



PROCURADURÍA 39 JUDICIAL II EN ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Popayán, febrero 8 de 2024

Doctor
JAIRO RESTREPO CÁCERES
Magistrado Ponente
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAUCA
E. S. D

Expediente No: 2021-00092-00
Demandante: SUCESORES DE HORACIO GARCÍA S.A.S.
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL
Medio de Control: REPARACIÓN DIRECTA

En mi condición de Procuradora 39 Judicial II para asuntos administrativos y en ejercicio de mis competencias legales en defensa del orden jurídico, del patrimonio público y de los derechos y garantías fundamentales y dentro de la oportunidad prevista en la Ley, me permito presentar RECURSO DE REPOSICIÓN en contra del Auto I.- 022 del 02 de febrero de 2024, notificado el 05 de febrero de la misma anualidad, mediante el cual se declaró probada la excepción previa de “*litis consorte necesario*” formulada por la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL y en consecuencia, se integró el contradictorio por pasiva con el MUNICIPIO DE CORINTO, la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL y el DEPARTAMENTO DEL CAUCA; con el fin de que se REVOQUE y en su lugar, se declare no probada la excepción. Recurso que me permito sustentar en los siguientes términos:

I. LEGITIMACIÓN Y OPORTUNIDAD PARA INTERPONER EL RECURSO

El artículo 303 de la Ley 1437 de 2011 dispone que “*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 (...)*”.

Respecto a estas funciones, el Consejo de Estado en sentencia de unificación¹, indicó cuáles son las competencias del Ministerio Público para impugnar providencias, así lo manifestó:

“Si bien existe un pronunciamiento de unificación por parte de la Sección Tercera de esta Corporación, contenida en el auto del 27 de septiembre de 2012, la Sala considera que debe modificarse la postura allí plasmada (...) la postura que hoy abandona la Sala reconoce la importancia que se le otorga al Ministerio Público en el marco de la Carta Política que hoy nos rige (...) la argumentación desarrollada en el auto pierde de vista algo básico: el Ministerio Público representa a la sociedad, en su conjunto; y en desarrollo de tan importante atribución, desempeña tareas de gran complejidad. (...) el Ministerio Público no ejerce su función en calidad de representante de la sociedad en procesos contencioso administrativos para favorecer el interés individual de una parte –demandante– o de la otra parte –demandado–. Su autonomía e independencia convierten a la institución en instrumento al servicio del interés

¹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SALA PLENA SECCIÓN TERCERA. C.P.: DANILLO ROJAS BETANCOURT, veintiséis (26) de febrero de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 66001-23-31-000-2007-00005-01(36853).



PROCURADURÍA 39 JUDICIAL II EN ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

*público al paso que la tornan en factor generador de balance, equilibrio e igualdad de cargas, cuandoquiera que el desconocimiento del ordenamiento jurídico y de los derechos constitucionales fundamentales lo rompan. (...) El interés con que actúa el Ministerio Público en sede contencioso administrativa es siempre y a un mismo tiempo general, público, formal y sustantivo; jamás únicamente formal o interesado en favorecer per se a una de las partes del proceso, o pendiente de relevarlas de cargas que ellas deben cumplir o atento a sustituirlas en sus obligaciones procesales. (...) el recurso de impugnación instaurado por la Procuraduría o por sus agentes judiciales en sede contencioso administrativa ha de contener la debida fundamentación y ha de ejercerse de conformidad con las formalidades exigidas en el ordenamiento jurídico, como se exige respecto de todos los demás sujetos procesales (...) la Sala considera que existe mérito para modificar la postura contenida en el auto del 27 de septiembre de 2012 (...) Y en su lugar **unificar en esta materia la conclusión de que la apelación por parte del Ministerio Público, se entiende interpuesta en defensa del orden jurídico, del patrimonio público o las garantías fundamentales sin que le sea exigible manifestar esto expresamente, so pena de ser rechazado el recurso de alzada. (...) sí le asiste interés al Ministerio Público para recurrir la decisión de primera instancia**".*

De conformidad con lo expuesto, es clara la facultad con que cuenta el Ministerio Público para interponer recursos al interior de los procesos que se ventilan en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, pues tal actuación se entiende hecha a partir de las funciones constitucionalmente asignadas y en defensa del orden jurídico, el patrimonio público y de los derechos fundamentales.

Ahora bien, frente a la oportunidad para presentar el recurso de reposición, debe indicarse que de conformidad con el artículo 242 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA), modificado por el artículo 61 de la Ley 2080 de 2021, este recurso procede contra todos los autos, salvo norma legal en contrario y, en cuanto a su trámite, este se rige por el Código General del Proceso, el cual prescribe que deberá interponerse por escrito dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, si se trata de un auto que se profiere por fuera de audiencia.

En ese sentido, el Auto I.-022 se notificó mediante estado electrónico del día 05 de febrero de 2024, en tal sentido y considerando que el término de tres (3) días para interponer el recurso culmina el 08 de febrero de 2024, se tiene entonces que el recurso se presenta oportunamente.

II. LA DECISIÓN MATERIA DEL RECURSO

Mediante Auto I.- 022 del 02 de febrero de 2024, el Honorable Magistrado Ponente resolvió tener por probada la excepción previa de "*litis consorte necesario*", formulada por la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL y en consecuencia, se integró el contradictorio por pasiva con el MUNICIPIO DE CORINTO, la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL y el DEPARTAMENTO DEL CAUCA, disponiendo igualmente la notificación personal de estas entidades. Lo anterior, con fundamento en los siguientes argumentos:

Inicia el Despacho precisando que la NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICÍA NACIONAL formuló la excepción previa de que trata el numeral 9° del artículo 100 del Código General del Proceso, al considerar que se debía vincular a



PROCURADURÍA 39 JUDICIAL II EN ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

otras entidades del orden nacional y departamental, tales como: “MINISTERIO DE INTERIOR, MINISTERIO DE AGRICULTURA, AGENCIA NACIONAL DE TIERRAS, MUNICIPIO DE CORINTO, GOBERNACIÓN DEL CAUCA, NACIÓN MINDEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL – VIGÉSIMA NOVENA BRIGADA- FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN – CONSEJO REGIONAL INDÍGENA DEL CAUCA (CRIC) y la ASOCIACIÓN DE CABILDOS INDÍGENAS DEL NORTE DEL CAUCA”.

Con el fin de decidir sobre la excepción formulada, se pone de presente lo dicho por el Consejo de Estado² en relación con el tema del litisconsorcio necesario, destacando el aparte en el cual se indica que esta figura se presenta “cuando el proceso versa sobre relaciones jurídicas que no es posible resolver sin la comparecencia de las personas que puedan afectarse o beneficiarse con la decisión”. Asimismo, se citó el artículo 61 del C.G.P., según el cual se advierte que el juez debe disponer la citación de las personas que faltaren para integrar el contradictorio y concederles el término para que comparezcan al proceso.

Posteriormente, se analizó el caso concreto, indicando que en las pretensiones se solicita la declaratoria de responsabilidad de la entidad demandada (NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL) por los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de la ocupación ilícita de un predio de su propiedad por parte de miembros de grupos étnicos, quienes no han sido desalojados por la entidad demandada, configurándose una falla en el servicio.

De igual forma, se indicó que en el expediente obraban documentos relacionados con una acción policiva de lanzamiento por ocupación solicitada por el representante legal de la sociedad demandante y ordenada por el Inspector de Policía del Municipio de Corinto, Cauca, la cual, se precisa, debe llevarse a cabo o ejecutarse utilizando la Fuerza Pública, lo que incluye al Ejército Nacional. En razón de ello, el Despacho concluye que deben ser vinculados el MUNICIPIO DE CORINTO y la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL.

Por otra parte, se indica que también es procedente la vinculación del DEPARTAMENTO DEL CAUCA en virtud de que el artículo 203 de la Ley 1801 de 2016, Código Nacional de Seguridad y Convivencia Ciudadana, establece la competencia especial del Gobernador en casos de ocupación o perturbación por vías de hecho de la posesión o tenencia de bienes inmuebles, en los cuales se les dificulte las autoridades municipales adelantar un procedimiento policivo o ejecutar las órdenes de restitución.

En ese sentido, se decide declarar probada la excepción e integrar el contradictorio por pasiva incluyendo al MUNICIPIO DE CORINTO, a la NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-EJÉRCITO NACIONAL y al DEPARTAMENTO DEL CAUCA, pues según el Despacho su comparecencia es forzosa para “el desarrollo normal del proceso” y porque además, “pueden llegarse a ver afectadas con la decisión que en el momento oportuno y en derecho se adopte, siendo evidente el interés directo en las resultas del proceso”.

En lo que respecta a las otras entidades cuya vinculación solicitó la demandada, el Despacho indicó que no se cumplía con las previsiones establecidas en el artículo 61 del C.G.P. y que la entidad no había argumentado su procedencia.

² En sentencias del 28 de octubre de 2016, radicación No. 25000232500020080070702 y del 29 de mayo de 2014, radicación No. 70001233100020050142201.



PROCURADURÍA 39 JUDICIAL II EN ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

III. MOTIVOS DE INCONFORMIDAD CON LA PROVIDENCIA

El motivo fundamental de inconformidad deviene de la conclusión a la que llegó Despacho, consistente en la necesidad de vinculación de algunas entidades como demandadas dentro del proceso, comoquiera que en el presente caso no se cumplen los requisitos para que exista un litisconsorcio necesario entre la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL y el MUNICIPIO DE CORINTO, la NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-EJÉRCITO NACIONAL y el DEPARTAMENTO DEL CAUCA.

En primer lugar, conviene comenzar señalando que las partes que participan en un litigio, sea como demandante o demandando, pueden estar conformadas por una sola persona (natural o jurídica) o también pueden estar integradas por una pluralidad de sujetos, evento en el cual existirá lo que la ley ha denominado un litisconsorcio.

En nuestro ordenamiento procesal, la figura del litisconsorcio se encuentra regulada en el Código General del Proceso -C.G.P.- en los artículos 60 y siguientes, y puede ser activo, pasivo o mixto y tiene tres modalidades: litisconsorcio necesario; litisconsorcio voluntario o facultativo y; litisconsorcio cuasinecesario.

El artículo 61 del C.G.P. establece la figura del litisconsorcio necesario en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 61. LITISCONSORCIO 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 faltan 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.

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 litisconsorcio.” (Subraya fuera del texto).



PROCURADURÍA 39 JUDICIAL II EN ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Aunado a lo anterior y en relación con el criterio para establecer cuándo existe litisconsorcio necesario, el Consejo de Estado ha sostenido:

“Debe tenerse presente que la figura del litisconsorcio necesario se caracteriza, fundamentalmente, por la existencia de una única relación jurídica o de un acto jurídico respecto de los cuales existe pluralidad de sujetos o, dicho en otros términos, hay litisconsorcio necesario cuando el asunto objeto de conocimiento por parte de la jurisdicción reclama una decisión uniforme para todos los litisconsortes, titulares de la misma relación jurídica o del mismo acto jurídico que es objeto de controversia.

Existe litisconsorcio necesario cuando hay pluralidad de sujetos en calidad de demandantes (litisconsorcio por activa) o demandados (litisconsorcio por pasiva) que están vinculados por una única relación jurídico sustancial. En este caso y por expreso mandato de la ley, es indispensable la presencia dentro del litigio de todos y cada uno de ellos, para que el proceso pueda desarrollarse, pues cualquier decisión que se tome dentro de éste es uniforme y puede perjudicar o beneficiarlos a todos.”³ (Se destaca).

Y más recientemente en relación con este tema, la Corporación ha señalado que: *“El litisconsorcio necesario se configura cuando el proceso versa sobre relaciones jurídicas que no es posible resolver sin la comparecencia de las personas que puedan afectarse o beneficiarse con la decisión o que hubieren intervenido en la formación de dichos actos”*⁴.

Por su parte, el Dr. Hernán Fabio López Blanco ha señalado:

*“Existen múltiples casos en los que varias personas deben obligatoriamente comparecer dentro de un proceso, ora en calidad de demandantes, bien como demandados, por ser requisito necesario para proferir sentencia, **dada la unidad inescindible con la relación de derecho sustancial en debate que impone una decisión de idéntico alcance respecto de todos los integrantes**; de no conformarse la parte con la totalidad de esas personas, es posible declarar la nulidad de la actuación a partir de la sentencia de primera instancia inclusive, lo cual pone de presente que esta irregularidad sólo afecta la validez del proceso de la sentencia de primera instancia inclusive, en adelante, debido a que hasta antes de ser proferida la misma es posible realizar la integración del litisconsorcio necesario.”*⁵ (Se destaca).

Es decir que existe litisconsorcio necesario cuando la pluralidad de sujetos (sea en calidad de demandantes o demandados) se encuentran vinculados por una relación jurídica que hace **indispensable** la presencia de todos ellos en el litigio para que el proceso pueda desarrollarse en debida forma, pues cualquier decisión que se adopte dentro de este es uniforme y puede perjudicar o beneficiarlos a todos.

³ Auto del 23 de enero de 2003, exp. 22.901, C.P. María Elena Giraldo; auto del 13 de mayo de 2004, exp. 15.321, C.P. Ricardo Hoyos Duque; auto del 26 de mayo de 2005, exp. 25.341, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. Sentencia del 23 de febrero de 2017, radicación No. 25000232500020080003003 (1739-15), C.P.: Sandra Lisset Ibarra Vélez.

⁵ López Blanco, Hernán Fabio, Código General del Proceso, parte general, Ed. Dupré Editores Ltda., Bogotá D.C., Colombia, 2017, págs.353.



PROCURADURÍA 39 JUDICIAL II EN ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Situación que no se advierte en el presente asunto, pues entre la demandada (NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL) y las otras entidades cuya vinculación ordena el Despacho no se verifica la existencia de una relación jurídica que implique que debe resolverse de manera uniforme, puesto que ni por previsión legal, ni por la naturaleza de la relación jurídico sustancial que da origen al juicio se da la exigencia procesal señalada, ya que esa vinculación no está formada por un conjunto plural de sujetos que no pueda dividirse, sino que por el contrario, frente a cada una de las entidades se puede ejercer la acción con prescindencia de las demás y tal escogencia depende **exclusivamente** de los intereses del actor y de la responsabilidad que este pretenda, sin mencionar que por tratarse de un asunto que se debe ventilar ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, para lo cual se exige derecho de postulación, la parte actora ha estado necesariamente asesorada por un abogado inscrito, quien fue el encargado de identificar las personas, sean naturales o jurídicas, a quienes les asistiría el deber de responder por los perjuicios que fueron presuntamente ocasionados a la sociedad SUCESORES DE HORACIO GARCÍA S.A.S.

De manera que, si la demanda no se presentó también en contra del MUNICIPIO DE CORINTO, la NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-EJÉRCITO NACIONAL y el DEPARTAMENTO DEL CAUCA es porque, en su momento, no se consideró que estas entidades hubiesen incurrido en una falla en el servicio o les asistiera el deber de responder, decisión que solamente es del resorte de la parte demandante.

Así las cosas, resulta posible dictar sentencia de fondo sin la comparecencia de tales entidades, y determinar si la entidad escogida como demandada y en criterio del demandante, a quien se le debe imputar los perjuicios alegados, es o no responsable, es decir, el proceso puede adelantarse sin presencia de las otras entidades porque el contenido de la sentencia no las perjudicaría ni las beneficiaría, ya que tal determinación solo tendría efectos frente a la vinculada inicialmente.

Por otra parte, si bien se indica que algunos agentes o representantes del MUNICIPIO DE CORINTO, de la NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-EJÉRCITO NACIONAL y del DEPARTAMENTO DEL CAUCA han tenido o pudieren tener participación dentro del procedimiento policivo tendiente a la recuperación del inmueble ocupado, lo cierto es que tal situación no implica que exista una relación jurídica como la que se requiere para considerar que se configura un litisconsorcio necesario, en todo caso se trataría de un litis consorcio facultativo y en este supuesto es una atribución del demandante formular su demanda contra todos los causantes del daño en forma conjunta o contra cualquiera de ellos y la misma no puede suplirse por la voluntad de otro sujeto procesal.

Al respecto, conviene indicar que una cosa es que las entidades cuya vinculación se ha ordenado por el Despacho pudieren haber tenido legitimación en la causa por pasiva en este proceso, al observarse una intervención de sus agentes o representantes en los hechos del caso y otra muy distinta es que ellas conformen una unidad inescindible, hablando en los términos de López Blanco, que amerite que acudan todas a este proceso.

De hecho, el Consejo de Estado ha señalado que la solidaridad por pasiva no determina la conformación de un litisconsorcio necesario en asuntos donde se debate la responsabilidad extracontractual y que ni el juez, ni el demandado, son competentes para conformar la relación procesal en estos casos:



PROCURADURÍA 39 JUDICIAL II EN ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

“El Consejo de Estado⁶ tiene determinado que en la responsabilidad extracontractual, de conformidad con el artículo 2344 del Código Civil, la solidaridad por pasiva no determina la conformación de un litisconsorcio necesario dentro del proceso judicial, porque es atribución del demandante formular su demanda contra todos los causantes del daño en forma conjunta o contra cualquiera de ellos. En estos casos, el juez no tiene competencia para conformar la relación procesal litisconsorcial y el demandado tampoco tiene la posibilidad jurídica de solicitarla.”

Como el presente proceso es de responsabilidad extracontractual y se persigue la indemnización de perjuicios originados en hechos imputados a varios sujetos, incluida la Nación, es atribución de la parte demandante formular su demanda contra todos o contra cualquiera de ellos por considerarlos causantes del daño sin que la solidaridad por pasiva que pueda determinarse entre ellos obligue a la conformación de un litisconsorcio necesario (...)”⁷

En ese sentido, la definición de integrar, o no, un litisconsorcio necesario por pasiva no debe depender de si el Despacho, o el demandado, consideran que existen otra u otras entidades que pudieren haber participado en la configuración del daño antijurídico, sino de que efectivamente exista una relación jurídica material que implique que debe resolverse de manera uniforme frente a todos esos sujetos.

De manera que, no es posible involucrar en este proceso a otras entidades, cual si fuera una acción constitucional como la acción de tutela, en donde el juez no solo tiene la facultad, sino el deber de vincular como parte pasiva a todas las personas que considere que tienen un interés legítimo en el asunto.

En otras palabras, la existencia del litisconsorcio no deviene simplemente de las afirmaciones del demandado en su respuesta a la demanda, ni tampoco de las del demandante en su escrito inicial, sino que es por la naturaleza del asunto en litigio que los sujetos adquieren la calidad de litisconsortes necesarios, la cual surge cuando no es posible dictar sentencia o resolver el asunto sin la presencia de todos los que conforman la relación jurídica sustancial, pues de quedar excluido alguno o alguno de los sujetos a quienes les atañe la decisión judicial, esta no tendría eficacia, puesto que no sería oponible a quienes no participaron del proceso.

En ese orden de ideas, apartándonos respetuosamente de las consideraciones del Despacho, desde el Ministerio Público sostenemos que la relación que pudiese existir entre las entidades en virtud del litigio es susceptible de ser fraccionada y por ende, que se puede decidir de fondo sin integrar el contradictorio con el MUNICIPIO DE CORINTO, la NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-EJÉRCITO NACIONAL y el DEPARTAMENTO DEL CAUCA.

Con todo, no puede dejarse de lado que con las entidades que ahora se ordena vincular al proceso no se agotó el requisito de procedibilidad de la conciliación extrajudicial y ello ocurrió porque la parte demandante no ha considerado que

⁶ Cita original: Consejo de Estado, Sección Tercera. Auto del 19 de julio de 2010, radicado 28.341.

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 13 de marzo de 2017, radicación No. 25000232600020130195601 (55299), C.P.: Guillermo Sánchez Luque.



PROCURADURÍA 39 JUDICIAL II EN ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

ninguna otra entidad, diferente a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL, sea responsable por los daños presuntamente causados y tal situación debe ser respetada y valorada por el Despacho.

IV. PETICIÓN

De conformidad con los argumentos expuestos, con todo respeto solicito REVOCAR el Auto I.- 022 del 02 de febrero de 2023, notificado por estado electrónico el 05 de febrero de 2024 y, en su lugar, DECLARAR NO PROBADA la excepción previa de “*litis consorcio necesario*” formulada por la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL, pues no están dados los supuestos para que proceda la vinculación del MUNICIPIO DE CORINTO, de la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL y del DEPARTAMENTO DEL CAUCA conforme las normas y la jurisprudencia a la que se ha hecho mención.

Del Honorable Magistrado, con todo respeto,

CLAUDIA PATRICIA TEJADA RUIZ

Procuradora 39 Judicial II en Asuntos Administrativos