



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

Consejero Ponente: Alberto Montaña Plata

Bogotá D.C., 29 de enero de 2019.

Radicación: 66001-23-33-000-2016-00672-01
No. Interno: 65.099
Actor: Promasivo S.A.
Demandado: Megabus S.A.
Referencia: Controversias Contractuales (Ley 1437 de 2011)

Tema: Litisconsorte necesario en medio de control de controversias contractuales.

El despacho resuelve el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la decisión proferida el 27 de agosto de 2019 por el Tribunal Administrativo de Risaralda, en la que negó la vinculación, en calidad de litisconsortes necesarios, al Ministerio de Transporte, a la Superintendencia de Puertos y Transportes y a la Superintendencia de Sociedades.

Contenido: 1. Antecedentes. 2. Consideraciones. 3. Decisión.

1. ANTECEDENTES

Contenido: 1.1. Demanda. 1.2. Trámite de primera instancia. 1.3. La decisión apelada. 1.4. El recurso de apelación. 1.5. Trámite del recurso.

1.1. Demanda

1. El 1 de septiembre de 2016¹, Promasivo S.A., interpuso demanda en ejercicio del medio de control de controversias contractuales contra la sociedad Megabús S.A. La parte actora pretende que se declare la nulidad de la Resolución No. 19 de 9 de febrero de 2016, mediante la cual se declaró la

¹ Folio 1 – 600 del expediente.

caducidad del contrato de Concesión No. 1 de 2004, y la ocurrencia del siniestro; de la misma manera se pretende la nulidad de la Resolución No. 20 de 2016, por medio de la cual se confirmó esa decisión. Como consecuencia de ello, solicitó la exoneración de los perjuicios tasados por Megabús en dichos actos administrativos.

2. Promasivo S.A. consideró que su incumplimiento en el contrato de Concesión No. 1 de 2004, se debió a actuaciones imputables a Megabús, puesto que, incumplió sus obligaciones contractuales y, como consecuencia de esto, llevó a la sociedad demandante a una crisis financiera, la cual fue objeto de intervención por parte de la Superintendencia de Puertos y Transporte. En el mismo sentido manifestó que esta situación generó que la Superintendencia de Sociedades abriera proceso de liquidación, en el que se autorizó la continuación del contrato de concesión No. 1 de 2004, suscrito entre Megabús y Promasivo.

3. Asimismo, argumentó que los actos administrativos demandados adolecía de falsa motivación, toda vez que, los fundamentos de hecho y de derecho no correspondía con la realidad; lo cual, a su juicio, conllevaba a una declaratoria de nulidad de los actos por medio de los cuales se declaró la caducidad del contrato No. 1 de 2004.

4. La Resolución No. 19 de 9 de febrero de 2016², suscrita por el Gerente General de Megabús S.A, *"por medio de la cual se declara la caducidad del contrato NO. 001 de 2004 y se declara la ocurrencia de un siniestro"*, establece:

"RESUELVE

PRIMERO: Declara que la sociedad Promasivo S.A. en desarrollo de la ejecución del contrato de concesión 001 de 2004, es responsable del incumplimiento grave de sus obligaciones contractuales, de conformidad con lo consignado en la parte motiva de este acto administrativo.

² Folio 611 – 688 del expediente.

Radicación:	66001-23-33-000-2016-00672-01
No. Interno:	65.099
Actor:	Promasivo S.A.
Demandado:	Megabus S.A.
Referencia:	Controversias Contractuales (Ley 1437 de 2011) Confirma

SEGUNDO: Declarar la caducidad del contrato del contrato de concesión 001 de 2004, Suscrito entre Megabús S.A. y la sociedad Promasivo S.A. hoy en liquidación judicial, con los efectos legales previstos en el artículo 18 de la ley 80 de 1993".

1.2. Trámite en primera instancia

5. El 28 de febrero de 2017³, el Tribunal Administrativo de Risaralda inadmitió la demanda, porque en los hechos la parte actora detalló situaciones ajenas a los actos demandados y, en consecuencia, le ordenó aclararlas. Al respecto, Promasivo S.A. cumplió con lo ordenado el 13 de marzo de 2017⁴.

6. El 4 de abril del año 2017⁵, el Tribunal Administrativo de Risaralda, admitió la demanda y ordenó su notificación a la parte demandada - Megabús S.A. quien, de conformidad con la constancia de la secretaría del Tribunal⁶, no la contestó.

7. El 16 de agosto de 2017, Megabus S.A. manifestó que la información de la demanda se envió a correos electrónicos que no estaban en uso. El Tribunal Administrativo de Risaralda, interpretó esta manifestación como una nulidad y corrió traslado a las partes por tres días. Al respecto, el Ministerio Público, consideró necesario verificar la información con una certificación del administrador de la página web de la sociedad, por otro lado, la parte actora, señaló que la demanda se debía tener por no contestada.

8. Luego, el 21 de marzo de 2018, el Tribunal Administrativo de Risaralda, negó la solicitud de nulidad planteada por Megabús S.A., esta decisión quedó en firme y se fijó fecha para audiencia inicial.

9. Previó a la audiencia inicial, el Tribunal ordenó oficiar Megabús, a fin de que informara si el contrato de Concesión No. 1 de 2004, se había liquidado y, de

³ Folio 881 – 882 del expediente.

⁴ Folio 885 del expediente.

⁵ Folio 887 del expediente.

⁶ Folio 892 del expediente.

ser así, allegara prueba de ello. En respuesta al requerimiento del Tribunal, la sociedad demandada remitió copia de la Resolución No. 164 de 15 de noviembre de 2016 *"Por medio de la cual se liquida de manera unilateral el Contrato de Concesión No. 01 de 2004"*.

10. De otro lado, el apoderado de Megabús S.A., el 25 de septiembre de 2018⁷, radicó memorial por medio del cual manifestó que, dado que no había tenido la oportunidad de ejercer su derecho de defensa, el despacho podía decretar determinadas pruebas de oficio, en consecuencia, sugirió algunas.

11. El 26 de septiembre de 2018, se llevó a cabo la audiencia inicial. Allí el despacho consideró necesario, ordenar la vinculación del Área Metropolitana Centro de Occidente AMCO, razón por la cual, suspendió la audiencia hasta que se adelantara su notificación.

12. En vista de que en la audiencia inicial no se especificó la calidad en que se ordenó la vinculación del Área Metropolitana Centro de Occidente, el apoderado de Promasivo S.A., solicitó que se señalara que se vinculó en calidad de litisconsorte necesario del demandado. Asimismo, el AMCO requirió que se determinara su forma de vinculación.

13. En atención a las anteriores solicitudes, el 18 de enero de 2019⁸, el Tribunal Administrativo de Risaralda, dispuso que se vinculara al Área Metropolitana Centro de Occidente, como tercera interesada por la posible afectación con el resultado del proceso. Contra esta decisión, el 23 de enero de 2019⁹, la parte actora interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación, pues, consideró que el AMCO se debía vincular en calidad de litisconsorte necesario.

⁷ Folio 970 – 980 del expediente.

⁸ Folio 1026 – 1027 del expediente.

⁹ Folio 1029 – 1035 del expediente.

Radicación: 66001-23-33-000-2016-00672-01
No. Interno: 65.099
Actor: Promasivo S.A.
Demandado: Megabus S.A.
Referencia: Controversias Contractuales (Ley 1437 de 2011)
Confirma

14. El 14 de mayo de 2019¹⁰, el Tribunal Administrativo de Risaralda, resolvió no reponer el Auto del 18 de enero de 2019, y rechazó por improcedente el recurso de apelación. Aunado a ello, ordenó la notificación del AMCO.

15. El 2 de julio de 2019¹¹, el Área Metropolitana Centro de Occidente, radicó escrito por medio del cual se pronunció sobre la ejecución del contrato de Concesión No. 1 de 2004. Además, solicitó la vinculación del Ministerio de Transporte, de la Superintendencia de Puertos y Transporte, y de la Superintendencia de Sociedades, en calidad de litisconsortes necesarios.

1.3. La decisión apelada

16. El 27 de agosto de 2019¹², el Tribunal Administrativo de Risaralda, negó la solicitud de vinculación, en calidad de litisconsorte necesario al Ministerio de Transporte, a la Superintendencia de Puertos y Transporte y a la Superintendencia de Sociedades; toda vez que no se acreditó una relación sustancial inescindible entre quien hace parte del juicio y quien se pretendió vincular.

17. Lo anterior por cuanto, ni por previsión legal, ni por la naturaleza del contrato de concesión No. 1 de 2014, que dio origen a este proceso, surgió la exigencia de vincular de manera obligatoria a las citadas entidades.

1.4. El recurso de apelación

18. El 2 de septiembre de 2019¹³, la parte actora, interpuso recurso de apelación contra la decisión del Tribunal Administrativo de Risaralda. Allí argumentó que, 3 de los 5 miembros de la Junta Directiva de Megabús S.A. pertenecía al Gobierno Nacional, estos eran, Ministerio de Transporte, Ministerio

¹⁰ Folio 1063 – 1065 del expediente.

¹¹ Folio 1068 – 1250 del expediente.

¹² Folio 1271 – 1273 del cuaderno del Consejo de Estado.

¹³ Folio 1275 – 1282 del cuaderno del Consejo de Estado.

de Hacienda y Departamento Nacional de Planeación, en consecuencia, las decisiones se debían resolver de manera uniforme, y por ello era necesaria su vinculación.

19. Además, indicó que las circunstancias que llevaron a Promasivo S.A. a incumplir el contrato de concesión No. 1 de 2004, estaban relacionadas con la sostenibilidad del sistema de transporte, la operación deficitaria, la reducción de pasajeros, entre otros; aspectos sobre los cuales estas entidades tomaron decisiones, y permitieron la expedición de los actos administrativos objeto de debate ante el tribunal de arbitramento. Por ello, consideró que había una relación de carácter sustancial entre estas entidades y la demandada.

20. Respecto del Ministerio de Transporte, para fundamentar su vinculación en calidad de litisconsorte necesario, la parte actora resaltó que, esa entidad era la máxima autoridad de transporte y, en tal condición, estableció la zona de influencia del área metropolitana y convirtió al AMCO como titular del sistema.

21. Vale la pena poner de presente que, a juicio de la parte actora, existía un litisconsorte necesario entre la parte demandada con el AMCO, con el Ministerio de Transporte, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Departamento Nacional de Planeación, la Superintendencia de Puertos y Transporte, y con la Superintendencia de Sociedades. Sin embargo, esta Corporación, únicamente se pronunciara respecto de las entidades que solicitó el AMCO se vincularan, y sobre las cuales se pronunció el Tribunal Administrativo de Risaralda.

22. Posteriormente, el 7 de octubre de 2019, el Magistrado sustanciador concedió el recurso de apelación ante el Consejo de Estado, Sección Tercera, en el efecto suspensivo, de conformidad con el numeral 7 del artículo 243 de Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

2. CONSIDERACIONES

Contenido: 2.1. Régimen aplicable 2.2. Competencia 2.3. Procedencia y oportunidad del recurso de apelación 2.5. Caso concreto.

2.1. Régimen aplicable

23. Al presente caso le resultan aplicables las disposiciones procesales vigentes para la fecha de presentación la demanda, 1 de septiembre de 2016, la cual, por tratarse de un proceso promovido con posterioridad al 2 de julio de 2012, corresponden a las contenidas en el CPACA; así como a las disposiciones del Código General del Proceso, en virtud de la integración normativa dispuesta por el artículo 306 del primero de los estatutos mencionados.

2.2. Competencia

24. El artículo 150 de la Ley 1437 de 2011 prevé que el *"Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, conocerá en segunda instancia (...) de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación"*.

25. En lo que respecta a la autoridad judicial que debe decidir el recurso - Sala o Ponente -, se advierte que, según el artículo 125 de la Ley 1437 de 2011, en concordancia con el artículo 243 ibídem, la decisión debe ser adoptada por el Magistrado Ponente, toda vez que la providencia recurrida no se trata de las señaladas en los numerales 1, 2, 3 y 4 del precitado artículo.

2.3. Procedencia y oportunidad del recurso de apelación

26. De conformidad con lo señalado en el artículo 180, numeral 6 de la Ley 1437 de 2011, el auto que decide sobre las excepciones previas es susceptible de apelación. En tal virtud, el recurso presentado en el proceso de la referencia resulta procedente.

27. De otro lado, se advierte que el auto apelado se notificó por estado el 28 de agosto de 2019, y el recuso se interpuso y se sustentó el 2 de septiembre de 2019, razón por la cual el acto procesal se realizó en término.

2.4. Caso concreto

2.4.1. Sobre los litisconsortes necesarios

28. Frente al tema de sujetos procesales, es preciso señalar que, la Ley 1437 de 2011 – CPACA guardó silencio sobre el concepto de litisconsorte necesario. En ese sentido, para estudiarlo, resulta necesario, en virtud de la integración normativa del artículo 306 *ibídem*¹⁴, consultar lo que sobre el particular dispone la Ley 1564 de 2012 – CGP, aclarando necesariamente que, en lo expresamente regulado por el CPACA, primará este sobre el CGP.

29. Así las cosas, a la luz del artículo 61 de la Ley 1564 de 2012 – CGP, está consagrado que, la existencia de una **relación litisconsorcial necesaria** supone la existencia de una relación sustancial entre 2 o más sujetos procesales, en virtud de la cual, aquellos deberán (si es por mandato legal) o podrán (si es de manera voluntaria), según sea el caso, concurrir al proceso para que la controversia jurídica sea resuelta, en tanto, dicha relación sustancial se verá afectada, de forma directa, por la decisión judicial que se adopte. La mencionada norma establece expresamente (se transcribe):

Artículo 61. Litisconsorte necesario e integración del contradictorio. Cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, haya de resolverse de manera uniforme y no sea posible decidir 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 notificar y dar traslado de esta 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 dicho término.

¹⁴Artículo 306. **Aspectos no regulados.** En los aspectos no contemplados en este Código se seguirá el Código de Procedimiento Civil en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo."

Radicación:	66001-23-33-000-2016-00672-01
No. Interno:	65.099
Actor:	Promasivo S.A.
Demandado:	Megabus S.A.
Referencia:	Controversias Contractuales (Ley 1437 de 2011)
	Confirma

Si alguno de los convocados solicita pruebas en el escrito de intervención, el juez resolverá sobre ellas y si las decreta fijará audiencia para practicarlas.

Los recursos y en general las actuaciones de cada litisconsorte favorecerán a los demás. Sin embargo, los actos que impliquen disposición del derecho en litigio solo tendrán eficacia si emanan de todos. Cuando alguno de los litisconsortes necesarios del demandante no figure en la demanda, podrá pedirse su vinculación acompañando la prueba de dicho litisconsorte.

30. Por consiguiente, resulta trascendental determinar si hay una relación sustancial entre la sociedad Megabús S.A. y el Ministerio de Transporte, la Superintendencia de Puertos y Transporte, y la Superintendencia de Sociedades, que se deba resolver en la misma decisión; de lo contrario, no estaría acreditado el rasgo distintivo de esta figura procesal.

31. El artículo 141 de la Ley 1437 de 2011, consagra la acción de controversias contractuales como el medio idóneo para que cualquiera de las partes de un contrato estatal, entre otras cosas, solicite la nulidad de los actos administrativos contractuales. De manera que, inicialmente los sujetos procesales que ineludiblemente conforman la relación jurídica son los que suscribieron el contrato estatal objeto de controversia.

32. Se reitera que, en el proceso de la referencia, se pretende la nulidad de las Resoluciones No. 19 y 20 del año 2016, por medio de las cuales se declaró la caducidad del contrato de concesión No. 1 de 2004, suscrito entre Megabús S.A. y Promasivo S.A. Es decir, la comparecencia de estas sociedades proceso es indispensable.

33. En relación con el Ministerio de Transporte, se solicitó su vinculación en calidad de litisconsorte necesario, toda vez que, el CONPES 3167 de 2002 y el CONPES 3262 de 2003, establecen que el sistema integrado de transporte público es una política pública del Gobierno Nacional a cargo de este Ministerio, y esas directrices fueron tenidas en cuenta por el Área Metropolitana del Centro de Occidente en la adopción de determinadas decisiones.

34. Sobre el particular, el despacho advierte que el planteamiento de la política pública de transporte, no implica la vinculación de las entidades encargadas de sus directrices, porque las mismas son generales, y el desarrollo específico que se les dé, en el marco de un contrato estatal está a cargo de quienes lo suscriben, y depende de las particularidades de cada contrato. Es decir, si el Ministerio de Transporte adoptó una política pública, y esta se hizo efectiva a través de un contrato del cual no era parte, no estaba en la obligación de intervenir en la ejecución de dicho contrato, ni soportar las consecuencias que de este se derivarían.

35. De otro lado, se pone de presente que, ser miembro de una junta directiva de una sociedad de naturaleza pública, no es razón suficiente para ser vinculado en calidad de litisconsorte necesario, en un proceso donde se discute sobre la caducidad de un contrato celebrado por esa entidad pública; toda vez que, la junta directiva es un órgano administrativo, cuyo propósito es tomar las decisiones necesarias encaminadas al cumplimiento de sus objetivos, sin que esto implique participación directa en un contrato específico, máxime cuando el contrato no lo establece, como ocurre en el caso que ahora nos ocupa.

36. Respecto a la Superintendencia de Puertos y Transporte, se fundamentó su solicitud de vinculación en calidad de litisconsorte necesario, en la intervención que realizó esta entidad en la sociedad Promasivo S.A., pues a juicio de la parte actora y del Área Metropolitana del Centro de Occidente, la remoción del representante legal y de los miembros de junta directiva, la solicitud de proceso de liquidación ante la Superintendencia de Sociedades, y su mención en la Resolución No. 19 de 2016; son razones suficientes para predicar la existencia de una relación sustancial con la entidad demandada.

37. En el mismo sentido se argumentó la solicitud de vinculación de la Superintendencia de Sociedades, pues, dada su participación en la liquidación de la sociedad Promasivo S.A. la parte actora y el AMCO

Radicación:	66001-23-33-000-2016-00672-01
No. Interno:	65.099
Actor:	Promasivo S.A.
Demandado:	Megabus S.A.
Referencia:	Controversias Contractuales (Ley 1437 de 2011)
	Confirma

consideraron que se creó una relación sustancial entre esta y la parte demandada.

38. Sobre el particular, el despacho desataca que la relación sustancial que debe existir entre la Superintendencia de Sociedades, y la Superintendencia de Puertos y Transporte, con Megabús S.A. debe ser respecto de la misma controversia que se discute en el presente caso; es decir, frente a la declaratoria de caducidad del Contrato de Concesión No. 1 de 2004; situación que no se acreditó en el presente caso.

39. Lo anterior porque, de conformidad con las pretensiones y fundamentos de la demanda, lo que generó el incumplimiento del contrato por parte de Promasivo S.A. y la consecuente declaratoria de caducidad del contrato de concesión No. 1 de 2004, no fue la liquidación adelantada por la Superintendencia de Sociedades, ni las decisiones adoptadas por la Superintendencia de Puertos y Transporte, sino actuaciones imputables a Megabús S.A.

40. Frente a la mención que se hace de la Superintendencia de Sociedades y de la Superintendencia de Puertos y Transporte, en la Resolución No. 19 de febrero de 2016, por medio de la cual se declaró la caducidad del contrato No. 1 de 2004, observa el despacho que, el nombre de estas entidades únicamente se señaló para relatar las actuaciones que adelantaron, sin que permitan concluir la existencia de una relación sustancial respecto a la declaratoria de caducidad; pues, si bien adoptaron decisiones que influyeron en diferentes contratos, entre estos, en el contrato No. 1 de 2004, de conformidad con la demanda, estas actuaciones no fueron la causa de la declaratoria de caducidad.

41. Así las cosas, el despacho observa que, la concurrencia de estas tres entidades al proceso, no los reviste de la condición de litisconsortes necesarios en tanto no se predica de ellos la existencia de una relación sustancial

inescindible con la demandada, que torne en indispensable su comparecencia para definir el fondo del asunto, como tampoco que el asunto deba fallarse de manera uniforme para cada uno de ellos, elemento central de la configuración de un litisconsorte necesario.

42. Ahora bien, si las partes del proceso consideran que la Superintendencia de Puertos y Transporte, la Superintendencia de Sociedades y el Ministerio de Transporte, causaron algún daño, deberán pretender la reparación del mismo, en atención a la fuente del daño. Esto toda vez que, si bien estas entidades platean directrices sobre política pública de transporte e intervinieron a Promasiva S.A., no participaron en la ejecución del contrato de concesión No. 1 de 2004, sobre el cual se declaró la caducidad y la ocurrencia del siniestro.

43. Recapitulando, en atención a las pretensiones de la demanda y sus argumentos, para analizar los motivos que dieron lugar a la expedición de las resoluciones No. 19 y 20 de 2016, por medio de las cuales se declaró la caducidad del contrato No. 1 de 2004., y sobre las cuales se pretende su nulidad; no es trascendental vincular a las mencionadas entidades, sino verificar los fundamentos de las resoluciones y las actuaciones del Promasivo S.A. y Megabús S.A. en la ejecución de dicho contrato.

44. En definitiva, el Ministerio de Transporte, la Superintendencia de Puertos y Transporte y la Superintendencia de Sociedades, no integran la relación sustancial objeto del presente litigio; en consecuencia, se confirmará la decisión del Tribunal Administrativo de Risaralda.

3. DECISIÓN

El despacho, como consecuencia de las consideraciones expuestas,

Radicación: 66001-23-33-000-2016-00672-01
No. Interno: 65.099
Actor: Promasivo S.A.
Demandado: Megabus S.A.
Referencia: Controversias Contractuales (Ley 1437 de 2011)
Confirma

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, a través de auto de 27 de agosto de 2019, dentro del proceso de la referencia, por las razones aquí expuestas.

SEGUNDO: En firme esta providencia, **DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ALBERTO MONTAÑA PLATA

LISC.

legis

