



Señores
JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
Florencia – Caquetá

PROCESO : REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE : HENRY ZAMBRANO GOMEZ Y OTROS
DEMANDADO : INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS-INVIAS
RADICADO : 2015-00110-00

JHOINER ARLEY MEJÍA DIAZ, mayor de edad, y residente en Florencia – Caquetá, identificado como aparece al pie de mi firma y portador de la Tarjeta Profesional No. 148.709 del C.S. de la J., obrando en mi condición de apoderado del Instituto Nacional de Vías – INVIAS, demandado en el proceso de la referencia, respetuosamente por medio del presente escrito me permito presentar **RECURSO DE REPOSICIÓN EN SUBSIDIO DE APELACIÓN**, en contra del auto interlocutorio No. 160 del 20 de mayo de 2021, notificado por estado el 21 de mayo de 2021, conforme los siguientes argumentos:

El despacho, encontrándose el proceso pendiente para resolver excepciones previas, resuelve desvincular del proceso a los litisconsortes necesarios FONDO NACIONAL DE GESTIÓN DEL RIESGO DE DESASTRES – FIDUCIARIA LA PREVISORA y CONSORCIO RGCI, argumentando;

*“Encontrándose el presente asunto para resolver excepciones previas de conformidad a lo ordenado en el parágrafo 2° del artículo 175 del CPACA, modificado por la Ley 2080 de 2021, **advierte el Despacho del estudio del proceso, que se hace necesario adoptar medidas de saneamiento para precaver posibles nulidades o sentencias inhibitorias.***

(...)

En el presente asunto, del estudio del proceso se advierte una indebida vinculación del FONDO NACIONAL DE GESTIÓN DEL RIESGO DE DESASTRE, la FIDUCIARIA LA PREVISORA y el CONSORCIO RGIC, como litisconsortes necesarios, por las razones que pasa a exponerse: lidad por los perjuicios irrogados a los demandantes se imputó únicamente al INVIAS, al considerar que la vía en donde se presentó el accidente era de carácter nacional y que la entidad no adoptó las medidas para evitar que las personas que transitaban en sus vehículos por la vía Florencia-Suaza a la altura del Km 3, se vieran afectadas por los escombros y sedimentos esparcidos en la carretera como consecuencia de las actividades de reparación y mantenimiento que realizaban sus funcionarios con ocasión de un derrumbe. Sin embargo, en el escrito de contestación de la demanda, el INVIAS solicitó la vinculación del FONDO NACIONAL DE GESTIÓN DEL RIESGO DE DESASTRE, la FIDUCIARIA LA PREVISORA y el CONSORCIO RGIC, contratista encargado de la construcción del Centro de Desarrollo Infantil ²CDI dentro de la Institución Educativa. Solicitud que fue resulta de manera favorable, en audiencia inicial del 18 de julio de 2018, proferido por el Juzgado Tercero Administrativo de Florencia, en la que se ordenó vincular en calidad de litisconsortes necesarios al FONDO NACIONAL DE GESTIÓN DEL RIESGO DE DESASTRE, la FIDUCIARIA LA PREVISORA y el CONSORCIO RGIC, al considerar que:

(...)

*En ese orden de ideas, **es preciso indicar que el hecho de que quien demanda dirija las pretensiones en contra de una persona distinta a la responsable no implica una decisión inhibitoria, sino la denegatoria de las pretensiones,** de manera que es a la parte demandante a quien le corresponde identificar quien es el llamado a responder por el daño que reclama.*

(..)

En consecuencia, queda claro que la vinculación del FONDO NACIONAL DE GESTIÓN DEL RIESGO DE DESASTRE, la FIDUCIARIA LA PREVISORA y el CONSORCIO RGIC no era ni es procedente, pues, se reitera, la ley no concibe la vinculación oficiosa ni por solicitud de la parte



demandada de litisconsortes facultativos que no se demandaron, bien sea por decisión consciente de la parte actora o por omisión suya, falencia que, se insiste, no puede ser subsanada por el juez. En las condiciones analizadas y teniendo en cuenta la facultad del Juez de ejercer el debido control de legalidad y de corregir las actuaciones irregulares, como quiera que, las mismas no atan al juez¹ y a las partes, se procederá a ordenar la desvinculación del FONDO NACIONAL DE GESTIÓN DEL RIESGO DE DESASTRE, la FIDUCIARIA LA PREVISORA y el CONSORCIO RGIC.

(...)" (Resaltado fuera del texto original).

Atendiendo a las precisiones resaltadas en la parte introductoria de la providencia hoy recurrida, para el caso bajo estudio no son de recibo las consideraciones expuestas por el Despacho en base a lo siguiente;

1. FACULTAD DEL JUEZ DE CORREGIR ACTUACIONES ILEGALES

Cuando se discute la ilegalidad de una providencia, dicha ilegalidad tiene su origen en el desconocimiento de la norma, esto es, que el Juez en el ejercicio del derecho dentro de un determinado proceso aplique o inaplique una disposición contraria a lo señalado en la ley, desconociendo con ello el debido proceso de las partes. Frente a dichas actuaciones, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, han sido reiterativos en señalar que dichas actuaciones ilegales no pueden ser óbice para que el juez continúe en dicho error, por lo cual ante tal eventualidad se encuentran facultados para corregir dicha irregularidad; al respecto el Consejo de Estado¹; ha dicho;

"En ese orden de ideas, se reitera lo dicho por esta Corporación², que ha sido del criterio de que los autos ejecutoriados, que se enmarcan en la evidente o palmaria ilegalidad, no se constituyen en ley del proceso ni hacen tránsito a cosa juzgada.

En el sub lite, el auto que rechazó la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, con el argumento de exigir, de manera errada y contrario a la ley, la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad para un asunto aduanero (que se considera de carácter tributario y, por consiguiente, no conciliable), es un auto ilegal que, no ata al juez ni a las partes ni tiene ejecutoria.

Al no tener ejecutoria, no se puede sostener que el recurso de apelación interpuesto por el actor se hizo de manera extemporánea, y debió haberse tramitado y estudiado, porque, como se ha advertido en diversos pronunciamientos de la Corporación, el error judicial no puede atar al juez para continuar cometiéndolos.

*Varias han sido las manifestaciones de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado en el sentido de que, **"el auto ilegal no vincula procesalmente al juez en cuanto es inexistente"; y en consecuencia, "la actuación irregular del juez, en un proceso, no puede atarlo en el mismo para que siga cometiendo errores"**.*

*Por consiguiente, **el juez**, en este caso el de tutela, **que advierte la existencia de un error judicial, está en la obligación de remediar la irregularidad procesal**, más aún, si se trata del rechazo de la demanda, que tiene la suficiente entidad para hacer nugatorias las posibilidades del actor de ejercer su derecho a la defensa, al imposibilitar el acceso a la Administración de Justicia."*

Teniendo en cuenta que la tesis por la cual se expidió la decisión que hoy se ataca, radica en aplicación del principio práctico del derecho de que "las decisiones ilegales no atan al juez" es menester, al punto de ser imperioso para el juzgador, amén de no extralimitarse en sus facultades demostrar la palmaria ilegalidad de la decisión que se deja sin efectos. Descendiendo al caso, en el auto del 20 de mayo de 2021, no se hizo siquiera alusión alguna norma o disposición normativa que se estuviese contrariando

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejero Ponente: Marco Antonio Velilla Moreno Bogotá, D.C. treinta (30) de agosto de dos mil doce (2012) Radicación número: 11001-03-15-000-2012-00117-01 (AC).

² Consejo de Estado. Sección Tercera. Ponente: Dra. María Elena Giraldo Gómez. RADICACION: 17583. FECHA:2000/07/13.



con la decisión de vincular como Litisconsorte necesarios a FONDO NACIONAL DEL RIESGO DE DESASTRE, La FIDUPREVISORA y el CONSORCIO RCGIC, simplemente basa su decisión en postulados jurisprudenciales que como fuente del derecho no tiene la misma intensidad que la ley. Nótese que el principio de que “las ilegalidades no atan al juez” precisamente predicen la existencia de una ilegalidad que, siendo exegéticos, su acaecimiento deriva de la contravía de una disposición legal, pero que igualmente dicho término administrativista fue ampliado al punto de tenerse como una decisión ilegal la que contraviene cualquier disposición normativa.

Contrario ocurre con interpretaciones jurisprudenciales, pues estas al ser cambiantes, y no tener un soporte de certeza jurídica su aplicación no se puede equiparar a la que se hacen con las leyes. Por otro lado, corresponderá analizar si la interpretación jurisprudencial aplicada por el juez, tiene la condición de precedente jurisprudencial, o que los postulados emanados de esas sentencias puedan ser tenidos como una verdadera ratio decidendi que ate al juez o como simplemente una obiter dictum, que como es sabido no tiene la misma fuerza vinculante.

Toda esa argumentación jurídica que se debió aplicar al momento de expedir este tipo de decisiones que puede afectar la seguridad jurídica del proceso, no se realizó, quedando la decisión que hoy se ataca sin bases jurídicas, tornándose en una extralimitación de las facultades del juez y por tanto en una decisión ilegal.

La decisión contenida en el auto interlocutorio No. 160 del 20 de mayo de 2021 si puede considerarse abiertamente ilegal, pues trasgrede no solo el artículo 133, sino el 134, 135 y 136 del Código general del Proceso.

Por último, en esta línea de pensamiento y como crítica a la decisión de dejar sin efectos el auto del 18 de abril de 2018, es importante resaltar que la principal tesis del antiprocesalismo, es la ausencia de efectos jurídicos del auto ilegal, por tanto, al carecer de este atributo la providencia, la decisión contenida en el auto No. 160 del 20 de mayo de 2021 no podría ir dirigida a dejar sin efectos algo, que en si no está produciendo.

En ese orden, y atendiendo a la amplia jurisprudencia que existe al respecto, para el caso no se observa que el juez que decretó en su momento la vinculación del FONDO NACIONAL DEL RIESGO DE DESASTRE, La FIDUPREVISORA y el CONSORCIO RCGIC, haya actuado en desconocimiento o en contravía de una norma, que haga meritorio que se decrete hoy la desvinculación de los litisconsortes señalados por existir una “irregularidad” en su vinculación.

La supuesta indebida vinculación que hoy se resalta por el Despacho, no tiene su origen en un desconocimiento de la norma, sino, en una divergencia de interpretación sobre una figura procesal, como lo es la del litisconsorte necesario, divergencia que radica en las diferentes posturas que ha tenido el órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo al respecto.

Para el caso, no le corresponde al Juez de manera oficiosa definir que dicha vinculación fue de manera irregular, si no encuentra una causa que determine dicha irregularidad, pues contrario a lo que se manifiesta, los litisconsortes necesarios vinculados al proceso de la referencia, fueron debidamente vinculados y han participado del proceso en cada una de sus etapas desde su vinculación, sin hacer alusión a regularidad alguna.

En ese orden, para en el sub iudice no se observa que con la vinculación de los Litisconsortes ya referenciados se haya cometido alguna irregularidad que pueda ocasionar una futura nulidad o inclusive una sentencia inhibitoria.

2. FRENTE A LA EXISTENCIA DE UNA POSIBLE CAUSAL DE NULIDAD Y/O SENTENCIA INHIBITORIA.

En lo atinente a la decisión de “tomar medidas de saneamiento” para “evitar futuras nulidades”; el C.P.A.C.A, en su artículo 208 por remisión normativa dispone que serán causales de nulidad las señales en el C.G.P.;



“ARTÍCULO 208. NULIDADES. Serán causales de nulidad en todos los procesos las señaladas en el Código de Procedimiento Civil y se tramitarán como incidente.”

Revisado el Código General del Proceso, en el artículo 133 se observa, que “el proceso será nulo solamente en cada uno de los eventos que se enuncian, igualmente en las “demás irregularidades del proceso se tendrán por subsanadas si no se impugnan oportunamente”, veamos;

“ARTÍCULO 133. CAUSALES DE NULIDAD. El proceso es nulo, en todo o en parte, solamente en los siguientes casos:

1. Cuando el juez actúe en el proceso después de declarar la falta de jurisdicción o de competencia.
2. Cuando el juez procede contra providencia ejecutoriada del superior, revive un proceso legalmente concluido o pretermite íntegramente la respectiva instancia.
3. Cuando se adelanta después de ocurrida cualquiera de las causales legales de interrupción o de suspensión, o si, en estos casos, se reanuda antes de la oportunidad debida.
4. Cuando es indebida la representación de alguna de las partes, o cuando quien actúa como su apoderado judicial carece íntegramente de poder.
5. Cuando se omiten las oportunidades para solicitar, decretar o practicar pruebas, o cuando se omite la práctica de una prueba que de acuerdo con la ley sea obligatoria.
6. Cuando se omita la oportunidad para alegar de conclusión o para sustentar un recurso o descorrer su traslado.
7. Cuando la sentencia se profiera por un juez distinto del que escuchó los alegatos de conclusión o la sustentación del recurso de apelación.
8. Cuando no se practica en legal forma la notificación del auto admisorio de la demanda a personas determinadas, o el emplazamiento de las demás personas aunque sean indeterminadas, que deban ser citadas como partes, o de aquellas que deban suceder en el proceso a cualquiera de las partes, cuando la ley así lo ordena, o no se cita en debida forma al Ministerio Público o a cualquier otra persona o entidad que de acuerdo con la ley debió ser citado.

Cuando en el curso del proceso se advierta que se ha dejado de notificar una providencia distinta del auto admisorio de la demanda o del mandamiento de pago, el defecto se corregirá practicando la notificación omitida, pero será nula la actuación posterior que dependa de dicha providencia, salvo que se haya saneado en la forma establecida en este código.

PARÁGRAFO. Las demás irregularidades del proceso se tendrán por subsanadas si no se impugnan oportunamente por los mecanismos que este código establece.”

De la norma transcrita no se evidencia que, para el caso en concreto, sea procedente la aplicabilidad de alguna de las causales enumeradas, por lo que, no se entienden los argumentos del Despacho dirigidos a decretar la desvinculación de los litisconsortes necesarios, cuando no se vislumbra un vicio que pueda generar nulidades futuras dentro del proceso.

Ahora, el párrafo del artículo citado, establece lo que jurisprudencialmente se ha conocido como las nulidades saneables, que precluida la etapa para alegarlas, producen la consecuencia ya descrita (se sanea el proceso). En otras palabras, cualquier irregularidad no enmarcada dentro de la lista del artículo 133 y que no sea alegada por alguna de las partes, quedará saneada y por consiguiente no puede ser alegada ni declarada de oficio posteriormente. Situación que, de llegar a ocurrir si podría generar un vicio del proceso por violación al debido proceso, al principio de preclusividad de las etapas procesales, y generando inseguridad jurídica al dejar sin efectos una decisión debidamente ejecutoriada.

Así mismo, respecto a la vinculación de los litisconsortes necesarios, cuando estos consideren que su vinculación no es conforme lo dispone la norma, tienen la posibilidad de recurrir dicha decisión dentro de los tres días siguientes a su notificación, de no hacerlo dentro del término, el acto que decretó su vinculación ha quedado en firme produciendo efectos de cosa juzgada, por lo que, por ningún medio el

litisconsorte necesario podrá revivir términos para lograr ser sacado del proceso. Al respecto ha dicho el Consejo de Estado³;

“Se debe tener presente que la oportunidad y trámite para solicitar la reposición del auto que ordena la vinculación del litisconsorte se rigió por el artículo 180 del Código Contencioso Administrativo, en virtud del cual se aplicaron los artículos 348 y 349 del Código de Procedimiento Civil, por manera que de acuerdo con lo dispuesto en el citado artículo 348 “el recurso deberá interponerse con expresión de las razones que lo sustentan, por escrito presentado dentro de los tres días hábiles siguientes a la notificación del auto”, oportunidad dentro de la cual la Compañía Aseguradora Liberty Seguros S.A., no recurrió y nada dijo en relación con la providencia que dispuso su vinculación en condición de litisconsorte, razón por la cual la misma cobró firmeza el día 12 de junio de 2002.

Así las cosas, en cuanto a la decisión interlocutoria que dispuso la vinculación de la Aseguradora al litigio no fue cuestionada dentro de la oportunidad legalmente establecida para ello, amén de que quedó ejecutoriada de manera pacífica y produjo la plenitud de sus efectos durante el curso del proceso, ello resultaría suficiente para despachar negativamente el recurso de apelación que ahora se examina puesto que a través del mismo se pretende revivir, por fuera de tiempo, la discusión acerca de la decisión de vinculación que se adoptó desde el mismo auto admisorio de la demanda y que, como ya se ha señalado repetidamente, quedó en firme y, por lo tanto, a esa determinación debe estarse la ahora apelante, con la anotación adicional de que fácticamente resultaría imposible retrotraer la actuación para señalar que en el proceso no estuvo vinculada o no debió estarlo la persona jurídica que, de manera real y efectiva estuvo vinculada y obró como tal durante el desarrollo de toda la actuación.”

Ahora, en lo que tiene con la prevención a una sentencia “inhibitoria”, el despacho incurre en una incoherencia al señalar en un primer momento que “el hecho de quien dirija las pretensiones en contra de una persona distinta a la responsable no implica una decisión inhibitoria, sino la denegatoria de las pretensiones...”, para después indicar que la decisión de desvincular a los litisconsorte necesarios tiene la función de precaver una sentencia inhibitoria dentro del proceso, no guarda relación cómo, i) la no vinculación de una parte no impide tomar decisión de fondo (litisconsorte facultativo) y ii) como no excluirlos del proceso (decisión del 20 de mayo de 2021) si impide tomar esa misma decisión. En los dos eventos sucede exactamente lo mismo, no afecta al proceso ni impide tomar decisión de fondo.

Por lo que, si en la sentencia el Juez considera que no le asiste responsabilidad a ninguno de los vinculados dentro del proceso la consecuencia será la negación de las pretensiones y en ningún caso la expedición de una sentencia inhibitoria.

3. FACULTAD OFICIOSA DEL JUEZ PARA DECLARAR LA NULIDAD DENTRO DEL PROCESO.

En lo que refiere a la facultad oficiosa del juez para decretar alguna nulidad en cualquier etapa del proceso, el artículo 137 del C.G.P, describe que el juez al advertir las nulidades que no han sido saneadas pondrá en conocimiento las mismas a las partes y si en el término de los tres días siguientes a la notificación las partes no indican nada, las mismas se tendrán saneadas; veamos;

“ARTÍCULO 137. ADVERTENCIA DE LA NULIDAD. <Artículo corregido por el artículo 4 del Decreto 1736 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> En cualquier estado del proceso el juez ordenará poner en conocimiento de la parte afectada las nulidades que no hayan sido saneadas. Cuando se originen en las causales 4 y 8 del artículo 133 el auto se le notificará al afectado de conformidad con las reglas generales previstas en los artículos 291 y 292. Si dentro de los tres (3) días siguientes al de la notificación dicha parte no alega la nulidad, esta quedará saneada y el proceso continuará su curso; en caso contrario el juez la declarará.”

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección A, Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez, Bogotá D.C., dos (2) de septiembre de dos mil trece (2013), Radicación:2500023260002002 00412 01, Expediente:30.236.



Así pues, se puede extraer de lo establecido en el artículo 137 en concordancia con el artículo 135⁴ y 136⁵, que frente a las nulidades saneables (no lo son - Cuando el juez procede contra providencia ejecutoriada del superior, revive un proceso legalmente concluido o pretermite íntegramente la respectiva instancia.⁶) el juez no está facultado para poder decretarlas de oficio, pues estas deben ser alegadas por el afectado dentro del término que señala la ley, de no ser así, estas se tendrán por saneadas, imposibilitándose su discusión en una etapa o instancia posterior.

Tal situación, desborda la facultad dada al juez administrativo como conductor del proceso, quien no puede entrar a formar parte del mismo, tomando decisiones para favorecer o perjudicar a una parte, pues dicha situación genera inseguridad jurídica, y más cuando en casos como el presente la potestad de reclamar una posible irregularidad en su vinculación le correspondía al FONDO NACIONAL DE GESTIÓN DEL RIESGO DE DESASTRES, La FIDUCIARIA y al CONSORCIO RGIC, quienes tenían en su poder la facultad de recurrir la decisión y no lo hicieron, dando por saneada cualquier irregularidad futura.

En conclusión, queda más que demostrado que para el caso bajo estudio, no se configuró o podría configurarse i) ninguna causal de nulidad por la cual fuese procedente la intervención oficiosa del juez; ii) no se constató que la decisión de vinculación haya sido en desconocimiento de algún postulado normativo, para que la misma sea tenida como manifiestamente ilegal, que no produzca efectos y que por lo cual “no ate al juez”, y iii) No es facultad del juez decretar su desvinculación, pues ésta es una decisión que se debe decidir por solicitud de las partes, como lo señala la jurisprudencia y dentro del término dispuesto para ello, contrario sensu, dicha decisión habrá cobrado firmeza.

En suma, se solicita al despacho se reponga la decisión contenida en el auto No. 160 del 20 de mayo de 2021, y en consecuencia se revoque la decisión manteniéndose la vinculación de los litisconsortes necesarios en el proceso de la referencia por las razones expuestas en este recurso, o en su defecto, se le dé trámite al recurso de apelación interpuesto.

De la señora juez,

Atentamente,

JHOINER ARLEY MEJÍA DIAZ
C.C. 7.715.262 de Neiva
T. P. 148.709 del C.S. de la Judicatura

⁴ ARTÍCULO 135. REQUISITOS PARA ALEGAR LA NULIDAD. La parte que alegue una nulidad deberá tener legitimación para proponerla, expresar la causal invocada y los hechos en que se fundamenta, y aportar o solicitar las pruebas que pretenda hacer valer.

No podrá alegar la nulidad quien haya dado lugar al hecho que la origina, ni quien omitió alegarla como excepción previa si tuvo oportunidad para hacerlo, ni quien después de ocurrida la causal haya actuado en el proceso sin proponerla.

La nulidad por indebida representación o por falta de notificación o emplazamiento solo podrá ser alegada por la persona afectada.

El juez rechazará de plano la solicitud de nulidad que se funde en causal distinta de las determinadas en este capítulo o en hechos que pudieron alegarse como excepciones previas, o la que se proponga después de saneada o por quien carezca de legitimación.

⁵ ARTÍCULO 136. SANEAMIENTO DE LA NULIDAD. La nulidad se considerará saneada en los siguientes casos:

(...)

PARÁGRAFO. Las nulidades por proceder contra providencia ejecutoriada del superior, revivir un proceso legalmente concluido o pretermir íntegramente la respectiva instancia, son insaneables.

⁶ Ibídem.