

El litisconsorcio necesario: una institución equívoca en el derecho procesal administrativo

The legal institution of the necessary joinder of defendants and its equivocal application in the administrative law

Julián Camilo Guzmán Cano*
Carlos David Mejía Álvarez**

Resumen

El litisconsorcio necesario es una institución procesal cuya aplicación en materia contenciosa administrativa ha sido equívoca. El Consejo de Estado en su jurisprudencia, la misma que guía los pronunciamientos de los jueces y la conducta de la administración, ha confundido en diversas ocasiones la finalidad de la institución apartándose de su desarrollo doctrinal y dejando en evidencia la falencia conceptual que se tiene sobre el litisconsorcio.

Palabras Claves: Interés directo, contradictorio, derecho subjetivo, terceros, partes.

Abstract

The necessary joinder of defendants is a legal institution whose application in administrative law has been equivocal. The Council of State in its precedent, which guide the pronouncements of judges and the government, has repeatedly confused the purpose of the institution away from its doctrinal development and leaving in evidence the conceptual flaw that is on this topic.

KeyWords: Direct interest, adversary integration, subjective right, third parties, parties

Introducción

El litisconsorcio necesario (LN) es una forma de vinculación procesal obligatoria donde un sujeto se integra a una de las partes con el fin de que el litigio se desate con normalidad y se pueda obtener una sentencia de mérito. El "tercero" en cambio es aquel que, sin ser sujeto de la relación sustancial que se discute en el proceso, interviene en él. Algunos tratadistas (Monroy, 1996, p. 320; Quintero y Prieto, 2008) lo han definido, por exclusión, como todos aquellos sujetos que no son ni demandantes, ni demandados, cualquiera sea su relación con ellos.

La Ley, la jurisprudencia y la doctrina se han ocupado de la descripción conceptual y de la aplicación procedimental de ambas figuras. Tratar de pontificar con las definiciones arriba relacionadas, además de exceder las intenciones de este escrito, resultaría a todas luces imprudente; es más, como se dijo, tan sólo es una aproximación que para fines metodológicos nos será útil.

Entre tanto, a pesar de que el litisconsorcio necesario se maneja con mediana normalidad en los asuntos procesal-civiles, en la jurisdicción contenciosa-administrativa su aplicación parece no ser tan lúcida. Quizás el origen de la

* Abogado de la Universidad de Medellín, Especialista en Derecho Administrativo de la misma universidad, Candidato a Magister en Derecho. Juez Catorce Administrativo del Circuito de Medellín. Correo electrónico: julianguzmancano@gmail.com

** Abogado de la Universidad de Medellín, Especialista en Derecho Privado de la Universidad Pontificia Bolivariana y estudiante de la Maestría en Derecho de la Universidad de Medellín. Profesional Universitario del Juzgado Catorce Administrativo del Circuito de Medellín. Correo electrónico: carlosmejia4@gmail.com



Recibido:
22 de Octubre de
2013

Aprobado:
114 de Noviembre
de 2013

confusión radica en la particularidad de las pretensiones que en esta última se adelantan, en su mayoría, buscando la anulación de actos administrativos, indiscutiblemente distintas a las que se impetran comúnmente en la jurisdicción ordinaria.

Justamente, esa equivocidad a la que hacemos referencia, es la que nos conduce a preguntarnos ¿cuándo debe emplearse procesalmente la institución litisconsorcial necesaria en asuntos contenciosos administrativos? tanto bajo la vigencia del Decreto 01 de 1984, como de la reciente Ley 1437 de 2011.

Creemos que el Consejo de Estado y legislador contencioso administrativo, suministran datos indubiosos para la correcta interpretación y aplicación de la institución mencionada, confundiendo la reiteradamente con las tercerías.

Hecha esta introducción, nos proponemos identificar cuándo debe aplicarse este tipo de intervención en los asuntos que cotidianamente conoce esta jurisdicción. Parta tal fin, primero, examinaremos la legislación contenciosa administrativa que regula el tema; segundo, enunciaremos los eventos registrados en los cuales el Consejo de Estado ha entendido que debe *echarse mano* de la institución litisconsorcial necesaria; tercero, repasaremos el tratamiento que le ha dado la doctrina autorizada al mismo, y cuarto, analizaremos de forma crítica la concepción del fenómeno jurídico en cada uno de los casos enunciados.

Para llevar a cabo este estudio, nos serviremos de un método inductivo, descriptivo e instrumental; partiendo del rastreo jurisprudencial y concluyendo con la consulta bibliográfica, herramientas que nos permitirá calificar si el tratamiento que se le ha dado coincide con el desarrollo teórico del litisconsorcio necesario.

No está demás apuntar que a lo largo de este escrito se tocarán temas distintos a la intervención necesaria litisconsorcial, los mismos que colaborarán para encontrar la interpretación autorizada y para diferenciar cada una de los conceptos que se

le asemejan. Reiteramos, lo anterior implica que se haga mención de ellos, al menos de manera tangencial, pues están íntimamente ligados con el objeto de este estudio.

Tratamiento del litisconsorcio necesario en la jurisdicción contenciosa administrativa

El legislador contencioso administrativo

El legislador extraordinario en el Decreto 01 de 1984 se ocupó de las tercerías en el Libro IV "Procedimiento ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo" propiamente en el artículo 146; en aquella disposición trazó los lineamientos que debían seguirse para vincular a los terceros al proceso, bien como "terceros en estricto sentido", o bien como sujetos que pasarían a conformar una de las partes (intervención litisconsorcial).¹

Particularmente, en los procesos de simple nulidad autorizó a cualquier persona a pedir que se le tuviera como parte coadyuvante o impugnadora; en los de nulidad y restablecimiento, restringió el derecho a intervenir como coadyuvante o impugnadora sólo a quien demostrara interés directo en las resultas del proceso; y en los contractuales y de reparación directa se limitó a remitir a las nor-

¹ Artículo 146. Intervención de terceros. Código derogado por el artículo 309 de la Ley 1437 de 2011. Rige a partir del dos (2) de julio del año 2012. El texto vigente hasta esta fecha es el siguiente: Subrogado por el artículo 48 de la Ley 446 de 1998. El nuevo texto es el siguiente: En los procesos de simple nulidad cualquier persona podrá pedir que se lo tenga como parte coadyuvante o impugnadora, hasta el vencimiento del término de traslado para alegar en primera o en única instancia.

En los procesos de nulidad y restablecimiento, el derecho a intervenir como parte coadyuvante o impugnadora se le reconocerá a quien en la oportunidad prevista en el inciso anterior demuestre interés directo en las resultas del proceso.

En los procesos contractuales y de reparación directa, la intervención de litisconsortes y de terceros se regirá por los artículos 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56 a 57 del Código de Procedimiento Civil. El Ministerio Público está facultado para solicitar la intervención de terceros eventualmente responsables.

El auto que acepta la solicitud de intervención en primera instancia será apelable en el efecto devolutivo <sic> el que la niega, en el suspensivo y el que la resuelva en única instancia será susceptible del recurso ordinario de súplica.

En los procesos de desinvestidura de miembros de corporaciones de elección popular no se admitirá intervención de terceros.

mas del Código de Procedimiento Civil (CPC) que regula la intervención litisconsorcial y la intervención de terceros².

No está demás mencionar que el artículo 207 del Código Contencioso Administrativo (CCA), que describe el contenido del auto admisorio de la demanda, en su numeral tercero obliga notificar "*personalmente a la persona o personas que, según la demanda o los actos acusados, tengan interés directo en el resultado del proceso*".

Apuntemos que el legislador ordinario dividió el Título denominado "Partes" del Código de Procedimiento Civil (CPC), entre otros capítulos, en (i) litisconsortes e (ii) intervención de terceros, cosa que no hizo el legislador contencioso en el Decreto 01 de 1984, pues, como se expuso, englobó en la categoría de "terceros" las vinculaciones de parte, sin hacer distinción de ningún tipo.

Por su parte, el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), repitiendo lo consagrado en el CCA, incluyó en un mismo capítulo denominado "Intervención de Terceros" las intervenciones litisconsorciales y las tercerías³. En aquellas disposiciones reiteró lo dispuesto en el Decreto 01 de 1984 sólo en relación con la hoy "pretensión de simple nulidad". Frente a las pretensiones de "nulidad y restablecimiento, contractual y de reparación directa" introdujo un par de cambios: reguló expresamente las intervenciones litisconsorciales y las tercerías sin necesidad de remitir al código adjetivo civil, y admitió la posibilidad de configuración de las intervenciones ad *excludendum* y litisconsorciales para la "pretensión de nulidad y restablecimiento".

El CPACA además duplicó el numeral 3º del artículo 207 del Decreto 01 de 1984, arriba citado, conservando el sintagma "que tengan interés directo en el resultado del proceso".

² Ver los artículos 50 al 57 del Código de Procedimiento Civil.

³ Ver los artículos 223 al 228 del CPACA.

No sobra recordar que el Código General del Proceso (CGP), normativa que empieza a regir a partir del 1 de enero de 2014, derogó el CPC, sin embargo no varió sustancialmente el capítulo de los terceros intervinientes y litisconsorciales⁴.

Esta es pues la legislación que regula las situaciones a las que haremos referencia en adelante, no sin antes insistir en que el legislador contencioso administrativo no distingue las categorías procesales que la doctrina ha decantado, cosa contraria a lo que ocurre con el CPC y en el CGP.

Las decisiones del Consejo de Estado

El alto tribunal de lo contencioso administrativo viene aplicando la institución procesal litisconsorcial necesaria bien por remisión expresa del artículo 146 o bien por remisión residual del artículo 267, ambos del Decreto 01 de 1984. Lo anterior traduce que el Consejo de Estado acepta pacíficamente la interpretación laxa, no exegética, que la doctrina nacional (Betancur, 2009; Santofimio, 2007) sugiere se le dé al artículo 146 *ibidem*, para evitar sentencias inhibitorias y vulnerar el derecho de defensa.

No se equivoca quien sostiene que este arquetipo de vinculación se ha empleado en todos y cada uno de los asuntos que esta jurisdicción conoce: desde las copiosas acciones constitucionales hasta los excepcionales procesos de expropiación. Sin embargo, llama la atención que el máximo juzgador administrativo no tenga una posición unánime frente a una institución que en otras especialidades está suficientemente determinada, *máxime* cuando es la preexistencia y claridad en las reglas del juego lo que materializa el debido proceso.

Sin ánimos de minimizar el nutrido desarrollo jurisprudencial, pueden resaltarse las siguientes decisiones donde el Consejo de Estado ha entendido que se configura una intervención litisconsorcial necesaria:

⁴ Ver los artículos 61 al 72.

En un asunto contractual donde fue ponente el doctrinante Carlos Betancur Jaramillo, les dio tratamiento de litisconsortes necesarios (en adelante LN) a las personas (natural o jurídica) que conformaban el consorcio para ejecutar el contrato estatal y demandaban el cumplimiento del mismo (Consejo de Estado, 1984). Años más tarde esta posición fue afinada en una decisión donde el doctor Ricardo Hoyos Duque fue ponente; allí se precisaron varias cosas: (i) que en los procesos donde un proponente perdedor busque la nulidad del acto de adjudicación de un contrato, entre el contratista y la entidad estatal se configura un LN; y (ii) que en los procesos donde se busca el cumplimiento de un contrato estatal que debería ser ejecutado por un consorcio, la comparecencia de los consorciados es necesaria bien por activa y pasiva, según sea el caso (Consejo de Estado, 2004). Luego, en decisiones donde fue ponente la ex Ministra de Justicia Ruth Stella Correa Palacio, el máximo órgano de lo contencioso administrativo añadió dos precisiones al respecto, la primera, relativa a los procesos donde se demandaba el acto de adjudicación, en la que aclaró que se configuraba el LN siempre y cuando el contrato estatal no se hubiera ejecutado; y la segunda, relativa a la pretensión contractual de nulidad absoluta del contrato, donde aseveró que las partes de aquel son LN por pasiva (Consejo de Estado, 2005; Consejo de Estado, 2006).

En otras decisiones, el Consejo de Estado entendió que en los asuntos relativos a la expropiación de inmuebles para explotación minera, entre la administración y el particular beneficiario de la expropiación⁵, se conformaba un LN; y que en los procesos donde se demanda un acto administrativo proferido por una contraloría departamental, la vinculación del ente territorial respectivo es necesaria (Consejo de Estado, 2005; Consejo de Estado, 2010).

⁵ Ver la Ley 685 de 2001, Artículo 13. Utilidad pública. En desarrollo del artículo 58 de la Constitución Política, declárase de utilidad pública e interés social la industria minera en todas sus ramas y fases. Por tanto podrán decretarse a su favor, a solicitud de parte interesada y por los procedimientos establecidos

Por último, el Consejo de Estado en una decisión aislada reconoció la configuración de la institución citada en las pretensiones de reparación directa cuando el número de sujetos eventualmente causantes de un daño es plural, pese a que sobre este asunto ya se había pronunciado en reiteradas ocasiones con una posición diametralmente diferente, esto es, remitiendo a lo consagrado en los artículos 2344 y 1571 del Código Civil⁶ (Consejo de Estado, 2009).

Vale la pena hacer mención de dos decisiones que resultan ilustrativas para las pretensiones de este escrito (Consejo de Estado, 2009; Consejo de Estado, 2012). En la primera el Consejo de Estado consideró que la segunda instancia no era la etapa procesal pertinente para solicitar la integración de un litisconsorte incluso con el carácter de necesario; y en la segunda, el juez colegiado decidió que *"cuando se demanda el acto administrativo que declara el siniestro del riesgo de incumplimiento amparado por una garantía consistente en una póliza de seguros constituida a favor de una entidad pública, entre el asegurador (...) y el contratista (...) encuadra (...) un litisconsorcio cuasinecesario"*. También se hará referencia al salvamento de voto de la decisión donde fue ponente el doctor Ricardo Hoyos Duque y en el que se consideró a los sujetos consorciados oferentes perdedores como LN y donde además se criticó el análisis desplegado por la mayoría frente a la solidaridad, asunto que a juicio del inconforme con la fallo fue innecesario y no tiene relación con el LN.

⁶ en este Código, las expropiaciones de la propiedad de los bienes inmuebles y demás derechos constituidos sobre los mismos, que sean necesarios para su ejercicio y eficiente desarrollo.

La expropiación consagrada en este artículo, en ningún caso procederá sobre los bienes adquiridos, construidos o destinados por los beneficiarios de un título minero, para su exploración o explotación o para el ejercicio de sus correspondientes servidumbres.

Artículo 1571. solidaridad pasiva. El acreedor podrá dirigirse contra todos los deudores solidarios conjuntamente, o contra cualquiera de ellos a su arbitrio, sin que por éste pueda oponérsele el beneficio de división.

Artículo 2344. Responsabilidad solidaria. Si de un delito o culpa ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o culpa, salvo las excepciones de los artículos 2350 y 2355.

Todo fraude o dolo cometido por dos o más personas produce la acción solidaria del precedente inciso.

Hecha esta descripción, el paso a seguir es razonar lo que la doctrina autorizada ha entendido por la vinculación litisconsorcial necesaria, para a continuación reflexionar sobre la adecuada o inadecuada aplicación de la institución jurídico-procesal en la jurisdicción.

El litisconsorcio necesario en la doctrina

Este acápite se concentrará en reseñar lo que han entendido algunos de los doctrinantes más representativos no sólo en materia procedimental, sino también en el estudio del derecho administrativo, por intervenciones "litisconsorciales", "tercerías" y la noción de "interés directo".

Para Calamandrei (1973, p. 309) el litisconsorcio se configura desde una pluralidad de sujetos que no implica una pluralidad de causas. El florentino, en su tratado sobre instituciones del Derecho Procesal, afirma que el carácter necesario de este tipo de intervención viene ligado a la legitimación en la causa "cuando esta compete conjuntamente y no separadamente a varias personas", tanto por expresa disposición legal, como cuando el *petitum* implique una modificación de una situación jurídica frente a varios sujetos que, para que les sea válidamente oponible la decisión, deben ser vinculados a la actuación jurisdiccional.

El profesor García de Enterría (2008, p. 491) por su parte señala que el carácter del interviniente dependerá de si es titular de un derecho o de un interés legítimo, concepto este último que ata al de perjuicio. Sostiene el español que en el primer caso se estará frente a un "interesado necesario" cuya presencia en la actuación es indispensable para su validez, mientras que en el segundo, podrá comparecer o no, sin que su decisión afecte la legalidad del expediente. Para este doctrinante entonces, el carácter necesario del litisconsorte en la actuación ante la jurisdicción va ligado, exclusivamente, a la titularidad del derecho discutido. Vale la pena resaltar que el profesor García de Enterría considera como parte tanto a los litisconsortes como a los "terceros" en estricto sentido, les da plenas facultades procesales, y desecha la clásica clasificación de tercero coadyuvante.

De similar modo, Agustín Gordillo (2010, p. 22) distingue entre los titulares de derechos subjetivos, de intereses legítimos y de derechos de incidencia colectiva, atribuyéndoles a cada uno de ellos la calidad de "parte" y señalando que la importancia de dicha clasificación radica en que en cada caso corresponde un recurso, un proceso y una consecuencia jurídica distinta.

En la misma línea resulta especialmente valioso el trabajo de Díaz Achaval (Inédito) quien distingue dos tipos de relaciones jurídicas subjetivas administrativas: "El administrado, titular de un derecho subjetivo" y "El administrado, titular de un interés legítimo".

Aclara el político argentino, siguiendo a Llambías, que el derecho subjetivo es aquella facultad reconocida por el ordenamiento jurídico para exigir a los demás un determinado comportamiento. Apunta que dicha distinción cobra importancia práctica cuando se evalúan las pretensiones que se pretenden hacer valer contra la administración; ubicando al interés legítimo por debajo del derecho subjetivo. Sobre este punto dice lo siguiente:

Se admite que el que es titular de un derecho subjetivo puede reclamar el reconocimiento de él tanto ante la propia administración como ante la Justicia, reclamando no sólo la extinción del acto, sino también el otorgamiento de las indemnizaciones pertinentes. Mientras, el que es titular de un interés legítimo sólo puede reclamar ante la propia administración y únicamente en casos limitados, ante la Justicia, sin derecho a pedir indemnización alguna.

Pese a dicha distinción, el santiagueño critica la división argumentando que el interesado no debe detenerse a pensar si en efecto es titular de un derecho subjetivo o simplemente tiene un interés, basta con que pueda argumentar un perjuicio ocasionado por la Administración para que pueda adelantar la acción judicial o el recurso administrativo.

Por su lado, Roberto Dromi (1998) critica la manida división entre derechos subjetivos, intereses simples e intereses legítimos, encerrando los tres

en una única categoría a la que denomina "derecho subjetivo colectivo." Sin embargo, gradúa procesalmente las relaciones jurídicas administrativas, esto es, ubica en un primer lugar de tutela al derecho subjetivo, luego al interés legítimo y por último al interés simple.

Dromi considera que el coadyuvante o interviniente adhesivo solo tiene un interés simple, público, ajeno a sus necesidades particulares; lo excluye inclusive de la clasificación de "Tercero en estricto sentido" arguyendo que aquel no se obliga, interviene espontáneamente, no tiene pretensión jurisdiccional y no le precluyen los actos procesales.

En al ámbito colombiano, el magistrado Martín Agudelo Ramírez (2001, p. 130) distingue dos tipos de litisconsorcio necesario: el procesalmente necesario, donde es una norma procesal la que exige la decisión uniforme frente a todos los contradictorios y se asimila al llamado litisconsorcio *cuasinecesario*; y el materialmente necesario, cuando deben integrarse como miembros de una misma parte procesal todos los sujetos participantes en un acto o hecho jurídico, por lo que no se puede separar la relación material en diversas relaciones aisladas.

Los profesores Quintero y Prieto (2008) en su Teoría General del Derecho Procesal, analizan el asunto del LN, al igual que Calamandrei, en el capítulo de los presupuestos materiales de la sentencia de mérito, particularmente en la "legitimación en la causa".

Sostienen que es una obligación de las partes y del juez integrar debidamente el contradictorio, siempre que exista una relación sustancial única con sujetos plurales que por su naturaleza requiere de la presencia de todos. Señalan que cualquier gestión de un litisconsorte necesario aprovecha a todos y la ausencia de uno solo de ellos impi-

Sobre el control jurisdiccional al poder derivado en la República Argentina pueden consultarse los fallos Soria de Guerrero en relación a la reforma de 1957 (Fallos 256:558) y el fallo Fayt con relación a la Reforma de 1994 (Fallos 322:1609). Sobre el control jurisdiccional

de una decisión de mérito. Afirman, siguiendo a Chiovenda, que el LN como institución procesal se caracteriza por los principios de dispositividad porque nadie está obligado a demandar a quien no se quiera- y de legitimación para obrar -porque solo puede resistir una pretensión o presentarla quien ostente la titularidad de acuerdo con normas y principios preestablecidos-. Los profesores consideran que el litisconsorcio necesario tiene fundamento, únicamente, en la ley.

Reconocen como división de las "tercerías", noción que traen siguiendo a Ramiro Podetti y Alcalá Zamora, la siguiente: Intervención provocada (llamados en garantía y denunciados en el pleito) y voluntaria, categoría ésta última que a su vez fracciona en principal (intervención ad *excludendum*) y adhesiva. Siendo adhesivas las intervenciones de los coadyuvantes (simple) y de los litisconsortes *cuasinecesarios* (*adhesiva litisconsorcial*).

Criticán el hecho de que exista distinción procesal entre el mero coadyuvante y el litisconsorte cuasinecesario. Creen estos doctrinantes, en el mismo orden que los españoles y argentinos, que esta división es excesiva teniendo en cuenta que el sujeto al margen de que su interés sea "menor" a un derecho subjetivo no tiene porque verse limitado y atado procesalmente a la voluntad de la parte a la que pretende coadyuvar.

Finalmente la doctrina nacional administrativista (Santofimio, 2007, p. 515-534; Betancur, 2009, p. 423-440) guarda como un común denominador la relación estrecha entre "interés directo", "intervención adhesiva litisconsorcial" y "coadyuvancia propiamente dicha". Como notas características se puede mencionar que los autores consideran que la intervención que procede en las acciones públicas, como la de Simple Nulidad, es la adhesiva simple con unas particularidades; explican que es una tercería distinta a la señalada en el artículo 52 del CPC dado que el sujeto que llega al proceso tiene idéntica legitimación en la causa respecto de quien se ubica originalmente en el extremo demandante, pero no la limitación de no poder modificar o agregar pretensiones.

Una aplicación sui generis del litisconsorcio necesario

No es un avance académico afirmar que no existe una línea jurisprudencial clara en cuanto al LN. Como se indicó arriba, el Consejo de Estado (en adelante CE) ha incurrido en varias imprecisiones que conducen a equívocos; a continuación se intentará poner en evidencia dichos yerros, por supuesto, empleando como herramienta vital el desarrollo doctrinal acabado de referir:

Se partirá de las decisiones relativas a (i) la expropiación de predios para la explotación minera y (ii) a la impugnación del acto de adjudicación por el oferente perdedor; casos que se enmarcan dentro de un mismo análisis. Allí se sostuvo que entre la administración y el particular beneficiario de la expropiación y del contrato adjudicado no ejecutado⁷ se configuraba un LN; interpretación esta que en principio estaría ajustada a la ley adjetiva civil pero que a nuestro juicio excede lo consagrado en los artículos 146 y 207 del CCA, y amerita unos apuntes.

De la lectura restrictiva de los artículos 146 y 207 del CCA, citados, puede concluirse lo siguiente:

1. Que en la acción de simple nulidad cualquier persona puede pedir que se le tenga como parte coadyuvante o impugnadora.
2. Que en la acción de nulidad y restablecimiento, el derecho a intervenir como coadyuvante o impugnador sólo lo puede ejercer quien demuestre interés directo en el resultado del proceso, dejando de lado cualquier posibilidad de una intervención litisconsorcial.
3. Que en las acciones contractuales y de reparación directa está permitido, por remisión expresa al procedimiento civil, la intervención litisconsorcial y las tercerías.

⁷ No debe perderse de vista que el litisconsorcio necesario se presenta siempre que el contrato no se haya ejecutado pues, como es obvio, una vez terminado y liquidado el mismo, no tiene razón de ser la intervención litisconsorcial necesaria.

4. Que se le debe notificar personalmente a todo aquel que pueda tener un interés directo en el resultado del proceso y pese a que se trate de un simple coadyuvante o impugnador.

Como nota previa debe admitirse que, de acuerdo con el artículo 267 del CCA⁸, es posible ajustar la legislación contenciosa administrativa con la adjetiva civil (Betancur, 2009; Santofimio, 2007), sin embargo, si el análisis se concentrara únicamente en las disposiciones citadas se debería rechazar la posibilidad de configuración del LN en los ejemplos analizados. Se explican las razones:

Primero, porque ambas son acciones de nulidad y restablecimiento (al margen que una sea de naturaleza especial y la otra tenga naturaleza contractual) frente a las cuales solo podría admitirse la coadyuvancia, intervención que no querría ningún litisconsorte necesario, pues como es obvio aquella pende de la voluntad de la parte, en este caso, la administración. No se puede dejar de mencionar que en las dos situaciones, tanto el beneficiario con la expropiación, como el beneficiario con la adjudicación del contrato, son titulares de derechos subjetivos y no simples "sujetos con intereses directos en los resultados del proceso", situación que los hace diametralmente diferentes, y de admitir esto último, los ataría a una consecuencia jurídica radicalmente perjudicial: la indefensión del derecho del cual son titulares y por ende la violación al debido proceso. Se debe anotar, eso sí, que en buena hora el CPACA corrigió lo relativo a la intervención litisconsorcial en las pretensiones de nulidad y restablecimiento, lo que soluciona el problema pero exclusivamente para los procesos que se adelanten bajo su vigencia.

El segundo evento que se estudiará es el LN que

⁸ Artículo 267. Aspectos no regulados. Código derogado por el artículo 309 de la Ley 1437 de 2011. Rige a partir del dos (2) de julio del año 2012. El texto vigente hasta esta fecha es el siguiente: 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 en lo Contencioso Administrativo.

según el CE se configura en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho donde se demanda un acto administrativo de una contraloría departamental.

En este proceso el CE razonó que entre el ente territorial y la Contraloría se configuró un LN. A todas luces sería impreciso sostener lo anterior, pues los Departamentos son personas reconocidas constitucionalmente y las contralorías territoriales, que resultan de la voluntad del órgano edil departamental y pese a estar dotadas de autonomía administrativa, contractual y presupuestal, no gozan de personería jurídica. En otras palabras, las Contralorías Departamentales y Municipales al no contar con personalidad jurídica que las habilite para contraer por sí solas derechos y obligaciones, no podrían conformar bajo la intervención litisconsorcial una parte plural con el Departamento, pues como se dijo, ni siquiera tienen "*capacidad para ser parte*": requisito procesal para acudir al proceso.

Frente a la decisión aislada del CE donde reconoció la configuración de la institución citada en una Acción de Reparación Directa, entre la Nación – Ministerio de Transporte, el Instituto Nacional de Vías y el Departamento de Boyacá, debe indicarse lo siguiente:

En esta oportunidad la Sección Segunda del CE resolvió la acción de tutela interpuesta por un ciudadano en contra de una decisión proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, ya que consideró que se le había violentado el debido proceso al no integrar al contradictorio al Departamento de Boyacá, ente que tenía a su cargo la vigilancia y mantenimiento de la vía donde se produjo el accidente automovilístico que les causó el perjuicio.

La Sección Segunda entendió, primero, que era obligación del Juez con sus poderes oficiosos vincular al Departamento de Boyacá; segundo, que entre el Departamento de Boyacá e INVIAS había un LN, pues aplicó para darle fortaleza a su argumento el artículo 83 del CPC, relativo a la integración del contradictorio; y tercero, que no existía la posibilidad procesal para incluir ese demandado,

luego de haber expirado la oportunidad para reformar la demanda. El Alto Tribunal tuteló el derecho al debido proceso argumentando que la judicatura debió adelantar la actuación descrita, referente a la comparecencia al proceso del Departamento de Boyacá, y, seguidamente, debió poner en conocimiento la causal de anulación, para que si a bien lo tenían, se alegara o se actuara en el proceso, de manera que quedara saneada".

La sentencia anterior es imprecisa en sí misma, teniendo en cuenta que ha sido firme la posición de la Sección Tercera (quien ordinariamente conoce de las acciones de reparación directa), basada en la legislación, en cuanto a que la disposición que rige la relación jurídica entre los eventuales causantes de un daño a título doloso o culposo es el artículo 2344 del Código Civil que regula la obligación solidaria, quedando en manos del demandante accionar a todos o a uno solo de ellos, quien puede ejercer libremente su derecho de acción.

A continuación se analizará la posición jurisprudencial que entiende que entre el contratista y la administración existe un litisconsorcio necesario cuando se demanda la nulidad absoluta del contrato no ejecutado⁹. Frente a esta situación no hay reproche alguno, pues efectivamente en el proceso se estarían discutiendo derechos subjetivos radicados en cabeza del contratista, quien celebró con la administración un contrato estatal y quien debe tener la oportunidad de defenderlo en sede judicial.

Respecto de la posición que entiende que en las acciones contractuales tendientes a la declaratoria del incumplimiento del contratista consorciado, existe entre los sujetos que lo componen un LN, se puede aclarar lo siguiente:

El artículo 7 de la Ley 80 de 1993 definió la noción de consorcio "para los efectos de la contratación

⁹ No debe perderse de vista, se reitera, que el litisconsorcio necesario se presenta siempre que el contrato no se haya ejecutado pues, como es obvio, una vez terminado y liquidado el mismo, no tiene razón de ser la intervención litisconsorcial necesaria.

estatal”, al respecto señaló que en este tipo de asociaciones estratégicas la responsabilidad de sus integrantes frente a todas y cada una de las obligaciones derivadas del contrato, será solidaria. De acuerdo con lo anterior, los sujetos consorciados no podrán ser LN al menos por pasiva, precisamente porque la solidaridad permite que el demandante, en este caso la administración, reclame de todos o de uno de ellos la totalidad de las obligaciones contractuales. En este mismo sentido se pronunció el consejero Alier Hernández Enríquez al salvar su voto frente a la ponencia acogida por la Sala, y con quien se comparte posición.

Cosa contraria ocurre cuando el consorcio demanda el cumplimiento del contrato, en este caso y siguiendo la ponencia del magistrado Ricardo Hoyos Duque, se cree que en efecto se configura un LN. Se explicará esta afirmación:

Pese a que en la sentencia la posición mayoritaria encierra en una misma categoría los dos ejemplos citados, esto es, cuando el consorcio es demandante y cuando es demandado, sólo se debe admitir que si estos ocupan la parte actora se instituye, en efecto, el LN, en tanto que ellos son titulares de un derecho subjetivo que sólo podrá reclamarse de consuno. Sería ilógico que alguno o algunos de los integrantes del consorcio pretendieran demandar el cumplimiento del contrato estatal y una eventual indemnización de manera independiente, porque esa relación jurídico sustancial está determinada por el acto de adjudicación y el contrato en donde consta que se escogió a un consorcio, sujeto plural, y no a cada uno de los integrantes de aquel como sujetos independientes y con obligaciones determinadas. Admitir lo contrario sería permitir que uno solo de los integrantes del consorcio reclamara los derechos que le asisten a todos, vulnerando el acceso a la administración de justicia y la prevalencia del derecho sustancial de quienes no asistieron a la *litis*.

No está de más manifestar que el salvamento de voto del magistrado Ariel Hernández Enríquez se ajusta más a lo desarrollado por la doctrina. Se coincide con el exconsejero en la necesidad de

integrar el contradictorio con todos los sujetos consorciados oferentes perdedores en un proceso contractual, cuando pretendan demandar la nulidad del acto administrativo que lo adjudica. Debe decirse que entre ellos se configura un LN, teniendo en cuenta que, de salir avante las pretensiones, lo primero que se declararía sería el derecho del consorcio, como mejor propuesta, a la adjudicación del contrato, cosa que no es predicable de cada uno de los sujeto que lo conforman, en tanto que no tendrían la capacidad individual para ejecutar el cometido contractual, razón por la cual se consorcian temporalmente con otras personas para llevar a cabo dicha tarea.

Luego de esta exposición está de más decir que el Consejo de Estado aplica de una forma *sui generis* la institución litisconsorcial mencionada, desconociendo el desarrollo doctrinal al respecto, confundiendo el litisconsorcio facultativo con el necesario, el interés directo con los derechos subjetivos y la calidad de parte con la de tercero¹⁰.

Se puede cerrar este título reiterando que con la entrada en vigencia del CPACA se corrigen algunos de estos defectos, sin embargo, el legislador en dicha normativa conserva el sintagma “tengan interés directo en el resultado del proceso”, hecho este que evidentemente seguirá confundiendo al operador judicial. Basta con echar un vistazo a la legislación procesal civil derogada y vigente para darse cuenta que es imprecisa la orden de notificar a quienes tengan interés directo, más bien, se emplea la locución de quien “deba ser parte”.

Hasta acá, quedó claro que la aplicación que le

¹⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 11 de febrero de 2009. Consejero Ponente Mauricio Fajardo Gómez. Radicado interno 17050. En esta providencia al resolver sobre una supuesta falla médica donde el paciente había recibido atención en dos centros hospitalarios pero se demandó únicamente a uno de ellos, se considera que el trámite de la segunda instancia no es la etapa procesal pertinente para que la demandada solicite la integración de un litisconsorte, AUNQUE ESTE PUDIERE TENER EL CARÁCTER DE NECESARIO. Por ello la Sala niega la integración y ordena continuar el trámite procesal, confundiendo de manera evidente la calidad de parte con la de tercero, pues de tener la primera de estas, tendría que declararse la nulidad conforme el numeral 9º del artículo 140 del CPC.

ha dado el Consejo de Estado a la intervención litisconsorcial necesaria es equívoca y se aleja del desarrollo doctrinal y legislativo que se le ha dado a la institución.

No hay duda que lo consagrado en el Decreto 01 de 1984 puede conducir a interpretaciones vagas. Se echa de menos pues un criterio unificado y reiterado del órgano de cierre de lo contencioso administrativo en cuanto a los eventos en los cuales se configura el LN; con mayor razón en una jurisdicción como la contenciosa administrativa, donde los pronunciamientos del Consejo de Estado han servido como faro de las decisiones de los jueces y tribunales, y hoy en día como criterio vinculante para las actuaciones de la administración, función acentuada con la entrada en vigencia del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Colofón

Debe concluirse, entonces, que el litisconsorcio necesario encuentra su fundamento por fuera del derecho procesal; tiene su origen en la relación jurídico sustancial que exige la presencia de un número plural de personas, bien porque la ley así lo ordena o porque la naturaleza del asunto así lo demanda y de no integrarse el contradictorio impediría proferir la sentencia de mérito.

Está claro que el tratamiento legislativo de la figura es anti-técnico, lo que nos lleva a creer que debe darse una reforma en ese sentido, al menos en el artículo 171 del CPACA, numeral 3°. Consideramos que esta modificación debe ir camino a que no todas las intervenciones de terceros son necesarias y por ende, no sería obligatorio notificarles la existencia de la *litis*, salvo que se consideren "parte". Pensamos que basta con informar al tercero o darle la oportunidad para que intervenga.

Creemos que el Consejo de Estado debe emplear la legislación adjetiva civil como derrotero para la aplicación de las intervenciones litisconsorciales y las tercerías, normativa que a nuestro juicio, es técnica, precisa y se ajusta al desarrollo doctrinal.

Pese a todo, consideramos que se avanzó ostensiblemente con la expedición del CPACA. Así como también ha mostrado un avance el Consejo de Estado en la concepción de la intervención adhesiva, por ejemplo al aplicar la figura litisconsorcial *cuasi-necesaria* –cosa que no se hacía– entre el asegurador y el contratista en los eventos en los cuales, en procesos contractuales, se demanda la legalidad del acto administrativo que declara el siniestro del riesgo amparado por un póliza de seguros (Consejo de Estado, 2012).

Referencias

- Agudelo, J. M. (2001). El proceso jurisdiccional. Medellín, Señal Editora.
- Calamandrei, P. (1973). Instituciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo Código. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa – América.
- Casagne, J.C. (2008). Derecho Administrativo. Buenos Aires, LexisNexisAbeledo-Perrot.
- Díaz A., M. Cátedra de Derecho Administrativo. Tucumán, Universidad de Tucumán. Inédito
- Dromi, J.R. (1998). Derecho Administrativo, Buenos Aires, Editorial Ciudad Argentina.
- Fernández Rodríguez T.R. y García de Enterría E. (2008). Curso de Derecho Administrativo II. 9ª edición. Madrid, Civitas.
- Gordillo, A. (2010). Tratado de Derecho Administrativo, Tomo 4, El procedimiento Administrativo. 10a edición. Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo.
- Prieto E. y Quintero B. (2008). Teoría General del Derecho Procesal. 4a edición. Bogotá, Temis.
- Santofimio Gamboa J.O. (2007). Tratado de Derecho Administrativo, Tomo III, Contencioso Administrativo. Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

Fuentes normativas

República de Colombia. Consejo de Estado. Sala de



lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 22 de mayo de 1984. Consejero Ponente Carlos Betancur Jaramillo. Radicado Interno 1871.

República de Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 23 de junio de 2003. Consejera Ponente María Elena Giraldo Gómez. Radicado Interno 22901.

República de Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 13 de mayo de 2004. Consejero Ponente Ricardo Hoyos Duque. Radicado Interno 15321.

República de Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 26 de mayo de 2005. Consejera Ponente Ruth Stella Correa Palacio. Radicado Interno 25341.

República de Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 10 de agosto de 2005. Consejera Ponente María Elena Giraldo Gómez. Radicado Interno 13753.

República de Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 15 de marzo de 2006. Consejera Ponente Ruth Stella Correa Palacio. Radicado Interno 16101.

República de Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 17 de marzo de 2006. Consejera Ponente María Claudia Rojas Lasso. Radicado 2001-00126.

República de Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 25 de mayo de 2006. Consejera Ponente Ruth Stella Correa Palacio. Radicado Interno 16797.

República de Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia del 25 de octubre de 2006. Consejera Ponente María Inés Ortiz Barbosa. Radicado Interno 15338.

República de Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 24 de enero de 2007. Consejera Ponente Ruth Stella Correa Palacio. Radicado Interno 32863.

República de Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 25 de enero de 2007. Consejero Ponente Enrique Gil Botero. Radicado AP2004-01377.

República de Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 11 de febrero de 2009. Consejero Ponente Mauricio Fajardo Gómez. Radicado interno 17050.

República de Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia del 16 de febrero de 2009. Consejero Ponente Luis Rafael Vergara Quintero. Radicado AT2008-01063.

República de Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia del 25 de enero de 2010. Consejero Ponente Gerardo Arenas Monsalve. Radicado Interno 0615-08.

República de Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 27 de mayo de 2010. Consejero Ponente Rafael Ostau De Lafont Pianetta. Radicado 2006-00323.

República de Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 19 de julio de 2010. Consejera Ponente Ruth Stella Correa Palacio. Radicado Interno 38341.

República de Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia del 9 de diciembre de 2010. Consejero Ponente Filemón Jiménez Ochoa. Radicado AT2009-00774.

República de Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia del 26 de enero de 2012. Consejera Ponente Martha Teresa Briceño de Valencia. Radicado interno 18426.

República de Colombia. Consejo de Estado. Sala de



lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 23 de febrero de 2012. Consejera Ponente Ruth Stella Correa Palacio. Radicado Interno 20810.

República de Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 7 de marzo de 2012. Consejero Ponente Carlos Alberto Zambrano Barrera. Radicado Interno 22380.

República de Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 9 de mayo de 2012. Consejera Po-

nente Olga Mérida Valle De La Hoz. Radicado Interno 42361.

República de Colombia. Consejo de estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 7 de junio de 2012. Consejera Ponente Olga Mérida Valle De La Hoz. Radicado Interno 21898.

República de Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 13 de julio de 2012. Consejero Ponente Carlos Alberto Zambrano Barrera. Radicado Interno 25675.



UNIVERSIDAD CES

Un Compromiso con la Excelencia

Resolución del Ministerio de Educación Nacional No. 1371 del 27 de marzo de 2007