “*acta de audiencia*” que supuestamente debió ser demandada (según el criterio de la Unión Temporal MT Seguridad) se consignó, entre otras cosas, una “*recomendación*”, de acuerdo con la evaluación realizada por el comité técnico, asesor y evaluador, dirigida al ordenador del gasto, pero en ningún momento se dispuso la adjudicación del contrato, ni se manifestó la voluntad de la Administración que comprometiera a los oferentes y produjera efectos jurídicos respecto del contrato en cuestión.

Pues bien, revisado el audio de la respectiva audiencia, se evidencia que el contrato se adjudicó en esa diligencia, sin embargo, en el “*acta de audiencia*” no quedó consignado ello, de ahí que ese documento no resulte demandable ni sea susceptible de control judicial. También se encuentra probado que, luego de realizada la audiencia de adjudicación, pero el mismo día en que culminó, el ordenador del gasto delegado expidió la Resolución 8606 del 22 de diciembre de 2014, por medio de la cual se adjudicó el contrato a la Unión Temporal MT Seguridad y en el cual se expresó: “*El ordenador del gasto (...), se acoge a la recomendación* efectuada por el comité técnico, asesor y evaluador, *procediendo mediante el presente acto a efectuar la adjudicación del contrato respectivo*” (se destaca).

²⁴ Acta de audiencia de adjudicación o declaratoria desierta que obra a folios 1195 a 1201 del cuaderno principal.

En este punto de la providencia resulta importante precisar que, en el *sub lite*, el acta de la audiencia de adjudicación no es en sí misma un acto administrativo, debido a que no tiene la virtualidad de producir efecto jurídico alguno, sino que su finalidad no es otra distinta a la de recopilar las distintas actuaciones adelantadas en la audiencia respectiva, con mayor razón si se tiene en cuenta que la Administración no expresó su voluntad de adjudicar el contrato en dicho documento. Al respecto, la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la naturaleza del acta de la audiencia de adjudicación de la siguiente manera:

“La Sala advierte, de una parte, que el acta de audiencia pública de adjudicación en la cual se consignaron las observaciones presentadas por los proponentes y las intervenciones de los órganos de control, no es, por sí mismo, un acto administrativo como lo afirma la demanda, sino un documento público en el cual constan el desarrollo de esa diligencia y otras determinaciones (...)”²⁵ (se destaca).

En este contexto, resulta válido afirmar que el acto administrativo acusado por la parte actora contiene la manifestación de la voluntad de la Administración de adjudicar el contrato, de ahí que sea este y no otro el acto definitivo²⁶ que puso fin al procedimiento de selección y produjo los respectivos efectos jurídicos que se cuestionan a través de la presente demanda.

Lo expuesto con antelación resulta suficiente para revocar la decisión adoptada por el Tribunal *a quo*, corporación que declaró probada la excepción de inepta demanda con fundamento en las consideraciones expuestas en la sentencia del 16 de marzo de 2015 -exp. 30.546-²⁷, proferida por la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del 2 de febrero de 2005, expediente. 26.058, M.P. María Elena Giraldo Gómez.

²⁶ Acto administrativo definitivo, el cual se encuentra definido en el artículo 43 del CPACA, a cuyo tenor: “Son actos definitivos los que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar la actuación”.

²⁷ Esto se lee en la sentencia referida: “Así que materialmente la adjudicación del contrato se produjo en ese momento [en audiencia] y no en otro y por lo tanto allí se agotó la actuación administrativa licitatoria de suerte que la expedición de la Resolución No. 752 del 2000, no eliminó, no sustituyó, no modificó, no adicionó, no alteró, no revocó, sino que reprodujo íntegramente lo que ya estaba resuelto en el acto primigenio contenido en el Acta de 24 de noviembre de 2000 que documentó lo acontecido en la audiencia pública (...) Y como la decisión se adoptó en una audiencia pública todos los oferentes quedaron enterados ese mismo día de lo que en ella se

Al respecto, conviene señalar que lo consignado en esa providencia -exp. 30.456- no resulta aplicable a este asunto, porque la situación fáctica de esa controversia es diferente a la que aquí se estudia, debido a que en ese caso, en la misma “*acta de audiencia*” se consignó que el contrato había sido adjudicado, mientras que en el *sub lite*, como quedó dicho atrás, en la respectiva “*acta de audiencia*” no se dispuso la adjudicación del mismo, sino que simplemente se plasmó lo concerniente a la “*recomendación*” realizada por el comité técnico, asesor y evaluador de la entidad (departamento del Tolima) al ordenador del gasto, en el sentido de que el contrato debía adjudicársele a la Unión Temporal MT Seguridad.

Lo anterior cobra mayor sustento si se tiene en cuenta que la decisión a la que se acaba de aludir y que sirvió de fundamento para el proveído apelado no ostenta la naturaleza de providencia de unificación y, en este sentido, el razonamiento expuesto por el Despacho no contraviene ni desconoce precedente vinculante alguno, especialmente ante la evidencia de que se trata de circunstancias fácticas disímiles, sin perder de vista de que el acta al que se ha venido haciendo referencia no es otra cosa que un documento que da cuenta de las actuaciones efectuadas en la audiencia y no contiene la manifestación expresa de la voluntad de la entidad contratante, la cual, según se ha indicado, se plasmó en la Resolución 8606 del 22 de diciembre de 2014, acto administrativo demandado en el asunto bajo estudio.

Así las cosas, el Despacho considera que a la parte actora no podía exigírsele demandar de manera conjunta el “*acta de audiencia*” y la Resolución No. 8606 de 2014, cuando consisten en actuaciones distintas y, por tanto, a diferencia de lo dicho por el *a quo*, no conforman un acto complejo, razón por la cual la resolución cuestionada en la demanda es la que realmente expresó la voluntad de la Administración, en el sentido de adjudicar el contrato en cuestión.

resolvió aunque no hubieran asistido y con mayor razón si asistieron, tal como aconteció con la demandante (...) En estas circunstancias se pone en evidencia que entre el acto administrativo originario que está contenido en el Acta de la Audiencia Pública y la Resolución 752 de 24 de noviembre de 2000, que reprodujo el anterior, se formó por este hecho una relación jurídica inescindible que hacía necesario, si de cuestionar judicialmente se trataba, demandarlos a los dos.

“Como la demandante no demandó los dos actos sino solamente la Resolución No. 752 de 24 de noviembre de 2000, según se ve en el libelo demandatorio y en el recurso de apelación, es conclusión obligada que su demanda es inepta y por consiguiente se impone la inhibición” (M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa).

Dicho de otra manera, el hecho de que la parte actora no hubiese demandado el acto administrativo por medio del cual se adjudicó el contrato, en conjunto con el “*acta de audiencia*” en la que consta todo lo ocurrido en la audiencia de adjudicación, no deviene en la configuración de la excepción de inepta demanda, habida cuenta de que no se advirtió el incumplimiento de los requisitos formales previstos en el CPACA, ni se evidenció una indebida acumulación de pretensiones, razón por la cual no se cumplen los presupuestos del numeral 5 del artículo 100 del CGP, para la prosperidad de este medio exceptivo.

Por consiguiente, el Despacho revocará la decisión proferida por el Tribunal de primera instancia, que declaró probada la excepción de inepta demanda y dio por terminado el proceso y se le devolverá el expediente para que continúe con el trámite correspondiente del proceso.

Decretada la revocatoria del auto apelado, conviene señalar que tampoco hay lugar a la condena en costas impuesta a la parte demandante en virtud de la prosperidad de la excepción formulada por el extremo demandado, razón por la cual esa determinación tampoco surtirá efecto jurídico alguno.

Se indica lo anterior, a pesar de que la condena en costas no fue materia de apelación por parte del extremo demandante, toda vez que la revocatoria de la decisión principal -prosperidad de la excepción de inepta demanda- implica que la consecuencia correlativa -condena en costas- quede sin efecto, de tal manera que no hay lugar a su imposición.

En mérito de lo expuesto, se

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la decisión proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, en la audiencia inicial celebrada el 8 de marzo de 2017, mediante la cual se declaró probada la excepción de inepta demanda y dio por terminado el proceso. **SEGUNDO: COMPULSAR** copias de la presente actuación al Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria y a la Fiscalía General

de la Nación para que adelanten las actuaciones pertinentes, respecto de la irregularidad mencionada en las consideraciones que anteceden. **TERCERO:** Por Secretaría de la Sección, una vez ejecutoriado este proveído, **DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen para que continúe con el trámite del proceso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO