



Tribunal Administrativo de Boyacá
Despacho No. 5
Magistrada Ponente: Beatriz Teresa Galvis Bustos

Tunja, julio dos (2) dos mil veintiuno (2021)

Medio de Control: Controversias contractuales
Demandante: R.L. Epsagro Rihed Ingeniería S.A.S.
Demandado: Municipio de Úmbita y otros
Expediente: 15001-33-33-010-2017-00040-02

OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Despacho el recurso de apelación presentado por el Municipio de Úmbita contra el auto proferido el 25 de septiembre de 2020, por el cual se resolvió negar la solicitud de vinculación como litisconsorte necesario de la Fiduciaria Bancolombia.

I. ANTECEDENTES

Contestación de la demanda

En la contestación de la demanda, el Municipio de Úmbita se opuso a las pretensiones (f. 132 y ss.) y propuso la “*excepción de indebida conformación del contradictorio, por la exclusión de la conformación del litis consorcio necesario por FINAGRO (Fondo para el Funcionamiento del Sector Agropecuario) y Unión Temporal Moore Stephens, dentro de la parte pasiva.*”

Audiencia inicial de 4 de octubre de 2018

En la audiencia inicial realizada el 4 de octubre de 2018 (f. 166), en la etapa de excepciones, el juez a quo consideró que, de conformidad con las cláusulas del contrato, existe un vínculo obligacional entre el Municipio de Úmbita, FINAGRO y la interventoría que estaba a cargo de Moore Stephens y, a su vez, entre el municipio y FINAGRO existe un relación derivada del acuerdo de financiamiento, con el fin de obtener el aval del proceso de selección correspondiente para recibir los recursos de contrapartida necesarios y poder asumir los compromisos generados mediante la formalización del proceso contractual.

Sostuvo que, como de las pretensiones se desprende que el objeto de la demanda es obtener la liquidación judicial del Contrato de Prestación de Servicios Profesionales

No. 122 de 29 de julio de 2014 y que, de sus cláusulas se colige que es necesaria la comparecencia de *“todas las entidades de cuyo concurso dependían los avales para los pagos, el control administrativo, financiero y técnico, así como las partes que suscribieron el Acuerdo de Financiamiento IAT 266-2013, del cual dependían los recursos necesarios para poder asumir los compromisos derivados de la ejecución contractual...”*

Aseguró que como también se pide la declaratoria de incumplimiento del mismo contrato (de Prestación de Servicios Profesionales No. 122 de 29 de julio de 2014), era necesaria la vinculación de FINAGRO y Moore Stephens, por haber sido partícipes en la relación jurídica sustancial.

Por lo anterior, declaró probada la excepción *“No comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios”* y, en consecuencia, ordenó la vinculación de FINAGRO y la Unión Temporal Moore Stephens.

Contestación de la demanda

FINAGRO contestó la demanda (f. 186). Propuso las excepciones: (i) falta de agotamiento de requisito de procedibilidad respecto a esa entidad, (ii) caducidad y (iii) falta de legitimación en la causa por pasiva.

Por su parte, Moore Stephens se opuso a las pretensiones de la demanda y no alegó ninguna excepción (f. 236 y ss.)

Solución a las excepciones propuestas por FINAGRO

En audiencia de 8 de octubre de 2019 (f. 534), el juez a quo resolvió declarar no probadas las excepciones de (i) falta de agotamiento de requisito de procedibilidad respecto a esa entidad, (ii) caducidad y (iii) falta de legitimación en la causa por pasiva, propuestas por FINAGRO. Contra la anterior decisión, la apoderada de FINAGRO presentó recurso de reposición y en subsidio de apelación.

En la misma diligencia, a minuto 44:10, el apoderado del Municipio de Úmbita, manifestó:

“(...) respecto de la declaración de las excepciones de oficio, de forma respetuosa solicitaría que se estudiara un poco de fondo la vinculación que se hiciera del encargo fiduciario, lo anterior, teniendo en cuenta las siguientes razones y es que como vemos con las contestaciones

que se dan por parte de FINAGRO y de la unión temporal e incluso con el escrito introductorio, se advierte que en esta situación estamos ante un escenario de coligación contractual, en el que si bien existen varios contratos todos están unidos por un vínculo, un acto jurídico único, entonces, encontramos en primer lugar que está el acuerdo de financiamiento que suscribió FINAGRO con el Municipio de Úmbita a efectos de cumplir con un objeto contractual emanado de orden legal, como consecuencia de eso FINAGRO tuvo la obligación de crear un encargo fiduciario para efectos de que los aportes que venían del orden gubernamental, es decir, del Min Agricultura, como aquellos que directamente realizó el Municipio Úmbita, fueran a un encargo fiduciario, una fiducia que fue suscrita por Bancolombia, Fiduciaria Bancolombia a efectos de que ella, una vez tuviera la aprobación directa por parte de la interventoría por parte de Moore Stephens realizara los desembolsos, por qué efectuó esta solicitud, porque si bien en la contestación que se diera por parte del Municipio de Úmbita se dejó por fuera lo que tenía que ver con el encargo fiduciario, se advierte en este momento que es necesaria su intervención por una razón desde el punto de vista económico, en el sentido de que en el evento en que las pretensiones económicas salieran adelante se tendría que hacer una condena respecto de quien tenía la obligación de realizar los desembolsos, entonces el municipio no realizaba directamente los desembolsos y no tenía dentro de su presupuesto fiscal y el erario público los dineros para efectos de realizar los pagos a los que se refiere el contrato dentro de la cláusula tercera; es más, como se puede advertir dentro del contrato de servicios profesionales 122 de 2014, en la misma cláusula tercera en las mismas consideraciones se advierte que una de las obligaciones de FINAGRO aparte de realizar la interventoría por parte de un tercero, era la de crear el encargo fiduciario, con el fin de que este fuera el administrador desde el punto de vista económico de los dineros que hacían parte de los aportes del ente gubernamental, así como de la entidad territorial, entonces, en ese sentido, podemos advertir cómo dentro de la cláusula tercera antes del párrafo primero se advierte que “la totalidad de los aportes de dinero del presente contrato, serán administrados a través del encargo fiduciario constituido por FINAGRO” entonces aparte de eso es necesario tener en cuenta las afirmaciones y las hipótesis que se plantean dentro de las contestaciones de los vinculados del litisconsorcio necesario, en el sentido en que se dice, claro, la interventoría tenía un control financiero y control administrativo simplemente respecto del aval pero quien se encargaba del desembolso del dinero, era el encargo fiduciario, en ese sentido no solo para ventilar las pretensiones desde el punto de vista económico, sino para efectos de establecer la coligación contractual y obligacional que existe por los diferentes contratos, es necesaria la presencia del encargo fiduciario a efectos de establecer no solo si ya se disolvió, porque no tenemos certeza para donde se fueron los dineros que sobraron junto con los réditos y los intereses que produjo abrir esa cuenta de ahorros y en ese sentido solicitaría de forma respetuosa al juzgado a efectos de que se analizara de fondo **la posibilidad de decretar de forma oficiosa la excepción previa de nuevamente falta de litisconsorcio a efectos de que se vinculara como litisconsorcio necesario igualmente al encargo fiduciario** el que se encargaba del desembolso de las sumas de dinero para el pago del contrato de prestación de servicios 122 de 2014 que es base y que es objeto de este proceso de controversias contractuales.”

Frente a esta solicitud presentada por el Municipio de Úmbita, el juez a quo consideró que, no se propuso la excepción frente a la fiduciaria, sin embargo, de conformidad con el artículo 61 del C.G.P. se pronunciaría sobre la vinculación de la fiduciaria después de haberse resuelto el recurso de apelación presentado por FINAGRO.

El juez a quo resolvió rechazar de plano el recurso de reposición y conceder en efecto suspensivo el de apelación.

Mediante auto de 14 de febrero de 2020 (f. 550) este Tribunal resolvió confirmar la decisión de primera instancia, por la cual se declararon no probadas las excepciones alegadas por FINAGRO.

II. AUTO APELADO

En el auto proferido el 25 de septiembre de 2020 (f. 565 y ss.) el Juez Décimo Administrativo Oral de Tunja resolvió entre otras cosas: (i) obedecer y cumplir lo dispuesto por este Tribunal y (ii) negar *“la solicitud de vinculación como litisconsorte necesario de la Fiduciaria Bancolombia, formulada por el Municipio de Úmbita”*.

Consideró que las partes no debaten la responsabilidad de la Fiduciaria Bancolombia como administradora de los recursos del Contrato de Servicios No. 122 de 2014, pues es esta la labor de esta entidad, además que, dentro del clausulado del contrato, aparece a cargo de la fiduciaria la obligación relacionada con la autorización de pagos al contratista.

Señaló que tampoco se allegó documento que acredite la relación de la Fiduciaria Bancolombia con el contrato de prestación de servicios, *“si se tiene en cuenta que, aunque en la cláusula tercera se acordó que la totalidad de los aportes en dinero serían administrados a través de encargo fiduciario constituido por FINAGRO, no se determinó con qué entidad se realizaría el contrato de fiducia.”*

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el Municipio de Úmbita presentó recurso reposición y en subsidio de apelación el 1 de octubre de 2020 (f. 571 y ss.).

Se pronunció sobre la naturaleza del litisconsorcio necesario, la coligación contractual y la figura de encargo fiduciario, para señalar que el municipio ha referido desde la contestación que en búsqueda del fortalecimiento del área agrícola participó en la

convocatoria abierta por FINAGRO para adquirir recursos para asistencia técnica rural IEADTR, celebrando el Acuerdo de Financiamiento IAT-266 de 2013 para con FINAGRO, en virtud del cual se realizó un aporte económico de \$67.650.000 y, a cargo de FINAGRO por \$270.600.000, dineros que fueron entregados a la Fiducia Bancolombia S.A., designada por este último (FINAGRO) para su administración y desembolso previa aprobación por parte del interventor, correspondiéndole al municipio designar el contratista.

Que, por lo anterior, la entidad territorial suscribió el Contrato de Prestación de Servicios No. 122 de 2014 con Epsagro Rihed Ingeniería S.A.S., cuyo objeto radicó en la asistencia técnica directa rural en el ente territorial para el mejoramiento de la competitividad y productividad agropecuaria de pequeños y medianos productores beneficiarios del Incentivo Económico a la Asistencia Técnica Rural (IEADTR). Igualmente, que los aportes en dinero del contrato serían administrados por el encargo fiduciario constituido por FINAGRO, esta es, Fiduciaria Bancolombia S.A.

Explicó que, en el escenario descrito, se encuentra determinado el fenómeno de coligación contractual, en cuya virtud, si bien existen diferentes acuerdos de voluntad autónomos, cada uno de ellos se enmarca en una función económica supracontractual, en consecuencia, la Fiduciaria Bancolombia S.A., debe ser vinculada en calidad de litisconsorte necesario por pasiva, toda vez que *“en el hipotético caso en que las pretensiones económicas del demandante fueran despachadas favorablemente los efectos de la sentencia la cobjarían de forma directa y necesaria, sin que sea posible adelantar el trámite procesal sin su comparecencia.”*

A su juicio, la condena generaría obligaciones en cabeza de la fiduciaria Bancolombia S.A. como entidad encargada de (i) administrar los dineros que hacen parte de los aportes del ente gubernamental y del ente territorial y (ii) desembolsar los mismos en cumplimiento del Contrato No. 122 de 2014.

Insistió que la cláusula tercera del contrato indica que la totalidad de los aportes del contrato serían administrados a través del encargo fiduciario constituido por FINAGRO, con la Fiduciaria Bancolombia S.A., encontrándose probado el vínculo entre las partes negociales.

Por lo anterior, dijo que debe entenderse probado, a la luz de las contestaciones de la demanda, que la Fiducia Bancolombia S.A. debe ser necesariamente convocada al proceso en calidad de parte, a través del litisconsorcio necesario por pasiva, pues el

alcance de la eventual condena cobijaría directamente las obligaciones relacionadas con su órbita funcional, dentro del escenario de coligación contractual.

IV. TRÁMITE

En auto de 20 de noviembre de 2020 (f. 578), el juez a quo consideró que, de conformidad con el numeral 7º del artículo 243 del CPACA, en concordancia con el artículo 226 del mismo ordenamiento procesal, era procedente el recurso de apelación contra el auto que niega la intervención de terceros. En consecuencia, resolvió rechazar por improcedente el recurso de reposición y conceder en efecto suspensivo el de apelación.

V. CONSIDERACIONES

Competencia

Comoquiera que la apelación fue interpuesta el 1 de octubre de 2020 (f. 570), debe determinarse la competencia conforme a la Ley 1437 de 2011. Es así como, de conformidad con el artículo 125 de este cuerpo normativo, corresponde al ponente resolver el recurso.

Problema jurídico

Corresponde al Despacho resolver los siguientes problemas jurídicos:

- a. *¿Es procedente el recurso de apelación presentado por el Municipio de Úmbita contra auto que negó la vinculación como litisconsorte necesario de la Fiduciaria Bancolombia?*

Si la respuesta a la anterior pregunta no es afirmativa, se deberá determinar:

- b. *¿Se debe revocar el auto de primera instancia por el cual se negó la vinculación como litisconsorte necesario de la Fiduciaria Bancolombia S.A., solicitada por el Municipio de Úmbita?*

Procedencia del recurso de apelación contra el auto que niega la vinculación como litisconsorte necesario

El juez a quo en auto de 25 de septiembre de 2020 resolvió:

“2.- NEGAR la solicitud de vinculación como Litisconsorte necesario de la Fiducia Bancolombia, formulada por el municipio de Úmbita, por las razones expuestas en precedencia.”

Y, concedió el recurso de apelación presentado por el Municipio de Úmbita, conforme al numeral 7º del artículo 243 del CPACA, el cual prevé:

“ARTÍCULO 243. Son apelables las sentencias de primera instancia de los Tribunales y de los Jueces. También serán apelables los siguientes autos proferidos en la misma instancia por los jueces administrativos:

(...)

7. El que niega la intervención de terceros.

(...)”

Esto, en concordancia con el artículo 226 ídem (que hace parte del Capítulo X – Intervención de terceros) del mismo cuerpo normativo, el cual reza:

“ARTÍCULO 226. El auto que acepta la solicitud de intervención en primera instancia será apelable en el efecto devolutivo y el que la niega en el suspensivo. El auto que la resuelva en única instancia será susceptible del recurso de súplica o del de reposición, según el juez sea individual o colegiado, y en los mismos efectos previstos para la apelación.”

En auto proferido por la Sección Cuarta del Consejo de Estado el 8 de marzo de 2018 (radicación 20001-23-33-000-2013-00350-01), sobre el litisconsorcio necesario y la vinculación de terceros, dijo:

*“Frente al presente asunto, el Despacho advierte que el **auto que ordenó la vinculación de la DIAN como litisconsorte necesario no es una providencia que acepta la intervención de terceros**, pues la vinculación decretada por el a quo se encuentra relacionada con la debida **conformación del contradictorio**, es decir, al examen sobre la procedencia de integrar pluralidad de partes al proceso (demandantes o demandados), en razón a la relación jurídica sustancial debatida.*

Debe tenerse en cuenta, que la figura del litisconsorcio necesario no se encuentra prevista en el Capítulo X de la Ley 1437 de 2011, que regula la intervención de terceros, pues en los artículos 223, 224 y 225, se consagra la coadyuvancia, el litisconsorcio facultativo e intervención ad excludendum y el llamamiento en garantía.

En relación a la naturaleza de parte del litisconsorcio necesario, esta Corporación ha señalado⁵:

“El litisconsorcio necesario se presenta cuando la cuestión litigiosa tiene por objeto una relación jurídica material, única e

indivisible, que debe resolverse de manera uniforme para todos los sujetos que integran la parte correspondiente (artículo 61 del C. G. del P.), lo cual impone que el proceso no pueda adelantarse sin la presencia de dicho litisconsorte, pues su vinculación resulta imprescindible y obligatoria.”

Además, el Despacho observa que en el Código General del Proceso la figura del litisconsorcio se encuentra ubicada en los artículos 60, 61 y 62 del Capítulo II “Litisconsortes y otras partes”, en capítulo independiente de los “Terceros” (Capítulo III) del Título Único de la Sección Segunda (Partes, terceros y apoderados).

(...)

De acuerdo con lo expuesto, el Despacho considera que lo resuelto por el a quo en la providencia de 31 de julio de 2014, **no corresponde a una decisión sobre la intervención de terceros**, sino que es un aspecto relacionado con la dirección y saneamiento del proceso por parte del juez de conocimiento, tal como lo prevé el numeral 5 del artículo 42 del Código General del Proceso, según el cual, entre los deberes del juez están la adopción de medidas para sanear los vicios de procedimiento o precaverlos, integrar el litisconsorcio necesario e interpretar la demanda de manera que permita decidir el fondo del asunto, respetando el derecho de contradicción y el principio de congruencia.

Así las cosas, teniendo en cuenta que el auto de 31 de julio de 2014 no contiene una decisión sobre la intervención de terceros, se rechazará por improcedente el recurso de apelación concedido por el a quo y se ordenará la devolución del expediente al Tribunal Administrativo del Cesar para que se dé trámite al recurso de reposición interpuesto por la DIAN contra la citada providencia.”

Este criterio también fue expuesto por la misma sección en el auto de 1 de marzo de 2019¹.

Y, en el auto de 22 de octubre de 2018 (radicación 25000-23-36-000-2017-00911-01-61123-), la Sección Tercera del mismo Tribunal, sobre la “vinculación de terceros bajo la figura del litisconsorcio”, analizó de fondo la decisión que declaró no probada la excepción de falta de integración del litisconsorcio necesario en ese caso.

La misma Corporación² ha señalado que el litisconsorcio necesario se presenta cuando la cuestión litigiosa tiene por objeto una relación jurídica material, única e indivisible que debe resolverse de manera uniforme para todos los sujetos que integran la parte correspondiente y, entonces, impone su comparecencia obligatoria al proceso al ser un requisito imprescindible para adelantarlos.

¹ Radicación 25000-23-37-000-2017-00960-01, C.P. Dr. Milton Chaves García.

² Auto de 16 de octubre de 2020, radicación 11001-03-26-000-2015-00003-00, C.P. Dr. Jaime Enrique Rodríguez Navas.

Así, cuando la cuestión litigiosa tiene por objeto una relación jurídica material única que debe resolverse de manera uniforme para todos los sujetos que integran la parte correspondiente, impone que su comparecencia al proceso sea obligatoria, por considerarse un requisito indispensable para su adelantamiento³.

En ese entendido, de acuerdo con la providencia citada anteriormente, la figura de litisconsorcio necesario se dirige a la conformación del contradictorio y, por tanto, no puede tenerse como si se tratara de la vinculación de un tercero. Así lo sostuvo esta Corporación en auto de 25 de enero de 2021, en el proceso radicado con el número 15238-33-33-003-2018-00538-01 con ponencia del Doctor Fabio Iván Afanador García:

“Se tiene entonces que la figura del litisconsorcio necesario no debe confundirse con la de un tercero interviniente, toda vez que se trata de una parte cuya comparecencia al proceso es requisito ineludible para decidir de fondo. Así las cosas, al momento de ingresar al proceso, lo hace ocupando la posición de demandante o demandado -o ambas dependiendo el caso-, quiere decir ello que cuenta con los mismos derechos y deberes de los demás sujetos procesales.” (Se destaca)

En la sentencia proferida el 17 de abril de 2013⁴ con ponencia del Doctor Eduardo Gómez Aranguren, se indicó que *“el recurso de apelación procede contra el auto que resuelve sobre la intervención de terceros, sin que en el que ordena integrar el litisconsorcio necesario, sea uno de ellos; por manera que contra el mismo, es viable el recurso de reposición.”*, en consecuencia, no puede confundirse la integración del litisconsorcio con la intervención de terceros, pues, la primera tiene como objeto vincular a personas naturales o jurídicas en calidad de parte. Por ende, el Despacho adoptará la posición jurisprudencial que señala que el auto que resuelve la intervención de litisconsorte necesario no corresponde a una decisión sobre la intervención de terceros.

Así las cosas, el recurso interpuesto contra el auto que niega la integración del litisconsorcio necesario no encaja en el supuesto normativo previsto en el numeral 7º del artículo 243 ni en el artículo 226 del CPACA, es decir, contra esta decisión no procedía el recurso de apelación, sino el de reposición.

De acuerdo con los antecedentes reseñados, el apoderado del Municipio de Úmbita señaló que, en efecto, en la contestación de la demanda no se propuso la excepción

³Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “C”, auto de 7 de abril de 2021, radicación 85001-23-33-000-2016-00219-02(66138)A, C.P. Dr. Jaime Enrique Rodríguez Navas.

⁴ Radicación 76001-23-31-000-2006-01754-01.

de falta de integración del litisconsorcio necesario, por ello, solicitó que “se analizara de fondo la posibilidad de decretar de forma oficiosa la excepción previa de nuevamente falta de litisconsorcio a efectos de que se vinculara como litisconsorcio necesario igualmente al encargo fiduciario”. Esta petición la presentó una vez se había finalizado la etapa de excepciones, pues el juez a quo ya había notificado en estrados la decisión de declarar no probadas las excepciones de FINAGRO.

En el auto que resolvió el recurso presentado por FINAGRO contra el auto antes señalado (que declaró probadas las excepciones), se indicó (f. 559):

“3.4. De la petición de vinculación de BANCOLOMBIA

El apoderado del Municipio de Úmbita en la audiencia inicial de 8 de octubre de 2019 a minuto 41:11 solicitó que fuera vinculada BANCOLOMBIA en tanto FINAGRO constituyó el encargo fiduciario con esa entidad financiera, petición frente a la cual el a quo señaló que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 61 del C.G.P. sería resuelta antes de dictar sentencia.

Estima este Despacho pertinente indicar que la petición deberá ser resuelta de manera prioritaria, en tanto, acceder a la misma implicaría realizar el trámite de notificación y traslado de la demanda con BANCOLOMBIA en calidad de Litis Consorcio en caso que el Juzgado así lo concluya.”

En virtud de lo anterior, el juez a quo resolvió **negar la solicitud de vinculación** de como litisconsorte necesario de la Fiduciaria Bancolombia “*formulada por el municipio de Úmbita*”.

De lo expuesto se desprende que si bien el municipio demandado solicitó se declarara “**de oficio**” la excepción, el juez le dio trámite de solicitud de vinculación y, por tanto, tampoco puede tramitarse como recurso de apelación en contra del auto que resuelve excepciones que prevé el numeral 6º del artículo 180 del CPACA.

En suma, como se trata de la decisión que negó la solicitud de vinculación de la Fiduciaria Bancolombia como litisconsorte necesario, deberá concluirse que no podía concederse el recurso de apelación conforme al numeral 7º del artículo 243 del CPACA.

En consecuencia, dado que el Municipio de Úmbita presentó “*recurso de reposición y en subsidio el de apelación*”, se rechazará por improcedente el recurso de apelación presentado por el Municipio de Úmbita y se ordenará remitir el proceso al juzgado para que se pronuncie sobre el recurso de reposición presentado. Por esta razón,

huelga pronunciarse sobre el problema jurídico planteado en el acápite correspondiente.

Por lo expuesto, se

Resuelve

- 1. Rechazar por improcedente** el recurso de apelación presentado por el Municipio de Úmbita contra el auto de 25 de septiembre de 2020, por el cual se negó la solicitud de vinculación como litisconsorte necesario de la Fiduciaria Bancolombia, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.
- 2.** En firme esta providencia, por Secretaría devuélvase el expediente al despacho judicial de origen previas las anotaciones del caso, para que resuelva el recurso de reposición presentado contra la decisión apelada.

Lo anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

Notifíquese y cúmplase,

(Firmado electrónicamente)

BEATRIZ TERESA GALVIS BUSTOS
Magistrada

Constancia: *Esta providencia se suscribe en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar su integridad y autenticidad.*