

JUZGADO TREINTA Y TRES (33) ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
SECCIÓN TERCERA

Carrera 57 No. 43-91 Edificio Aydee Anzola Linares Piso 5 Bogotá D.C.

Bogotá D.C., veintiséis (26) de febrero dos mil veintiuno (2021)

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
(CONTRACTUAL)

Exp. - No. 11001333603320190010300

Demandante: CONSORCIO INTERVENTORES MAGDALENA

**Demandado: FONDO NACIONAL DE TURISMO (FONTUR) -NACIÓN-
MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO-FIDUCIA
COLOMBIANA DE COMERCIO EXTERIOR-FIDUCOLDEZ-CONSORCIO
CENTENARIO**

Auto interlocutorio No. 0111

El expediente se encuentra al despacho con el propósito de resolver las excepciones previas formuladas en oportunidad. De conformidad con el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, modificado por el artículo 624 del Código General del Proceso, y el artículo 86 de la Ley 2080 de 2021, las reformas procesales introducidas por esta última prevalecen sobre las anteriores normas de procedimiento -desde el momento de su publicación- y solo respecto de los procesos y trámites iniciados en vigencia de la Ley 1437 de 2011.

En línea con lo anterior se tiene que el presente trámite comenzó en vigencia de la Ley 1437 de 2011; razón por la que habrán de aplicarse las normas relacionadas con la resolución de excepciones previas que haya dispuesto la Ley 2080 de 2021.

En tal sentido el artículo 38 de la Ley 2080 de 2021 modificó el parágrafo 2º de la Ley 1437 de 2011 así:

*“Parágrafo 2º. De las excepciones presentadas se correrá traslado en la forma prevista en el artículo 201A por el término de tres (3) días. **En este término, la parte demandante podrá pronunciarse sobre las excepciones previas y, si fuere el caso, subsanar los defectos anotados en ellas.** En relación con las demás excepciones podrá también solicitar pruebas.*

Las excepciones previas se formularán y decidirán según lo regulado en los artículos 100, 101 Y 102 del Código General del Proceso. Cuando se requiera la práctica de pruebas a que se refiere el inciso segundo del artículo 101 del citado código, el juez o magistrado ponente las decretará en el auto que cita a la audiencia inicial, y en el curso de esta las practicará. Allí mismo, resolverá las excepciones previas que requirieron pruebas y estén pendientes de decisión.

Antes de la audiencia inicial, en la misma oportunidad para decidir las excepciones previas, se declarará la terminación del proceso cuando se advierta el incumplimiento de requisitos de procedibilidad.

Las excepciones de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta manifiesta de legitimación en la causa y prescripción extintiva, se declararán fundadas mediante sentencia anticipada, en los términos previstos en el numeral tercero del artículo 182A. (Destacado por el Despacho)

De acuerdo con la norma transcrita para la formulación y resolución de las excepciones previas deberán aplicarse los artículos 100, 101 y 102 del Código General del Proceso. El primero enumera las excepciones previas, el segundo señala la oportunidad y trámite de las mismas, y el último advierte que los hechos que configuran excepciones previas no podrán ser alegados como causal de nulidad por el demandante, ni por el demandado que tuvo oportunidad de proponer dichas excepciones.

Del artículo 101 ib., especialmente se destacan los incisos 1º y 2º en los que se indica que el escrito de las excepciones debe estar acompañado de todas las pruebas que se pretendan hacer valer y que se encuentren en poder del demandando, pues el juez se abstendrá de decretar otro tipo de pruebas, salvo que se esté alegando, *“salvo cuando se alegue la falta de competencia por el domicilio de persona natural o por el lugar donde ocurrieron hechos, o la falta de integración del litisconsorcio necesario, casos en los cuales se podrán practicar hasta dos testimonios.”*

De esta norma también se resalta el numeral 2º que instruye al juez a decidir sobre las excepciones previas que no requieran la práctica de pruebas, antes de la audiencia inicial.

Comoquiera que el presente caso se encuadra en el supuesto normativo con destino a resolver una excepción previa en la que no se requiere practicar de

pruebas el Despacho: **(i)** pondrá de presente **los antecedentes** del *sub lite*, **(ii) caso concreto, (iii) resolución.**

En todo caso se advierte que en el evento de encontrar probada la cosa juzgada, la caducidad, la transacción, la conciliación, la falta manifiesta de legitimación en la causa y/o la prescripción extintiva, se resolverán las demás excepciones y a la vez se correrá traslado para alegar de conclusión en aras de proferir sentencia anticipada; precisando sobre cuál o cuáles de las excepciones se pronunciará el Despacho. Esto con fundamento en el inciso final del artículo 38 de la Ley 2080 de 2021, así como el numeral 3º y parágrafo único del artículo 182 A¹, introducido por la misma norma.

I. Antecedentes

El 12 de abril de 2019 mediante apoderado judicial, el CONSORCIO INTERVENTORES MAGDALENA, interpuso demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho de carácter contractual contra el FONDO

¹ Ley 2080 de 2021. ARTÍCULO 42. Adiciónese a la Ley 1437 de 2011 el artículo [182A](#), el cual será del siguiente tenor:

ARTÍCULO 182A. Sentencia anticipada. Se podrá dictar sentencia anticipada:

1. Antes de la audiencia inicial:

a) Cuando se trate de asuntos de puro derecho;

b) Cuando no haya que practicar pruebas;

c) Cuando solo se solicite tener como pruebas las documentales aportadas con la demanda y la contestación, y sobre ellas no se hubiese formulado tacha o desconocimiento;

d) Cuando las pruebas solicitadas por las partes sean impertinentes, inconducentes o inútiles.

El juez o magistrado ponente, mediante auto, se pronunciará sobre las pruebas cuando a ello haya lugar, dando aplicación a lo dispuesto en el artículo 173 del Código General del Proceso y fijará el litigio u objeto de controversia.

Cumplido lo anterior, se correrá traslado para alegar en la forma prevista en el inciso final del artículo 181 de este código y la sentencia se expedirá por escrito.

No obstante estar cumplidos los presupuestos para proferir sentencia anticipada con base en este numeral, si el juez o magistrado ponente considera necesario realizar la audiencia inicial podrá hacerlo, para lo cual se aplicará lo dispuesto en los artículos 179 y 180 de este código.

2. En cualquier estado del proceso, cuando las partes o sus apoderados de común acuerdo lo soliciten, sea por iniciativa propia o por sugerencia del juez. Si la solicitud se presenta en el transcurso de una audiencia, se dará traslado para alegar dentro de ella. Si se hace por escrito, las partes podrán allegar con la petición sus alegatos de conclusión, de lo cual se dará traslado por diez (10) días comunes al Ministerio Público y demás intervinientes. El juzgador rechazará la solicitud cuando advierta fraude o colusión.

Si en el proceso intervienen litisconsortes necesarios, la petición deberá realizarse conjuntamente con estos. Con la aceptación de esta petición por parte del juez, se entenderán desistidos los recursos que hubieren formulado los peticionarios contra decisiones interlocutorias que estén pendientes de tramitar o resolver.

3. En cualquier estado del proceso, cuando el juzgador encuentre probada la cosa juzgada, la caducidad, la transacción, la conciliación, la falta manifiesta de legitimación en la causa y la prescripción extintiva.

4. En caso de allanamiento o transacción de conformidad con el artículo 176 de este código.

PARÁGRAFO. En la providencia que corra traslado para alegar, se indicará la razón por la cual dictará sentencia anticipada. Si se trata de la causal del numeral 3 de este artículo, precisará sobre cuál o cuáles de las excepciones se pronunciará.

Surtido el traslado mencionado se proferirá sentencia oral o escrita, según se considere. No obstante, escuchados los alegatos, se podrá reconsiderar la decisión de proferir sentencia anticipada. En este caso continuará el trámite del proceso.

NACIONAL DE TURISMO (FONTUR), NACIÓN-MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO, FIDUCIA COLOMBIANA EXTERIOR-FIDULTEX y CONSOCRIO CENTANARIO, con el propósito de obtener la nulidad del acto de adjudicación de la convocatoria pública número FNTIA-036 de 2018, y la nulidad absoluta del contrato número FNTC-131 de 2018, y la consecuente pérdida de utilidad soportada por el demandante.

Mediante auto de fecha diecinueve (19) de junio de 2019, este despacho admitió la demandada interpuesta contra de la FIDUCIA COLOMBIANA DE COMERCIO EXTERIOR, FONDO NACIONAL DE TURISMO (FONTUR) y la NACIÓN-MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO, ordenando entre otras cosas: (i) vincular al CONSORCIO CENTENARIO al presente trámite en calidad de Litis consorcio necesario; (ii) correr traslado de la demanda en la forma indicada por los artículos 172 y 199 de la Ley 1437 de 2011, modificado por el artículo 612 de la Ley 1564 de 2012; (iii) y notificar por estado a las partes demandadas y al Litis consorte tal y como lo señala el artículo 171, numeral 1° de la Ley 1437 de 2011, orden que fue cumplida el dieciséis (16) de octubre de 2019.

En este orden, mediante apoderados judiciales, el 19 de diciembre de 2019, el 7 de febrero de 2020, el 24 de febrero de 2020, y el 28 de agosto de 2020, las entidades demandas y el Litis consorte necesario, contestaron la demanda en término, formulando escrito de excepciones.

De igual forma, del escrito de las excepciones este Despacho le corrió traslado al apoderado de la parte actora, quien guardó silencio durante el término de las mismas.

II. Caso concreto

2.1 Para el presente caso, el apoderado de la **Nación-Ministerio de Comercio, Industria y Turismo**, propuso como excepciones: (i) falta de legitimación en la causa por pasiva, con relación al Ministerio de Comercio Industria y Turismo; (ii) falta de causa para impetrar la presente acción, en contra del Ministerio de Comercio Industria y Turismo; y (iii) oficio.

2.2. A su turno, el apoderado del **Fondo Nacional del Turismo-FONTUR**, propuso como excepciones: (i) el estatuto de contratación estatal no es aplicable

a los procesos contractuales de FONTUR y debe ser excluido. La invitación abierta se rige por el derecho privado; (ii) carencia de objeto del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho. Inexistencia del acto administrativo atacado; (iii) falta de legitimación en la causa; (iv) las pretensiones están basadas en un exceso ritual manifiesto que resulta intolerable para el tipo de régimen que aplica a la invitación abierta; (v) cumplimiento de los términos de referencia; (vi) acatamiento de los principios de transparencia y selección objetiva; (vii) falta de legitimación en la causa por pasiva; (viii) inexistencia de la causal de nulidad absoluta del contrato; y (ix) inexistencia de los perjuicios reclamados.

2.3. De igual forma, la **Fiduciaria Colombiana de Comercio Exterior SA-FIDUCOLDEX**, propuso como excepciones a las que denomino: (i) ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales; (ii) falta de legitimación en la causa por pasiva de la FIDUCOLDEX SA; y (iii) inexistencia de las obligaciones a cargo de la FIDUCOLDEX SA y ausencia de solidaridad entre la misma y el patrimonio autónomo FONTUR.

2.4. Por último el apoderado del vinculado como Litis consorcio necesario, **Consortio Centenario**, propuso como excepciones a las que denomino: (i) falta de legitimidad en la causa por pasiva del consorcio centenario; (ii) cobro de lo debido; (iii) ineptitud sustantiva de la demanda.

Ahora bien, en cuanto a las excepciones previas, debe tenerse en cuenta: (i) son las enlistadas en el artículo 100 del Código General del Proceso, en virtud de la integración normativa consagrada en el artículo 306 de la Ley 1437 de 2011 y son taxativas, no enunciativas; (ii) por ende de encontrarse demostrada la excepción alegada, deben declararse probadas en esta etapa de la audiencia.

En ese orden, vistos los argumentos de defensa, observa el despacho que, salvo la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva y la denominada **Ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales**, serán objeto de estudio al definir de fondo el asunto de la controversia.

Con fundamento a lo anterior se procede a resolver las excepciones de la siguiente forma:

(i) Falta de legitimación por pasiva

1.1. En el presente caso, por conducto de apoderado judicial del **Ministerio de Comercio, Industria y Turismo**, manifestó que no está legitimado en la causa por pasiva, puesto que del contenido de la demanda y las pruebas, no se encuentra evidencia o prueba alguna que demuestre que hay realizado alguna actuación que diera origen a las peticiones de la demanda, ni de los hechos se advierte que en ellos se formule ninguna imputación concreta al Ministerio, o prueba alguna que infiera que desplego alguna actuación, o que hubiera intervenido en la expedición de los actos administrativos acusados.

Agrega que, pese a que en la demanda se cita al Ministerio como demandado, en la misma no se señala el fundamento normativo o concepto de violación que recaiga contra el Ministerio que representa, y bastaría con la simple lectura de las normas de creación de las entidades involucradas como demandadas. Refiere que de otra parte, el Decreto 210 de 2003, artículos 1 y 2, establecen los objetivos, funciones y competencias del Ministerio de Comercio Industria y Turismo, esta entidad encargada de formular las políticas generales con relación a los asuntos del sector, comercio, industria y turismo y sus funciones están plenamente establecidas, pero ninguna hace relación con los hechos que motivaron la demanda, siendo ajeno a sus funciones y competencias lo relacionado al asunto que se plantea en la misma, pues se narran hechos respecto de otra entidad respecto de la cual el Ministerio no responde legalmente por sus actuaciones.

De igual forma, refiere que se presente una falta de causa en atención a que: (i) el simple hecho de ser el Ministerio de Comercio Industria y Turismo, cabeza del sector y el ente rector de las políticas del sector comercio industria y turismo, no lo convierte en responsable por las actuaciones o actos administrativos expedidos por otras instancias, máxime si se tiene en cuenta que tienen independencia en sus actuaciones conforme a las competencias y funciones que les otorga la ley; (ii) en la demanda, no se formula ninguna imputación concreta al Ministerio de Comercio Industria y Turismo, ni se establece en los conceptos de violación cuales se endilgan al Ministerio como causa para su designación como parte demandada.

1.2. A su turno, el apoderado del **Fondo Nacional de Turismo-FONTUR**, manifestó que esta excepción se fundamenta en la demanda plantea una controversia declarativa cuyos elementos estructurales no corresponden con la realidad de la relación entre las partes. Por lo que, vista la demanda, es claro que

quienes figuran como demandantes y demandados, no son los llamados a conformar la Litis, en particular el demandado, pues su situación no se aviene al tipo de pretensiones que se le enrostran. FONTUR, no ha sido autor del acto administrativo atacado, pues este no existe. FONTUR no está obligada legalmente a respetar expectativas sobre ganancias o utilidades relativas a un Contrato que decidió celebrar con otro proponente diferente al Demandante.

Agrega que es claro, entonces, que no es FONTUR a quien la ley habilita para actuar procesalmente frente a una pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho de la índole de la incoada en la demanda, pues no ha emitido el acto, ni tiene la obligación legal de celebrar el contrato con el supuesto “mejor oferente”, aun cuando es claro que dicha calidad ni si quiera ha sido probada en el Consorcio Magdalena.

De igual forma refiere que, inexplicablemente el demandante ha dirigido sus pretensiones contra FIDUCOLDEX, cual si esta entidad hubiese participado a título personal y directo en el proceso de la invitación abierta, o lo que es incluso más desacertado, como si hubiera asumido obligaciones con su propio patrimonio frente a los participantes en dicho proceso precontractual. Contrario a lo que argumenta el demandante, lo cierto es que la actuación de dicha fiduciaria única y exclusivamente se limitó a fungir como vocera de FONTUR, razón por la cual, no puede estar llamada a integrar, ni por asomo, la parte demandada en el presente trámite. Así mismo, refiere que así las cosas en asuntos del patrimonio autónomo, la vocera es únicamente la herramienta a través del cual FONTUR celebra sus negocios jurídicos, pero nunca quien asume obligaciones ni adquiere derechos en virtud de estos. Su propio patrimonio, como fiduciaria, se insiste, no se compromete y por ello nada tiene que hacer como demanda en el presente trámite, por lo tanto, de manera previa y perentoria debe ser desvinculada del presente proceso.

1.3. De igual forma, el apoderado de **FIDUCOLDEX** refirió de dicha entidad, no cumple con los requisitos para estar legitimada en el presente proceso, toda vez que tal y como se expresó en los hechos de la demanda, no tuvo relación directa ni indirecta con el proceso, desarrollo y adjudicación de la invitación abierta FNTIA-036-2018, habida cuenta que la misma fue adelantada exclusivamente por el FONTUR, vehículo fiduciario respecto del cual únicamente obra en calidad de vocera y administradora del mismo (realiza precisiones referidas relacionadas con la naturaleza jurídica FIDUCOLDEX).

Refiere que en atención a que el objeto del litigio tiene relación directa con un proceso de contratación, que tenía la modalidad de selección de invitación abierta publicada por el FONTUR, FIDUCOLDEX en posición propia no tiene responsabilidad alguna frente a los hechos, acciones y/u presuntas omisiones que se materializaron al interior de la invitación abierta FNTIA-036-2018, habida cuenta que la fiduciaria tan solo actúa como vocera y administradora del fideicomiso FONTUR bajo las estipulaciones contractuales previamente establecidas, y en ese orden de ideas, carece de legitimación en causa en posición propia para hacer parte del presente proceso.

1.4. El apoderado del vinculado como Litis consorcio necesario, **Consortio Centenario**, manifestó que es el llamado a responder por las pretensiones condenatorias de la demanda, debido a que el consorcio actuó de buena y de manera transparente en todas las actuaciones desarrolladas durante el proceso de selección. De igual manera, FOTUR aplicó en debida forma los principios de selección objetiva, escogiendo la oferta más favorable para el desarrollo de sus fines dado que la oferta presentada por el consorcio centenario cumplía tanto jurídica, financiera como técnica, no existiendo mérito para la inicio del presente proceso y mucho menos vincular al consorcio centenario. Agrega que así las cosas, es claro que, el consorcio centenario carece de legitimidad en la causa por cuanto, no le es dable contradecir las pretensiones por cuanto no fue parte de la relación que dio lugar al litigio y, con fundamento en ello, tampoco es el llamado a responder en caso de que, llegase a declarar la nulidad y restablecimiento del derecho, por ende debe ser absuelta y denegarse las pretensiones frente a ella por cuanto, no es la llamada a responder por carecer de legitimidad en la causa por pasiva.

Para resolver se considera:

Previo a resolver la prosperidad de la excepción propuesta por los apoderados de las entidades demandadas, precisa este Despacho, que aun cuando no desconoce los argumentos de defensa referidos por los apoderados de las aquí demandadas, la jurisprudencia ha referido que la legitimación en la causa, en el caso de las controversias contractuales, la tienen en principio las partes que integran la relación jurídico contractual –partes del contrato-, y por lo tanto, pueden solicitar que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, la existencia del contrato, la nulidad, revisión o incumplimiento,

que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, se profieran declaraciones o condenas, entre otras².

Con respecto a la legitimación en la causa por pasiva del Ministerio del Comercio, Industria y Turismo, satisface ese presupuesto procesal, dada su condición de entidad pública que adelantó el proceso de licitación pública No. 03 de 2013, para seleccionar la entidad fiduciaria que administrara el Patrimonio Autónomo Fondo Nacional de Turismo (FONTUR), a lo que se agrega que se encuentra legitimada, teniendo en cuenta que cuenta con capacidad para ser parte en el proceso, condición que proviene de su personería jurídica.

Respecto a FONTUR, con el escrito de demanda obran imputaciones dirigidas contra esta entidad, en cuanto a según aduce el apoderado de la parte actora, hizo caso omiso a las observaciones presentadas por el proponente, vulnerando así el principio de legalidad, al igual que refiere, una desviación de poder y falsa motivación del acto administrativo por parte de la misma, al presentar argumentos inválidos. Así mismo, la Ley 1558 de 2012 artículo 21, habilita la capacidad de esta entidad para ser parte en el proceso, al señalar que *“el Fondo de Promoción Turística que en adelante llevará el nombre de Fondo Nacional de Turismo (FONTUR), se constituirá como Patrimonio Autónomo con personería jurídica y tendrá como función principal el recaudo, la administración y ejecución de recursos”*.

Ahora bien, respecto a la Fiduciaria FIDUCOLDEX esta se encuentra legitimada en el proceso por cuando esta figura como vocera del patrimonio autónomo de FONTUR, por lo que contrario a lo referido por las entidades demandadas, en materia de fiducia y su capacidad para ser parte en los procesos, la jurisprudencia ha referido que:

“ (...) el patrimonio autónomo conformado en desarrollo del contrato de fiducia mercantil, aunque se constituye en receptor de los derechos y obligaciones legal y convencionalmente derivados de los actos y contratos celebrados y ejecutados por el fiduciario en cumplimiento del contrato de fiducia, no es persona natural ni jurídica, por lo cual debe actuar por conducto del fiduciario quien, a su vez, actúa como vocero y administrador del patrimonio autónomo y en tal carácter celebra y ejecuta diligentemente

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera-Subsección A, Consejera Ponente: María Adriana Marín, Sentencia 25000232600020020159901, del 12 de agosto de 2019.

todos los actos jurídicos necesarios para lograr la finalidad del fideicomiso, comprometiendo al patrimonio autónomo dentro de los términos señalados en el acto constitutivo de la fiducia. Para este efecto, el fiduciario deberá expresar que actúa en calidad de vocero y administrador del respectivo patrimonio autónomo.

Agrega esta disposición que, en desarrollo de la obligación legal indelegable establecida en el numeral 4 del artículo 1234 del Código de Comercio, **el fiduciario lleva la personería del patrimonio autónomo en todas las actuaciones procesales de carácter administrativo o jurisdiccional** que deban realizarse para proteger y defender los bienes que lo conforman contra actos de terceros, del beneficiario o del constituyente, o para ejercer los derechos y acciones que le correspondan en desarrollo del contrato de fiducia³ (Se resalta)

Por lo que, conforme a lo referido se justifica la razón de la vinculación al proceso de FIDUCOLDEX, máxime cuando de la lectura del acto administrativo selección de contratista No. FNTIA-036-2018, se colige que hicieron parte de dicho acto, el Ministerio, FONTUR, FIDUCOLDEX, y el CONSORCIO CENTENARIO respectivamente, lo que los habilita para ser parte del proceso con el fin de que refieran sus argumentos de defensa, frente a una eventual prosperidad de las pretensiones, y por ende afectación de sus intereses en proporcionalidad a su participación en los actos administrativos objeto de litigio.

En este orden de ideas, se tiene que lo anteriormente referido, no es otra cosa que lo dispuesto previamente por este Despacho en auto de fecha diecinueve (19) de junio de 2019, numeral C, el cual dispuso:

“el juzgado vislumbra que existe legitimación en la causa por pasiva de hecho respecto del FONDO NACIONAL DE TURISMO (FONTUR) y la FIDUCIA COLOMBIANA DE COMERCIO EXTERIOR- FIDUCOLDEX, por cuando la segunda es vocera del patrimonio autónomo del primero, de suerte que los dos constituyen el extremo contratista del contrato FNTC-131 de 2918. Así mismo encuentra sustento la comparecencia de hecho de la NACIÓN-MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO, ya que el contrato de fiducia del patrimonio autónomo fue suscrito entre la mencionada fiduciaria y el Ministerio”

³ Consejo de Estado. Sección Primera-Consejero Ponente: Marco Antonio Velilla Moreno. Radicado: 25000232400020070048801 del 9 de agosto de 2021.

Respecto al CONSORCIO CENTENARIO, sin desconocer la prosperidad de los argumentos expuestos por este, se tiene que la vinculación de la referida se dio en calidad de Litisconsorte necesario, en atención a que es el actual adjudicatario del contrato FNTC-131 de 2018, por lo que al ser el referido acto, uno sobre los cuales versa el litigio, reitera este Despacho que en caso de darse la prosperidad de las pretensiones propuestas, dicha decisión podría afectar en este caso al referido Consorcio.

Por los argumentos anteriormente expuestos, no se declara probada la excepción propuesta por los apoderados de las entidades demandadas, ya que adicional a lo que ha referido este Despacho, la vinculación de las entidades se limita al aspecto factico del presente proceso, asunto distinto es que eventualmente se configure la **legitimación material en la causa por pasiva**, la cual está relacionada con la efectiva participación o relación de dicho demandado con el daño causado, asunto que únicamente puede ser dilucidado al momento de emitir decisión de fondo.⁴

Ha de advertirse, que en este momento no se está analizando la responsabilidad de las entidades demandadas en relación directa con las pretensiones o su prosperidad, y por ello, la presunta responsabilidad que eventualmente les pueda asistir o no en el presente asunto y con relación directa a las pretensiones, es algo que se determinará una vez se haya surtido el debate probatorio, por lo tanto se denegará la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta.

(ii) Ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales

2.1 El apoderado de **FIDUCOLDEX**, manifestó que revisando el acta de conciliación extrajudicial llevada a cabo ante la Procuraduría Once Judicial II para Asuntos Administrativos, se observa que dentro de la audiencia celebrada intervinieron únicamente, el CONSORCIO INTERVENTORES MAGDALENA, el

⁴ Sobre el particular, el Consejo de Estado se ha pronunciado en los siguientes términos: “La legitimación en la causa puede ser de hecho o material, siendo la primera aquella relación que se establece entre las partes por razón de la pretensión procesal, es decir de la atribución de una conducta que el demandante hace al demandado en su demanda, mientras que la segunda, corresponde a la participación real de las personas o hayan demandado o que hayan sido demandadas, por lo cual la ausencia de esta última clase de legitimación, por activa o por pasiva, no constituye una excepción de fondo porque no enerva la pretensión procesal en su contenido. La legitimación material en la causa, activa y pasiva, es una condición anterior y necesaria, entre otras, para dictar sentencia de mérito favorable al demandante o al demandado (...Radicación número: 05001-23-26-000-1995-01935-01(18163)).

MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO, y FIDUCOLDEX SA, como vocera y administradora del PATRIMONIO AUTONOMO FONDO NACIONAL DEL TURISMO-FONTUR, pero en ningún caso se observa la participación a través del representante legal de la FIDUCIARIA COLOMBIANA DE COMERCIO EXTERIOR SA-FIDUCOLDEX, en posición propia.

Refiere que los efectos de las acciones o relaciones jurídicas que inicie o en las que se vea inmerso el PATRIMONIO AUTONOMO FONDO NACIONAL DEL TURISMO-FONTUR, única y exclusivamente le son atribuibles a este último y no pueden ser endilgadas a la Fiduciaria en posición propia, toda vez que tal y como se ha venido señalando, la FIDUCIARIA COLOMBIANA DE COMERCIO EXTERIOR SA-FIDUCOLDEX, no cumple función diferente a la de administrar dicho vehículo conforme las instrucciones que reciba sobre el particular por parte del Fideicomitente, y por ende, no puede afectarse ni su patrimonio propio ni el de los demás vehículos fiduciarios por ello administrados, con ocasión de situaciones que por determinación legal solo pueden tener injerencia respecto de la situación legal y patrimonial del PATRIMONIO AUTONOMO FONDO NACIONAL DEL TURISMO-FONTUR. Tal situación es tan evidente, que, en efecto, y atención al referido principio de separación patrimonial que debe preservarse entre los activos del fiduciario y los bienes fideicomitidos en los patrimonios autónomos administrados, la Ley 488 de 1998 estableció la necesidad de identificar con un NIT diferente a los patrimonios autónomos del que tenga la Fiduciaria, como sociedad legalmente creada.

Por lo anterior, refiere que es evidente que la actuación de la FIDUCIARIA COLOMBIANA DE COMERCIO EXTERIOR SA-FIDUCOLDEX, en posición propia, es totalmente diferente a cuando actúa como vocera y administradora de un patrimonio autónomo que se encuentre bajo su tutela, como lo es el PATRIMONIO AUTÓNOMO FONDO NACIONAL DEL TURISMO-FONTUR. Por lo anterior, teniendo en cuenta lo señalado anteriormente, deviene entonces palmario que el acto de agotar el requisito de procedibilidad no se llevó de manera adecuada y completa habida cuenta que el acta que incorpora el mismo, no da cuenta de la participación de la FIDUCIARIA COLOMBIANA DE COMERCIO EXTERIOR SA-FIDUCOLDEX, en posición propia, sino que tan solo lo hizo de forma exclusiva y excluyente como vocera y administradora del referido fideicomiso, siendo dos situaciones totalmente diferentes, tal y como ya se expuso. Corolario de lo expuesto, concluye que se tiene que no se atendió en debida forma el requisito establecido en el numeral 11 del artículo 82 del CGP,

configurando, sin lugar a elucubraciones de ningún tipo, la excepción previa de inepta demanda.

2.2. A su turno, el apoderado de la vinculada como Litis Consorcio necesario **Consorcio Centenario**, manifestó que la acción ejercida por el demandante no agotó previamente el requisito de procedibilidad de agotamiento de la conciliación respecto del Consorcio Centenario, quien no fue citado a la audiencia de conciliación que fue celebrada el mes de abril de 2019. Por consiguiente, no puede darse continuidad al presente proceso sin haberse agotado previamente dicho requisito respecto al Consorcio, por lo que deberá procederse con su subsanación, so pena de generarse una nulidad dentro del presente proceso.

Para resolver se considera:

Frente a dicha excepción, el Despacho precisa que con la expedición del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo CPACA, se hizo efectivo el principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el formal contenido en el artículo 228 de la Constitución Política, pues el mismo reconoce que el fin de la actividad jurisdiccional y del proceso, es la realización de los derechos consagrados en abstracto por el derecho objetivo, y por consiguiente, la solución de los conflictos de intereses.

De manera que actualmente, y en virtud de la Ley 1437 de 2011, ya no tiene cabida en nuestro ordenamiento jurídico decisiones judiciales que después de un desgaste procesal injustificado, no resuelvan el conflicto de fondo, sino como ocurría anteriormente en algunos casos, se limitaban a declarar la ineptitud sustantiva de la demanda y en consecuencia negaban las pretensiones, por lo que no es procedente hablar de una inepta demanda por cuanto la finalidad de los procesos o medios de control establecidos para la jurisdicción contenciosa administrativa, no es otro que el de definir materialmente la controversia por el juez competente para ello.

Ahora bien, sobre los argumentos de la excepción se ha de precisar: (i) la falta del agotamiento del requisito de procedibilidad es una causal de rechazo de la demanda, en estricto sentido; (ii) el agotamiento del requisito de procedibilidad frente a FIDUCOLDEX, en el caso concreto, se dio como vocera del patrimonio autónomo FONTUR, por cuanto de los actos administrativos objeto de litigio, la fiduciaria figura como tal y no como entidad propia, a lo que se reitera lo dispuesto

previamente por este Despacho, al analizar la legitimación en la causa de la fiducia frente al patrimonio que representa; y (iii) frente al Consorcio Centenario no se agotó el requisito de procedibilidad, por cuanto la misma fue vinculada al proceso por el Despacho como Litis Consorcio Necesario, al ser el adjudicatario del contrato FNTC-131 de 2018, por lo que su vinculación obedece en aras a garantizar el derecho de contracción y de defensa de esta parte frente a las resultas del proceso.

De igual forma, la presente relación procesal tiene como finalidad definir por el medio de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter contractual, obtener la nulidad del acto de adjudicación de la convocatoria pública número FNTIA-036 de 2018, y la nulidad absoluta del contrato número FNTC-131 de 2018, por lo que es claro que si el demandante no fundamenta y prueba el supuesto de hecho que alega o no explica de forma clara las acciones y/o omisiones que endilga a los demandados, su pretensión estará llamada al fracaso, pero no torna en inepta la demanda.

En mérito de lo expuesto el Despacho,

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, propuesta por los apoderados de las entidades demandadas **Fiducia Colombiana de Comercio Exterior - FIDUCOLDEX, Fondo Nacional de Turismo - FONTUR, y el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo**, por las razones antes expuestas.

SEGUNDO: NEGAR la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva e inepta demanda por falta de los requisitos formales, propuesta por el apoderado de la entidad vinculada como Litis consorcio necesario **CONSORCIO CENTENARIO**, por las razones antes expuestas.

TERCERO: NEGAR la excepción de inepta demanda por falta de los requisitos formales, propuesta por el apoderado de la entidad demandada **Fiducia Colombiana de Comercio Exterior-FIDUCOLDEX**.

CUARTA: Por secretaría notifíquese la presente decisión a las partes

QUINTO: En firme la anterior decisión el expediente ingresará al Despacho para continuar con el trámite respectivo advirtiendo una vez más frente a los medios de prueba solicitados que las partes deberán dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 78 numeral 10⁵ y 173⁶ del CGP; así como al 175⁷ del CPACA, por cuanto el Despacho se abstendrá de ordenar la práctica de las pruebas que, directamente o por medio de derecho de petición, hubiera podido conseguir la parte que las solicite, salvo cuando la petición no hubiese sido atendida, lo que deberá acreditarse sumariamente; no obstante se advierte a las partes del proceso (actora y demandada), que cuentan con el suficiente tiempo para los citados tramites.

En el evento que tengan solicitudes de decreto de dictámenes periciales advierte el Despacho que podrán adelantar las respectivas gestiones ante entidades públicas o privadas, efectos que para la fecha y hora de la audiencia inicial los mismos obren en el proceso.

En evento que las documentales solicitadas por la parte actora y la propia entidad demandada, se encuentren en oficinas o dependencias de la entidad pública demandada, deberán ser allegadas al proceso en cumplimiento a lo previsto en el artículo 175 del CPACA, sin perjuicio a lo dispuesto en los artículos 78 numeral 10 y 173 del CGP, ello incluye los informes bajo juramento que hayan sido solicitados respecto de las entidades demandadas.

SEXTO: Los memoriales que las partes destinen a este trámite procesal deben observar el conducto de envío de correspondencia establecido por la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, Seccional Bogotá, luego su remisión deberá realizarse al buzón electrónico correscanbta@cendoj.ramajudicial.gov.co y simultáneamente a los correos electrónicos establecidos por las demás partes, de lo cual debe adjuntarse la respectiva constancia.

⁵ "...Son deberes de las partes y sus apoderados: ...10. Abstenerse de solicitarle al juez la consecución de documentos que directamente o por medio del ejercicio del derecho de petición hubiere podido conseguir..."

⁶ "...El juez se abstendrá de ordenar la práctica de las pruebas que, directamente o por medio de derecho de petición, hubiera podido conseguir la parte que las solicite, salvo cuando la petición no hubiese sido atendida, lo que deberá acreditarse sumariamente..."

⁷ "PARÁGRAFO 1o. Durante el término para dar respuesta a la demanda, la entidad pública demandada o el particular que ejerza funciones administrativas demandado deberá allegar el expediente administrativo que contenga los antecedentes de la actuación objeto del proceso y que se encuentren en su poder. Cuando se trate de demandas por responsabilidad médica, con la contestación de la demanda se deberá adjuntar copia íntegra y auténtica de la historia clínica pertinente, a la cual se agregará la transcripción completa y clara de la misma, debidamente certificada y firmada por el médico que haga la transcripción. La inobservancia de estos deberes constituye falta disciplinaria gravísima del funcionario encargado del asunto".

Sumado a ello el memorial y/o documento texto que se remita mediante el correo electrónico debe allegarse en formato PDF en escala de grises y resolución mínima de 300 PPP⁸.

SEPTIMO: Se advierte a las partes que el buzón electrónico suministrado -sea a través de la demanda, de la contestación o algún otro memorial- para efectos del presente trámite será su identificación digital frente al proceso. Significa que toda comunicación o memorial que el apoderado pretenda remitir hacia éste deberá originarse únicamente desde tal dirección electrónica, y que las intercomunicaciones y/o notificaciones que deba realizar el Despacho habrán de enviarse al buzón electrónico informado por el abogado de la parte.

OCTAVO: Sumado a ello, se resalta que el envío de memoriales, documentos y solicitudes debe realizarse dentro del horario laboral de los Juzgados Administrativos de Bogotá, esto es, de lunes a viernes desde las ocho de la mañana (08:00 a.m.) hasta las cinco de la tarde (05:00 p.m.)⁹, pues de lo contrario se entenderán presentados el día hábil siguiente; tampoco se confirmará su recepción fuera de la jornada laboral sino hasta el día hábil siguiente¹⁰

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE¹¹



LIDIA YOLANDA SANTAFÉ ALFONSO

Juez

⁸ Consejo Superior de la Judicatura. Acuerdo PCSJA20-11567 de 2020. Protocolo para la Gestión de Documentos Electrónicos, Digitalización y Conformación del Expediente. Lineamientos para la gestión de documentos electrónicos y conformación del expediente. Páginas 13 a 15

⁹ CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA. Acuerdo No. CSJBTA20-96 viernes, 2 de octubre de 2020 "Por medio del cual se reglamenta en artículo 4 y otras disposiciones del Acuerdo CSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, estableciendo transitoriamente horarios y turnos de trabajo y turnos de atención al público para todos los despachos del Distrito Judicial de Bogotá,"

¹⁰ CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020. "Artículo 26. Horario para la recepción virtual de documentos en los despachos judiciales y dependencias administrativas. Las demandas, acciones, memoriales, documentos, escritos y solicitudes que se envíen a los despachos judiciales, después del horario laboral de cada distrito, se entenderán presentadas el día hábil siguiente; los despachos judiciales no confirmarán la recepción de estos mensajes de correo electrónico por fuera de las jornadas laborales sino hasta el día hábil siguiente".

¹¹ Ley 2080 de 2021. ARTÍCULO 50. Modifíquese el inciso tercero del artículo 201 de la Ley 1437 de 2011, el cual quedará así:

Las notificaciones por estado se fijarán virtualmente con inserción de la providencia, y no será necesario imprimirlos, ni firmarlos por el secretario, ni dejar constancia con firma al pie de la providencia respectiva, y se enviará un mensaje de datos al canal digital de los sujetos procesales.

**JUZGADO TREINTA Y TRES (33) ADMINISTRATIVO DEL
CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**

Hoy **01 de marzo de 2021** se notifica a las partes el proveído anterior por anotación en el Estado electrónico.



Firmado Por:

**LIDIA YOLANDA SANTAFE ALFONSO
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 033 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO BOGOTA-
CUNDINAMARCA**

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:

8974ae94cd440566db9b47b9c4236c8b7fc586fbb88c2c545749c46e36c8768b

Documento generado en 26/02/2021 08:42:13 AM

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**