REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA SEXTA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA

Código No 08-001-31-53-008-2019-00218-01

Radicación No 43.151

SONIA ESTHER RODRÍGUEZ NORIEGA

Magistrada Sustanciadora

Barranquilla, catorce (14) de abril de dos mil veintiuno (2021)

ASUNTO

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto contra el auto de fecha 17 de octubre de 2019, proferido por el JUZGADO OCTAVO CIVIL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA, al interior del proceso VERBAL de Responsabilidad civil contractual promovido por GESTIÓN Y CONSULTORIA INTEGRAL S.A.S. contra FIDUCIARIA DE OCCIDENTE, mediante el cual se rechazó la respectiva demanda.

ANTECEDENTES

1. La sociedad GESTIÓN Y CONSULTORIA INTEGRAL SA.S., presentó demanda verbal contra FIDUCIARIA DE OCCIDENTE, en aras de que se declarare la resolución del contrato de encargo fiduciario No. 3-1-4624 celebrado entre las sociedades que integran la UNIÓN TEMPORAL FONSECA ILUMINADA y FIDUCIARIA DE OCCIDENTE, y se declare la responsabilidad civil contractual del demandado, por el incumplimiento por parte de este del contrato de encargo fiduciario No. 3-1-4624.

2. La demanda enuncia como fundamento la existencia de un contrato de encargo fiduciario No. 3-1-4624, suscrito entre FIDUCIARIA DE OCCIDENTE S.A. y las sociedades GESTIÓN Y CONSULTORÍA INTEGRAL S.A.S, INVERSIONES Y REPRESENTACIONES VASQUEZ S.A., y COMPAÑÍA DE INGENIERIA Y MONTAJES ESPECIALIZADOS S.A. (COMINGEL S.A), quienes conforman la unión temporal "UT FONSECA ILUMINADA" y son los constituyentes en el respectivo contrato fiduciario. Así mismo, se expresa que dicho contrato de encargo fiduciario deviene de la obligación contractual asumida por la Unión Temporal Fonseca Iluminada en la Cláusula Trigésima Segunda "Fiducia de Administración y Pago" dentro del contrato de Concesión No. 106 de 2014 suscrito entre la mencionada Unión Temporal y el Municipio de Fonseca – La Guajira. A su vez, se enuncia que en fecha 14 de diciembre de 2015, se efectuó un cambio en la participación dentro de la Unión Temporal Fonseca Iluminada, quedando la nueva participación así: GESTIÓN Y CONSULTORÍA INTEGRAL S.A.S, con participación del 50%, y la empresa INVERSIONES Y REPRESENTACIONES VASQUEZ S.A., con una participación del 50%, que esta modificación se realizó por documento privado y también dentro del contrato de concesión No. 106 de 2014.

3. Dicha demanda correspondió por reparto al Juzgado Octavo Civil del Circuito de Barranquilla, el cual mediante providencia de fecha 26 de septiembre de 2019 decidió inadmitir la demanda, solicitando la subsanación de la misma por medio de i) aportar poder para demandar otorgado por 2 de los miembros de la UNIÓN TEMPORAL FONSECA ILUMINADA: COMINGEL S.A. e INVERSIONES Y REPRESENTACIONES VASQUES S.A., en aras de integrar el contradictorio en Activa; y ii) aportar los documentos que demuestren al Despacho que el asunto que se discute, se encuentra vinculado a la FIDUCIARIA DE OCCIDENTE – AGENCIA BARRANQUILLA.

4. El apoderado judicial de GESTION Y CONSULTORIA INTEGRAL S.A.S. allegó documento manifestando que la UNIÓN TEMPORAL FONSECA ILUMINADA no concurrió en la firma del contrato de encargo fiduciario, que las entidades CONSTITUYENTES de dicho contrato son: GESTIÓN Y CONSULTORÍA INTEGRAL S.A.S, INVERSIONES Y REPRESENTACIONES VASQUEZ S.A., y COMPAÑÍA DE INGENIERIA Y MONTAJES ESPECIALIZADOS S.A. (COMINGEL S.A). Que la COMPAÑÍA INGENIERIA Y MONTAJES ESPECIALIZADOS S.A., no puede concurrir al proceso, ya que la misma dejó de ser parte integral de la Unión Temporal Fonseca Iluminada desde el 14 de diciembre de 2015. Respecto de la empresa contratante INVERSIONES Y REPRESTENTACIONES VASQUEZ S.A. considera el apoderado judicial que la integración del contradictorio por activa debe regirse por la figura jurídica del litisconsorte facultativo.

5. El Juzgado 08 Civil del Circuito de Barranquilla por medio de auto de fecha 17 de octubre de 2019 resolvió rechazar la demanda por falta de subsanación de esta, toda vez que el demandante no cumplió con lo solicitado, atendiendo a que contempla como demandante a la Unión Temporal Fonseca Iluminada y la siguiente consideración.: *"es necesario para desatar la litis que al proceso concurran todas*

las empresas que integran la unión temporal, por cuanto conforman un litisconsorcio necesario".

6. Contra dicha providencia el apoderado judicial GESTIÓN Y CONSULTORIA INTEGRAL S.A.S. presento recurso apelación.

FUNDAMENTOS DEL RECURRENTE

Respecto de la comparecencia de la COMPAÑÍA INGENIERA Y MONTAJES ESPECIALIZADOS S.A. al proceso, expresa el recurrente que esta no puede ser parte toda vez que dejó de ser parte integral de la Unión Temporal Fonseca Iluminada desde el 14 de diciembre de 2015, cuando se suscribió entre todos sus miembros el Modificatorio No.1 para excluir a dicha empresa del contrato de Unión Temporal, cediendo su participación a las otras empresas integrantes de la unión temporal.

Manifiesta el recurrente respecto de las razones que tuvo el juez a quo para rechazar la demanda, que la Unión Temporal Fonseca Iluminada no concurrió a la firma del contrato de encargo fiduciario No. 3-1-4624 y, que dicho contrato de encargo fiduciario fue firmado por las empresas que integran la UNIÓN TEMPORAL, más no por la UNIÓN TEMPORAL. Así mismo, enuncia que la comparecencia de cada uno de los constituyentes en el encargo fiduciario es a título personal y no asociativo, por lo que la integración del contradictorio por activa debe darse por la figura del litisconsorte facultativo.

Considera el recurrente que se debe aplicar la figura del litisconsorcio facultativo, toda vez que los intereses y derechos de un sujeto no afectan a los otros sujetos o litisconsortes.

PROBLEMA JURIDICO

De conformidad con los argumentos planteados anteriormente, le corresponde al Despacho determinar si:

1. ¿Se configura un litisconsorcio por activa necesario o facultativo entre las empresas *constituyentes* del contrato de encargo fiduciario?
2. Conforme se establece en el Código General del Proceso, ¿era procedente declarar el rechazo de la demanda por falta de integración del litisconsorcio necesario?

CONSIDERACIONES

De los tipos de litisconsorcio: necesario y facultativo.

Cuando se presenta la posibilidad de que las partes estén integradas por un número plural de sujetos de derecho, se evidencia la figura del litisconsorcio, la cual puede darse tanto en la parte activa (demandante) o en la parte pasiva(demandado) del proceso.

Esta institución consagrada en nuestra legislación procesal (artículos. 60 y ss. del Código General del Proceso), ha sido dividida tradicionalmente atendiendo a la naturaleza y número de relaciones jurídicas que intervengan en el proceso en tres clases: litisconsorcio necesario, litisconsorcio facultativo o voluntario y litisconsorcio cuasi necesario.

Respecto del **litisconsorcio necesario**, define el artículo 61 del C.G.P. que se constata cuando el proceso versa sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales 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, debido a la naturaleza de dichas relaciones o actos jurídicos o porque una disposición legal así lo establezca.

Considera el tratadista Hernán López Blanco1, que todo litisconsorcio necesario atiende a la naturaleza del asunto, referido a la relación sustancial, que impide la posibilidad de un pronunciamiento valido de fondo sin la obligada comparecencia de un número plural de sujetos.

Respecto de las características de este tipo de litisconsorcio, la Corte Suprema de Justicia2 ha expresado lo siguiente:

> *"**la característica esencial del litisconsorcio necesario es el supuesto de que la sentencia haya de ser única y de idéntico contenido para la pluralidad de partes en la relación jurídico procesal por ser única la relación material en que ella se controvierte**; unicidad èsta que impide hacerle modificaciones que no puedan operar conjuntamente frente a varios sujetos. En el litisconsorcio facultativo, en cambio, como a la pluralidad de partes, corresponde también una pluralidad de relaciones sustanciales controvertidas, es posible entonces que en cierto momento las causas reunidas se separen y cada uno vuelva a ser objeto de proceso separado; y aunque el juicio continúa siendo único hasta el fin, nada impide que a las distintas causas se les dé la decisión diferente"*

Por lo anterior, para establecer la configuración de un litisconsorcio necesario, en cada caso concreto se debe atender a las normas del derecho material o sustancial en que se concreta la relación jurídica que es llevada a juicio, y por la que se impone la necesidad de un fallo único y de idéntico contenido.

En cambio, en el litisconsorcio facultativo o voluntario, se ha reconocido por la doctrina que se implementa como una figura basada en la conveniencia o economía procesal, por lo cual, se constata dicha figura cuando la pluralidad de personas en el extremo activo o pasivo no es requisito necesario para la debida integración del

1 LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Código general del proceso-parte general. Bogotá DC: Dupre Editores Ltda., 2016.
2 Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 14 de junio de 1971.

contradictorio, esto debido a que las relaciones jurídicas son diferentes e independientes.

El artículo 60 del Código General del proceso, les atribuye a los litisconsorcios facultativos la calidad de ser litigantes separados en sus relaciones con la contraparte, por lo cual, los actos de cada uno no redundarán en provecho ni en perjuicio de los otros.

Respecto del ultimo tipo, se ha considerado como un medio entre los extremos planteados previamente, el litisconsorcio cuasi necesario se presenta cuando la diversidad de sujetos está sustentada en que, dadas las características de la relación sustancial, la sentencia le es igualmente oponible a varios sujetos y pueden estos voluntariamente hacerse presente en el proceso, pero la validez de esta no se afecta por la ausencia del número plural de personas. En esta figura, la sentencia es susceptible de afectar a todos por igual, aunque no hayan participado o no hayan sido citados al correspondiente proceso. Enuncia López Blanco3, que una de las figuras de las que surge el litisconsorcio cuasi necesario es la solidaridad, siendo un ejemplo clave para comprender dicha figura.

De la integración del litisconsorcio necesario.

La legislación colombiana ha previsto varias maneras y posibilidades amplias para que se efectué la integración del litisconsorcio necesario. Inicialmente esta labor se encuentra en cabeza del demandante, al ser dicha parte quien debe indicar quienes deben comparecer obligatoriamente en calidad de partes al proceso, identificando quienes demandan y quienes serán los demandados.

Pero, si el demandando omite o falla en esta labor, corresponde al juez disponer la integración del litisconsorcio en el auto admisorio de la demanda, tal como lo

3 LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Código general del proceso-parte general. Bogotá DC: Dupre Editores Ltda., 2016.

plantea el primer inciso del artículo 61 del C.G.P., siendo deber del mismo ordenar la notificación y dar traslado de la demanda a quienes falten para integrar el contradictorio. Si el juez no cae en cuenta de la falta de integración del litisconsorcio necesario al momento de admitir la demanda, el inciso 2do del artículo 61 del C.G.P reconoce la posibilidad de citación de las personas, de oficio o a petición de parte, mientras no se haya dictado sentencia de primera instancia.

Siendo así, reside en cabeza del juez el deber de ordenar la integración del litisconsorcio necesario una vez que dicha integración ha sido omitida por el demandante y que se evidencie la existencia de la figura conforme a lo aportado en el proceso.

Respecto del extremo activo del proceso, el artículo 61 en su inciso final dispone: *"Cuando alguno de los litisconsortes necesarios del demandante no figure en la demanda, podrá pedirse su vinculación acompañando la prueba de dicho litisconsorcio."*

Esta circunstancia, puede ser relacionada con los casos en que alguna parte que se considere como litisconsorte necesario no haya otorgado poder para demandar, y como nadie está obligado a lo imposible, el demandante no tiene la obligación de aportar un poder que no ha sido conferido, por lo cual tiene la posibilidad de solicitar la vinculación del litisconsorte necesario activo para evitar la eventual nulidad del proceso, así mismo se pueden aplicar todas las disposiciones del artículo 61 del C.G.P en la integración del litisconsorcio necesario por activa.

CASO CONCRETO

El problema jurídico planteado en el caso bajo estudio se circunscribe a determinar si existe un litisconsorcio necesario por activa entre las empresas GESTIÓN Y CONSULTORÍA INTEGRAL S.A.S. e INVERSIONES Y REPRESENTACIONES VASQUEZ S.A., o si por el contrario nos encontramos bajo la figura de un litisconsorcio facultativo, siendo esta determinación clave para

establecer la procedencia del rechazo de la demanda efectuado por el juez a quo a través de la providencia objeto del recurso de apelación del 17 de octubre de 2019.

Previo al análisis del caso puntual, es necesario efectuar una aclaración: en el presente caso el demandante es GESTIÓN Y CONSULTORÍA INTEGRAL S.A.S. y no la Unión Temporal Fonseca Iluminada. Así mismo, se constata que quienes suscribieron el contrato de encargo fiduciario como parte constituyente son las empresas que integran la Unión Temporal a raíz de la obligación derivada del contrato de Concesión, pero dicha calidad no significa que la Unión Temporal sea constituyente dentro del contrato de encargo fiduciario.

A través de la providencia recurrida se resolvió el rechazo de la demanda, atendiendo a que el demandante no había subsanado la misma, y se sustentó en que se concibe como demandante a la Unión Temporal Fonseca Iluminada y que: *"…es necesario para desatar la litis que a este proceso concurran todas las empresas que integran dicha unión temporal, por cuanto conforman un litisconsorcio necesario y son quienes están facultadas para ejercer el derecho de acción encaminado a obtener las pretensiones impetradas en la demanda, no siendo dable que al debate solo comparezca uno de los integrantes de la unión temporal, y el otro miembro concurra si ha bien lo tiene bajo la figura del litisconsorcio facultativo, como se indica en el escrito de subsanación"*

Por su parte, el apoderado judicial de la parte recurrente alega que esta medida es improcedente y que se debe revocar el auto objetado en su totalidad, toda vez que en el presente caso la Unión temporal no es demandante y dicha entidad no suscribió el contrato de encargo fiduciario, enuncia que nos encontramos ante un litisconsorcio facultativo, y que en este caso: *"los intereses y derechos de un sujeto no afectan a los otros sujetos o litisconsortes, de manera que cada uno puede hacerse parte del proceso o no…"*. Por consiguiente, solicita el recurrente se admita la demanda y se ordene la notificación de la otra parte contratante para la integración del contradictorio por activa.

Respecto de la existencia o no un litisconsorcio en el presente caso, es necesario analizar la relación jurídica sustancial que fundamenta la demanda presentada y las pretensiones de esta.

La demanda interpuesta por GESTIÓN Y CONSULTORÍA INTEGRAL S.A.S. tiene como fundamento la existencia e incumplimiento de un contrato de encargo fiduciario entre dicha empresa como uno de los constituyentes o fideicomitentes y la sociedad Fiduciaria de Occidente. A su vez, dicho contrato de encargo fiduciario deviene de la obligación contractual asumida por la Unión Temporal Fonseca Iluminada en la Cláusula Trigésima Segunda "Fiducia de Administración y Pago" dentro del contrato de Concesión No. 106 de 2014 suscrito entre la mencionada Unión Temporal y el Municipio de Fonseca – La Guajira, regido por los postulados que en él se consagran para la administración y forma de los pagos.

Dentro de las pretensiones de la demanda solicita el demandante se declare la resolución del contrato de encargo fiduciario, que se ordene a Fiduciaria de Occidente a entregar los dineros que se encontraban en el Fondo General del contrato de encargo Fiduciario a todas las empresas que constituyen la Unión Temporal Fonseca Iluminada y que se condene a dicha empresa demanda al pago de daños y perjuicios tanto materiales como morales causados a las empresas que integran la Unión Temporal Fonseca Iluminada.

Partiendo de lo anterior, y conforme a los anexos de la demanda, se evidencia que quienes suscriben el contrato de encargo fiduciario como constituyentes y beneficiarias son las empresas GESTIÓN Y CONSULTORÍA INTEGRAL S.A.S. e INVERSIONES Y REPRESENTACIONES VASQUEZ S.A, y quienes integran cada una, con una participación del 50%, la Unión Temporal Fonseca Iluminada. Siendo estos sujetos un extremo de la relación sustancial-material que no se puede dividir o independizar, toda vez que en el mismo contrato de encargo fiduciario la división de atribuciones o deberes no fue efectuada.

Respecto de las pretensiones de la demanda, se evidencia que se pretende la resolución del contrato de encargo fiduciario, en el cual su posición o calidad está consolidada por la presencia de otra empresa y por la pertenencia a la Unión Temporal Fonseca Iluminada; resolución de un contrato en el cual existe otro sujeto que no ha sido convocado para participar en la controversia surgida con el fundamento de que los intereses de cada uno no afectan al otro.

Es claro, y considera el Despacho que el interés de uno de los constituyentes de que se efectué la resolución del contrato de encargo fiduciario, si afecta al otro constituyente que no ha sido notificado de dicha situación, y una sentencia que disponga dicha resolución no será válida por la falta de intervención o comparecencia de todas las partes que suscribieron el contrato de encargo fiduciario.

Consecuentemente, pretende el demandante se reconozcan unos daños y perjuicios en favor de *"las empresas que integran la Unión Temporal",* empresas que el mismo manifiesta no deben comparecer necesariamente al proceso para su tramitación.

Contrario a lo expresado por el demandante, y tal como lo enuncia el juez a quo, considera el Despacho que en el presente caso nos encontramos ante la existencia de un litisconsorcio necesario, atendiendo a que la relación sustancial controvertida y las pretensiones que se derivan de dicha relación jurídica que se va a debatir impone la intervención obligatoria de todas las empresas como constituyentes suscribieron el contrato de encargo fiduciario y que integran la Unión Temporal Fonseca Iluminada, por lo cual, el extremos activo de este proceso debe estar compuesto necesariamente por las empresas GESTIÓN Y CONSULTORÍA INTEGRAL S.A.S. e INVERSIONES Y REPRESENTACIONES VASQUEZ S.A.. Las empresas anteriormente mencionadas son las facultadas para ejercer de manera conjunta el derecho de acción encaminado a obtener las pretensiones

impetradas en la demanda referidas al contrato de encargo fiduciario No. 3-1-4624, por ellas suscrito.

En el presente caso, se constata la obligación de que se resuelva de manera uniforme respecto de ambas personas jurídicas, y se necesita la comparecencia de estas como sujetos que integran e intervinieron en el contrato de encargo fiduciario como *constituyentes* para poder decidir de mérito.

Ahora, una vez constatada la existencia del litisconsorcio necesario por activa, corresponde determinar la forma en que se debió efectuar su integración. Tal como se enunció previamente el artículo 61 dispone que, si el demandante omite su deber de integrar el contradictorio, se confiere en cabeza del juez el deber de ordenar la integración del litisconsorcio necesario, por lo cual, una vez que se tuviera claro la existencia de dicha figura, debía el juez a quo ordenar la notificación de la empresa que no compareció como demandante inicialmente y el traslado a esta a fin de integrar el contradictorio por activa. Es decir, correspondía al juez ordenar la vinculación de la empresa REPRESENTACIONES VASQUEZ S.A., atendiendo a la afirmación de la existencia del litisconsorcio necesario.

Por consiguiente, la determinación del juez de rechazar la demanda por falta de integración del litisconsorcio necesario por activa no corresponde con lo preceptuado por el artículo 61 del Código General del Proceso, toda vez que no era procedente en el presente caso declarar el rechazo de la demanda.

Tal como se evidenció en el expediente del proceso, era posible la declaratoria de inadmisión de la demanda, en aras de determinar cuáles eran los sujetos que concurrían como demandantes y poder constatar la existencia del litisconsorcio necesario; pero no era dable ordenar el rechazo de la demanda. Tal como enuncia el artículo 61 del C.G.P, corresponde al juez a quo en el auto que admite la demanda, ordenar la notificación y traslado a quienes falten para integrar el

contradictorio, siendo esto una norma aplicable tanto al extremo pasivo y activo del proceso.

En mérito de lo expuesto, se

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el auto de fecha 17 de octubre de 2019, proferido por el Juzgado Octavo Civil del Circuito de Barranquilla, por medio del cual se resolvió rechazar la demanda presentada por GESTIÓN Y CONSULTORÍA INTEGRAL S.A.S.

SEGUNDO: Remítase el proceso al juzgado de origen para que proceda a la admisión de la demanda en los términos expuestos en el presente auto.

NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE

SONIA ESTHER RODRÍGUEZ NORIEGA
Magistrada

Firmado Por:

SONIA ESTHER RODRIGUEZ NORIEGA
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
DESPACHO 7 SALA CIVIL-FAMILIA TRIBUNAL SUPERIOR BARRANQUILLA

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **d04819926e74df479f67357704f2c8884d2d3df47e279f88e079aac1b3607967**
Documento generado en 14/04/2021 01:54:21 PM