**LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA - Por pasiva - Improcedencia - Consorcio – Miembros**

En la medida en que quienes fueron parte en el contrato son los miembros del consorcio conformado por las sociedades A.Q.A. E.S.P. S.A.; HEVI S.A. e INTERDEVCO S.A., y la demanda no fue dirigida contra ellas sino contra la persona jurídica conformada mediante el contrato de sociedad, resulta evidente que en este caso no se encuentra acreditado el presupuesto procesal de la legitimación en la causa por pasiva, lo que impone rechazar las pretensiones de la demanda. Esta resolución debe adoptarse porque una decisión sobre la anulación de un contrato solo puede tomarse con la presencia procesal de quienes fueron parte en el contrato y en este caso es evidente que el municipio, en vez de dirigir la demanda contra los miembros del consorcio A.Q.A. SERAGUA, que son quienes tienen la condición de parte en el contrato la dirigió contra la nueva sociedad conformada por ellos y por el propio municipio.

**LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA - Improcedencia - Definición - Corte Suprema de Justicia**

Se recuerda que la Corte Suprema de Justicia aclaró este punto en los siguientes términos: “Si el demandante no es titular del derecho que reclama o el demandado no es la persona obligada, el fallo ha de ser adverso a la pretensión de aquél; como acontece cuando reivindica quien no es el dueño o cuando esta demanda a quien no es poseedor. La falta de legitimación en la causa de una de las partes no impide al juez desatar el litigio en el fondo, pues es obvio que si se reclama un derecho por quien no es su titular o frente a quien no es el llamado a responder, debe negarse la pretensión del demandante en sentencia que tenga fuerza de cosa juzgada material a fin de terminar definitivamente ese litigio, en lugar de dejar las puertas abiertas , mediante un fallo inhibitorio para que quien no es titular del derecho insista en reclamarlo indefinidamente, o para que, siéndolo lo reclame indefinidamente de quien no es persona obligada, haciéndose de esa forma nugatoria la función jurisdiccional cuya característica más destacada es la de ser definitiva. (C.S.J. 6 de abril de 1.976)



Radicado: 39218

Demandante: Municipio de Duitama

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN B**

**Magistrado ponente: MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ**

Bogotá D.C., ocho (8) de mayo de dos mil diecinueve (2019)

**Referencia:** ACCIÓN CONTRACTUAL

**Radicación:** 150012331000199801451 01 (39218)

**Demandante:** MUNICIPIO DE DUITAMA

**Demandado**: SERA Q.A. DUITAMA E.S.P. S.A.

**Temas:** *Nulidad del contrato. Falta de legitimación en la causa por pasiva*

**SENTENCIA**

Corresponde a la Sala resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 19 de febrero de 2009 por el Tribunal Administrativo de Boyacá, en la cual se declaró la nulidad del contrato de sociedad celebrado el 21 de abril de 1997 en el que se constituyó la empresa SERA Q.A. Duitama E.S.P. S.A. Sin embargo, al advertirse la ausencia de legitimación en la causa por pasiva, la sentencia será revocada y en su lugar se denegarán las pretensiones de la demanda.

**ANTECEDENTES**

1.- La demanda que dio origen al proceso fue presentada el 17 de diciembre de 1998 por el municipio de Duitama en ejercicio de la acción contractual prevista en el artículo 87 del C.C. A., y en ella se solicitó anular el acuerdo n.° 042 de Concejo Municipal por el cual se confirieron facultades al alcalde para constituir la sociedad y el contrato mediante el cual se constituyó la sociedad.

La demanda fue inadmitida por el Tribunal por considerar que contenía indebida acumulación de pretensiones, por lo cual, las finalmente impetradas fueron las siguientes:

***1.-*** *Que se declare la nulidad absoluta del contrato de sociedad de SERA Q.A. DUITAMA E.S.P. S.A., contenido en la escritura pública No. 980 del 21 de abril de 1997.*

***2.-*** *Que como consecuencia de lo anterior se ordene la cancelación de la escritura pública de constitución y la inscripción en la Cámara de Duitama.*

***(…)***

*Dada la naturaleza de las pretensiones, esta demanda, de indudable contenido contractual, carece de cuantía (…).[[1]](#footnote-1)*

3.- Los hechos expuestos para sustentar las anteriores pretensiones fueron, en síntesis, los siguientes:

3.1.- Para la entrada en vigencia de la ley 142 de 1994, el municipio de Duitama prestaba el servicio de acueducto y alcantarillado a través de la Empresa de Obras Sanitarias de Duitama EMPODUITAMA LTDA, y, a través de la Empresa de Servicios Públicos Municipales de Duitama ESDU, el de recolección y disposición final de basuras y otros servicios.

3.2.- Mediante Acuerdo 051 de 29 de diciembre de 1995, el Concejo del municipio de Duitama ordenó la disolución y liquidación de la Empresa de Servicios Públicos Municipales de Duitama ESDU y, mediante el Decreto 028 de 1996, se reglamentaron las funciones del gerente liquidador.

3.3.- En el acuerdo n.º 001 del 12 de enero de 1996, el Concejo Municipal de Duitama i) decretó la disolución y liquidación de la Empresa de Obras Sanitarias de Duitama "Empoduitama Ltda"; ii) facultó al alcalde para nombrar liquidador, fijar su remuneración, atribuciones y término de duración del proceso de liquidación; iii) estableció que dichas facultades iban hasta el día 10 de mayo de 1.996 y iv) dispuso trasladar *"la prestación de los servicios de Acueducto y Alcantarillado que viene atendiendo EMPODUITAMA, a la Empresa prestadora de Servicios Públicos Domiciliarios que se cree por el Municipio para tal efecto”.*

3.4. - Cumplido lo anterior, el municipio abrió una convocatoria para celebrar un contrato de sociedad **con el fin de constituir una empresa de servicios públicos mixta,** la cual se encargaría de la prestación de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo, en desarrollo de la cual hicieron las publicaciones en el periódico EL TIEMPO, el 14 de abril de 1996 y en el ESPECTADOR el 16 de abril del mismo año.

3.5.- Para participar en la convocatoria, se recibieron seis (6) propuestas por las siguientes firmas: ECOASEO S.A, CIUDAD LIMPIA, SERVICIOS OMARCO LTDA, ATTWOODS COLOMBIANA, CONSORCIO ELÉCTRICAS DE MEDELLIN-TERMOTÉCNICA y CONSORCIO A.Q.A. SERAGUA,

3.6.- El 13 de marzo de 1997, la Comisión Asesora Accidental presentó un informe de las seis propuestas recibidas en el que se advirtió que solo dos de ellas cumplían con todos los requerimientos solicitados: la presentada por el consorcio ELÉCTRICAS DE MEDELLIN-TERMOTÉCNICA y consorcio A.Q.A.- SERAGUA. Y en el acta 02 del 21 de marzo de 1997, el mismo comité concluyó que *“de acuerdo con el análisis que se ha hecho, se encontró que A.Q.A SERAGUA, es la mejor calificada por cuanto ofrece mayores garantías, experiencia, capital (…)”.*

3.7.- De acuerdo con lo señalado por el municipio demandante, con el ánimo de crear la nueva empresa prestadora de servicios públicos, equivocadamente se ordenó la liquidación de las dos entidades que venían prestando los servicios en el municipio de Duitama, y en su lugar -en los términos de la escritura pública 980 del 21 de abril de 1997- se constituyó la empresa SERA Q.A. DUITAMA E.S.P. S.A., **sociedad anónima por acciones,** con participación del municipio, para la prestación de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo en el municipio de Duitama.

3.8. De esta forma el contrato de sociedad se celebró entre el municipio y los miembros del Consorcio A.Q.A SERAGUA integrada por las sociedades A.Q.A. E.S.P. S.A.; HEVI S.A. e INTERDEVCO S.A.

3.9.- Por estos hechos se adelantó proceso disciplinario en contra del Alcalde municipal de Duitama, quien fuera sancionado con multa y suspendido del cargo por no haber expedido los términos de referencia, ni las condiciones precisas y claras relacionadas con la convocatoria.

4.- La demanda fue dirigida contra la sociedad SERA Q.A. DUITAMA E.S.P. S.A., que fue la persona jurídica creada mediante el contrato de sociedad cuya anulación impetró el municipio en la demanda.

Dicha sociedad mediante apoderado, dio contestación a la demanda y se opuso a sus pretensiones[[2]](#footnote-2). Estuvo de acuerdo con la narración de los hechos afirmados en la demanda y en su concepto el hecho de que, en la convocatoria pública, se hubiera invitado a conformar una empresa mixta y que en el curso de las negociaciones se hubiera optado por una empresa de naturaleza privada (40% del municipio y 60% del sector privado), no genera la nulidad del contrato si se considera que las partes consultaron la autonomía de la voluntad.

5.- El 19 de febrero de 2009, el Tribunal Administrativo de Boyacá profirió sentencia en la cual declaró la nulidad del contrato y ordenó la cancelación de la escritura 980 de 21 de abril de 1997 -folio 310 del cuaderno principal-.

En lo que tiene que ver con el fondo del asunto sostuvo el Tribunal que las reglas fueron cambiadas, si se considera que en el la convocatoria se hizo un llamado para “*constituir con el Municipio de Duitama una Empresa de servicios públicos mixta, de conformidad con lo establecido en la Ley 142 de 1994”* y, en los términos de contrato contenido en la escritura pública 980 de 21 de abril de 1997, se creó una sociedad anónima por acciones denominada SERA.Q.A. DUITAMA E.S.P. S.A., de naturaleza privada, en la cual la participación del municipio ascendió a un 40% de su composición accionaria, por lo que no consulta la convocatoria, pues no se trató de una Empresa de Servicios Públicos de carácter mixto, porque la participación privada resultó mayoritaria, de modo que no se sujeta a lo previsto en el artículo 14.6 de la norma en cita. En síntesis, la entidad territorial desconoció los principios que informan la función administrativa.

**6-** - Oportunamente, la sociedad SERA Q.A. DUITAMA E.S.P. S.A., interpuso recurso de apelación –folio 334 del cuaderno principal-, para que se revoque la decisión y se nieguen las súplicas de la demanda. En ese sentido: i) reitera la excepción de inepta demanda, el municipio debió ejercer una acción de nulidad y restablecimiento del derecho frente a los actos previos y no una acción contractual como ocurrió y ii) el contrato societario suscrito el 21 de abril de 1997 consultó el

Acuerdo 042 de 20 de diciembre de 1996 y las normas legales que reglamentan la materia, de modo que la escritura pública 980 de 1997, no se encuentra incursa en ninguna de las causales de nulidad previstas por la ley, en cuanto confirió facultades al Alcalde para conformar y constituir la nueva empresa de servicios públicos domiciliarios en la ciudad de Duitama por el sistema de asociación, pero no condicionó su existencia a una de carácter mixto en los términos de la Ley 142 de 1994. Agregó que la sentencia peca por defecto en el análisis probatorio, en cuanto centra su fallo en el contenido de los “avisos” de la convocatoria pública y se queda corto en el análisis de las otras pruebas, como ocurre con el Acuerdo 042 de 20 de diciembre de 1996, que es el fundamento de la escritura de 21 de abril de 1997.

**II. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

1. **COMPETENCIA**

14.- La Sala es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, dado que la cuantía del asunto alcanza la exigida en vigencia del Decreto Ley 446 de 1988 para que esta Corporación conozca del mismo en segunda instancia[[3]](#footnote-3).

**2.- La falta de legitimación en la causa por pasiva.**

15.- El contrato cuya nulidad impetró el municipio de Duitama en la demanda que dio origen al proceso fue celebrado por el citado municipio y por el consorcio A.Q.A. SERAGUA, razón por la cual quienes tienen la condición de parte en el citado contrato, además del municipio demandante, son los miembros de consorcio que lo celebraron, esto es A.Q.A. E.S.P. S.A.; HEVI S.A. e INTERDEVCO S.A.

16.- En la medida en que quienes fueron parte en el contrato son los miembros del consorcio conformado por las sociedades A.Q.A. E.S.P. S.A.; HEVI S.A. e INTERDEVCO S.A., y la demanda no fue dirigida contra ellas sino contra la persona jurídica conformada mediante el contrato de sociedad, resulta evidente que en este caso no se encuentra acreditado el presupuesto procesal de la <<legitimación en la causa por pasiva >> lo que impone rechazar las pretensiones de la demanda.

17.- Esta resolución debe adoptarse porque una decisión sobre la anulación de un contrato solo puede tomarse con la presencia procesal de quienes fueron parte en el contrato y en este caso es evidente que el municipio, en vez de dirigir la demanda contra los miembros del consorcio A.Q.A. SERAGUA, que son quienes tienen la condición de parte en el contrato, la dirigió contra la nueva sociedad conformada por ellos y por el propio municipio.

18.- La sociedad SERA Q.A. DUITAMA E.S.P. S.A., es una persona jurídica distinta de sus socios y es evidente que el representante de dicha persona jurídica no tiene la condición de representante legal de quienes la conforman, los cuales debieron ser convocados en su condición de parte en el contrato cuya nulidad se impetró en la demanda.

19.- Se advierte que no nos encontramos en un caso de indebida notificación del demandado; nos encontramos en un caso en el cual la demanda de nulidad de un contrato no se dirigió contra quienes fueron parte en el mismo; y es esta razón la que impone revocar el fallo de primera instancia y rechazar las pretensiones de la demanda.

20.- Y también se precisa que la falta de legitimación en la causa impone el rechazo de las pretensiones de la demanda en la medida en que lo que se constata es que la demanda no puede en ningún caso dirigirse contra quien fue dirigida. No cabe inhibirse de fallar para que luego pueda incoarse la misma acción, sino determinar que en tal declaración en ningún caso puede obtenerse frente a quien fue dirigida, y esta determinación tiene fuerza de cosa juzgada.

21.- Se recuerda que la Corte Suprema de Justicia aclaró este punto en los siguientes términos:

*<<Si el demandante no es titular del derecho que reclama o el demandado no es la persona obligada, el fallo ha de ser adverso a la pretensión de aquél; como acontece cuando reivindica quien no es el dueño o cuando este demanda a quien no es poseedor. La falta de legitimación en la causa de una de las partes no impide al juez desatar el litigio en el fondo, pues es obvio que si se reclama un derecho por quien no es su titular o frente a quien no es el llamado a responder, debe negarse la pretensión del demandante en sentencia que tenga fuerza de cosa juzgada material a fin de terminar definitivamente ese litigio, en lugar de dejar las puertas abiertas , mediante un fallo inhibitorio para que quien no es titular del derecho insista en reclamarlo indefinidamente, o para que, siéndolo lo reclame indefinidamente de quien no es persona obligada, haciéndose de esa forma nugatoria la función jurisdiccional cuya característica más destacada es la de ser definitiva.>> (C.S.J. 6 de Abril de 1.976)*

22.- En atención a la conducta de las partes no se condenará en costas.

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

**FALLA**

**PRIMERO: Revócase** sentencia proferida el 19 de febrero de 2009, por el Tribunal Administrativo de Boyacá, mediante la cual se declaró la nulidad del contrato suscrito el 21 de abril de 1997, dentro del proceso judicial adelantado por el municipio de Duitama contra SERA Q.A. DUITAMA E.S.P. S.A. En su lugar, se rechazan las pretensiones de la demanda.

**SEGUNTO: SIN COSTAS** por no aparecer causadas.

**TERCERO: DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen, una vez ejecutoriada la presente sentencia.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**MARTÍN BERMUDEZ MUÑOZ**

**Magistrado**

**ALBERTO MONTAÑA PLATA**

**Magistrado**

**RAMIRO PAZOS GUERRERO**

**Magistrado**

1. Folio 75 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-1)
2. Folio 108 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-2)
3. *El artículo 129 del C.C.A. modificado por el artículo 37 de la Ley 446 de 1998, establece que el Consejo de Estado conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los Tribunales Administrativos. Por su parte, el artículo 132 del mismo código, modificado por el artículo 40 de la Ley 446 de 1998, establece que los tribunales administrativos conocerán en primera instancia de los asuntos referentes a contratos de las entidades estatales cuando la cuantía exceda de 500 S.M.L.M., monto que para la época de presentación de la demanda, 17 de diciembre de 1998, equivalía a $ 179.000.000 pues el salario mínimo legal mensual era de $ 358.000,oo.* [↑](#footnote-ref-3)