

LA NULIDAD DEL CONTRATO – Aplicación

Celebrado por el FONTIC con la Unión Temporal Conectando Colombia y la nulidad del acto de adjudicación, en cuanto este dispuso la celebración del contrato. La pretensión de nulidad del contrato está reservada a las partes, al Ministerio Público y a quienes demuestren interés directo en tal decisión, como lo dispone el artículo 141 del CPACA.



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN B**

Consejero ponente: MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ

Bogotá D.C., diecinueve (19) de abril de dos mil veintitrés (2023)

Radicación número: 25000-23-36-000-2018-00551-01 (65835)
Demandante: Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo – FONADE, ahora ENTERRITORIO.
Demandado: Fondo de Tecnologías de la Información y Comunicaciones FONTIC-MINTIC
Acción: Acción de nulidad y restablecimiento del derecho
Tema: Se modifica la sentencia de primera instancia. FONADE no está legitimado para demandar la nulidad del contrato suscrito con FONTIC para suplir las deficiencias en la prestación del servicio objeto del convenio. FONADE podía pedir perjuicios por la decisión de recortar su convenio e impugnar tal determinación; sin embargo, no cumplió con la carga de acreditar que tal decisión era ilegal.

SENTENCIA

Verificada la inexistencia de irregularidades que invaliden la actuación, la Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia proferida el 14 de noviembre de 2019 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que negó las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte demandante.

La Sala es competente para conocer del recurso de apelación según el artículo 150 del CPACA. El tribunal era competente para conocer el proceso en primera instancia en razón a la cuantía, y de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 4° del artículo 152 del CPACA.

El 15 de septiembre de 2022 se corrió traslado para alegar y las partes rindieron sus alegatos. El Ministerio Público solicitó confirmar la sentencia de primera instancia.

El consejero Alberto Montaña Plata manifestó su impedimento para conocer del presente asunto, fundado en la causal 12 del artículo 141 del CGP. Este impedimento será aceptado en la parte resolutive de la presente decisión.



I. ANTECEDENTES

A. Posición de la parte demandante

1.- El 1° de junio de 2018 el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo - FONADE (en adelante, “el demandante” o “FONADE”) presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra el Fondo de Tecnologías de la Información y Comunicaciones FONTIC-MINTIC (en adelante, “el demandado”, o “FONTIC”)¹. En la demanda se formularon las siguientes pretensiones:

<<1. Que se declare nula la Resolución No. 001063 de 22 de mayo de 2018 “Por la cual se declara una urgencia manifiesta para la contratación del servicio de conectividad de proyecto PVD señalados en el anexo 1 del documento de justificación sobre la necesidad de contar con dicho servicio.”

2. Como consecuencia de lo anterior, se declare nula la contratación directa que realizó EL FONDO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES con la Unión Temporal Conectando a Colombia conformado por Azteca Comunicaciones S.A.S. y S3 Wireless Colombia S.A.S.

3. Que se restablezca el derecho del FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO, y en ese sentido se declare que la ENTIDAD tiene el derecho de continuar ejecutando el Contrato Interadministrativo de Gerencia de Proyectos No. 667 (FONTIC)/215085 (FONADE) de 2015 ya que no se ha declarado el incumplimiento de éste por parte de autoridad judicial competente>>.

2.- El demandante fundamentó sus pretensiones en las siguientes afirmaciones:

2.1.- Mediante Resolución No. 828 del 11 de mayo de 2015, el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (en adelante, “MINTIC”) adoptó el Plan Estratégico Sectorial e Institucional “PLAN Vive Digital 2014-2018”. Su objetivo era mantener más de ochocientos Puntos Vive Digital en zonas vulnerables para impulsar la promoción, uso y apropiación de los servicios TIC.

2.2. En desarrollo del plan, el 4 de diciembre de 2015² FONTIC y FONADE suscribieron un convenio interadministrativo de Gerencia de Proyectos para garantizar la continuidad del Proyecto Viva Digital en la Fase 3, y el plazo fue pactado hasta el 31 de julio de 2018. De acuerdo con el convenio, FONADE debía contratar el servicio de conectividad para que los operadores prestaran el servicio en los Puntos Vive Digital.

2.3. FONTIC dejó de remunerar a FONADE durante cinco meses, razón por la cual FONADE se abstuvo de pagarle a los operadores y estos suspendieron los servicios de conectividad en mayo de 2018. FONTIC, alegando entonces un supuesto incumplimiento del convenio, a través de la Resolución No 001063 del 22 de mayo

¹ Cuaderno 1, Folios 1 al 11.

² Cuaderno 2, Folios 10 al 27.



de 2018 declaró la urgencia manifiesta para la contratación directa del servicio de conectividad del proyecto Plan Vive Digital. En las resoluciones de este acto administrativo se dispuso:

“ARTÍCULO PRIMERO: Declarar la urgencia manifiesta con el fin de garantizar la prestación del servicio de conectividad en los Puntos Vive Digital señalados en el Anexo 1 del documento de justificación sobre la necesidad de contar con el servicio de conectividad en los puntos Vive Digital

ARTÍCULO SEGUNDO: Ordenar la celebración del contrato que garantice la prestación del servicio de conectividad en los Puntos Vive Digital, con la Unión Temporal Conectando Colombia (Azteca Comunicaciones Colombia SAS - S3 Wireless Colombia SAS) mediante la modalidad de contratación directa conforme a lo dispuesto en el literal a) del numeral 4) del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007.

(...)

ARTÍCULO TERCERO: Comunicar la presente resolución al FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO- FONADE y remitir copia de los contratos que se suscriban, con el objeto de que, a partir de la fecha, se abstenga de remunerar al proveedor que haya contratado o contrate en el futuro para la prestación del servicio de conectividad en los puntos vive digital señalados en el Anexo 1 - Listado de PVD del documento de justificación sobre la necesidad de contar con el servicio de conectividad en los puntos Vive Digital, sin la autorización previa, escrita y expresa del FONDO TIC.

ARTÍCULO CUARTO: Comunicar y enviar el contrato originado de la presente declaratoria de urgencia manifiesta, así como el presente acto administrativo que la declaró, junto con los antecedentes correspondientes de la actuación, inmediatamente después de su celebración a la Contraloría General de la República, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 43 de la Ley 80 de 1993”.

2.4.- FONADE afirma que este acto administrativo es nulo porque fue proferido con violación de las normas en que debía fundarse, falsa motivación y desviación de poder. Ello, porque la declaratoria de urgencia manifiesta no cumplió con los requisitos exigidos por la ley. Según el acto administrativo demandado, la urgencia manifiesta se justificaba porque existía un peligro para la continuidad del servicio de internet en las zonas del Plan Vive Digital. Sin embargo, para el momento en que se expidió el acto administrativo ya existía el convenio interadministrativo suscrito entre FONTIC y FONADE para implementar el Proyecto Vive Digital Fase 3, cuyo plazo finalizaba el 31 de julio de 2018; lo que ocurrió, en realidad, fue que FONTIC no le giró a FONADE los recursos para pagar a los operadores encargados de prestar el servicio.

B. Posición de la demandada

3.- FONTIC solicitó que se negaran las pretensiones de la demanda. Señaló que la urgencia manifiesta era procedente porque el 16 de mayo de 2018 los operadores de FONADE suspendieron la prestación del servicio de internet en las zonas del Plan Vive Digital. En consecuencia, FONTIC debió reducir la afectación a la que se vio sometida la población beneficiaria del proyecto.



4. Adujo que los cargos de nulidad no estaban probados, pues estaba demostrado que la finalidad del acto administrativo era la prestación del servicio de conectividad en seiscientos cuarenta y dos puestos afectados.

5.- La Unión Temporal Conectando Colombia, con la que FONTIC celebró el contrato para suplir las deficiencias que se presentaron, fue vinculada como litisconsorte necesario. Solicitó que se negaran las pretensiones de la demanda. Señaló que la Resolución 1063 de 2018 fue producto del incumplimiento contractual de FONADE y que tenía como propósito prestar el servicio de conectividad a poblaciones vulnerables. Además, la Contraloría General de la República avaló la declaratoria de urgencia manifiesta.

C. La sentencia recurrida

6.- El Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó las pretensiones de la demanda. Indicó que no se desvirtuó la presunción de legalidad de la Resolución No. 1063 de 22 de mayo de 2018. Consideró que los motivos para la declaratoria de urgencia manifiesta estaban probados y que la demanda no había demostrado los cargos de nulidad propuestos:

6.1.- Explicó que el acto administrativo no infringió las normas en que debía fundarse, no fue expedido con falsa motivación ni con desviación de poder. El acto administrativo (i) buscaba garantizar la conectividad de los usuarios de bajos recursos; (ii) era necesario porque FONADE, en desarrollo del convenio interadministrativo firmado con FONTIC, había desconectado los Puntos Vive Digital desde el 16 de mayo de 2018, lo que transgredió derechos de información, comunicación y educación de la población beneficiaria; (iii) incluyó fundamentos de declaratoria de urgencia manifiesta acordes a la realidad.

6.2.- La decisión adoptada por FONTIC buscaba restablecer la conectividad de los Puntos Vive Digital que fue suspendida por los proveedores FONADE desde el 16 de mayo de 2018.

D. Recurso de apelación

7.- En su recurso de apelación, la demandante solicita que se acceda a las pretensiones y reitera las afirmaciones de la demanda. Agrega que los presupuestos para la procedencia de la declaratoria de urgencia manifiesta no estaban probados porque otras empresas de telecomunicaciones seguían prestando el servicio de comunicación e internet en los puntos Vive Digital.



II. CONSIDERACIONES

8.- La demanda fue presentada dentro del término previsto en el artículo 164 del CPACA. El acto administrativo demandado fue notificado el 22 de mayo de 2018 y la demanda fue presentada oportunamente el 15 de junio de 2018.

9.- La Sala modificará la decisión de primera instancia y en su lugar declarará probada la falta de legitimación en la causa de FONADE para demandar la nulidad del contrato celebrado por el FONTIC con la Unión Temporal Conectando Colombia y la nulidad del acto de adjudicación, en cuanto este dispuso la celebración del contrato. La pretensión de nulidad del contrato está reservada a las partes, al Ministerio Público y a quienes demuestren interés directo en tal decisión, como lo dispone el artículo 141 del CPACA. El interés de FONADE se limita a discutir el recorte del objeto de su convenio, no se extiende al contrato celebrado por FONTIC con la Unión Temporal Conectando Colombia.

10.- Si FONADE consideraba que FONTIC incumplió el convenio suscrito entre las partes al no pagar las contraprestaciones pactadas y, adicionalmente, le generó perjuicios porque recortó el objeto del convenio, podía demandar el incumplimiento del convenio y, de ser necesario la anulación de la tercera de las decisiones adoptada en la Resolución No 001063 del 22 de mayo de 2018, en cuanto en ella se adoptó esta última decisión. FONADE, al no ser parte en el contrato ni haber participado en el proceso de selección, no estaba legitimado para demandar su nulidad ni para discutir la legalidad de su adjudicación.

11.- De cualquier modo, FONADE tampoco demostró la ilegalidad de la decisión adoptada en el numeral tercero de la Resolución No 001063 del 22 de mayo de 2018, relativa a disponer el recorte del objeto del convenio. Por el contrario, lo que está demostrado es que tal decisión estaba justificada en la suspensión del servicio presentada el 16 de mayo de 2018, como lo certificó la supervisora del convenio interadministrativo celebrado entre FONTIC y FONADE.

12.- En memorando del 5 de julio de 2018 dirigido a la Contraloría General de la República, la supervisora indicó:

“La suspensión del servicio de conectividad de 642 Puntos Vive Digital en el país en la madrugada del 16 de mayo de 2018, fue conocida a través de medios de comunicación y quejas presentadas por administradores de los PVD y no de forma oficial por parte de FONADE como Gerente Integral de la estrategia PVD fase 3.

Al respecto la Supervisión del contrato 667 de 2015 verificó en la herramienta provista por el proveedor de conectividad Unión Temporal Conectando a Colombia (AZTECA COMUNICACIONES COLOMBIA SAS – S3 WIRELESS COLOMBIA SAS) con el fin de evidenciar la 5isponibilidad del servicio de conectividad en estos PVD, encontrando que efectivamente los enlaces se



encuentran no operativos, como se puede ver en la imagen tomada del sistema de monitoreo provisto por el operador Unión Temporal Coneclando a Colombia (<http://191.102.103.253:87877>), donde la convención verde significa enlace operativo, y la convención roja tal y como se visualiza en la imagen enlace caldo”.

“Los contratistas tendrán derecho a efectuar salvedades a la liquidación por mutuo acuerdo, y en este evento la liquidación unilateral solo procederá en relación con los aspectos que no hayan sido objeto de acuerdo”.

E. Costas

13.- La Sala confirmará la condena en costas impuesta en primera instancia. Confirmará el monto de agencias en derecho porque la demandada actuó en primera y segunda instancia a través de un apoderado judicial, quien presentó la contestación de la demanda y alegatos de conclusión.

14.- Teniendo en cuenta que el recurso no prosperó, la Sala condenará en costas a la parte vencida en segunda instancia, de conformidad con lo previsto en los artículos 188 del CPACA y 365 del CGP. La condena se establece de acuerdo con los criterios y tarifas señaladas por el Acuerdo 1887 del 26 de junio de 2003 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura. Así, por concepto de agencias en derecho, se reconocerán dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor de la demandada.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO. – PRIMERO: DECLÁRESE FUNDADO el impedimento manifestado por el consejero Alberto Montaña Plata.

SEGUNDO.- MODIFÍCASE la sentencia proferida el 14 de noviembre de 2019 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Adicionalmente al rechazo de las pretensiones de la demanda se declara la falta de legitimación en la causa de FONADE para demandar la nulidad del contrato celebrado entre FONTIC y la Unión Temporal Conectando Colombia y la nulidad de Resolución No 001063 del 22 de mayo de 2018, en lo referente a su adjudicación.



Radicado: 25000-23-36-000-2018-00551-01 (65835)
Demandante: Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo - FONADE

TERCERO.- RECONÓZCASE por agencias en derecho la suma de dos salarios mínimos legales mensuales vigentes como costas en segunda instancia a cargo de FONADE y a favor de FONTIC.

En firme esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Con firma electrónica
MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ
Magistrado

Con firma electrónica
FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Magistrado