

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
Despacho No. 3

Magistrado **FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA**

Tunja, 21 FEB 2018

REFERENCIAS

MEDIO DE CONTROL:	REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTES:	ANGELA PATRICIA ESPINOSA, JENNY MARCELA ESPINOSA, FLOR MARÍA ESPINOSA, JOSÉ NEMECIO ESPINOSA FONSECA.
DEMANDADSO:	UNIVERSIDAD DE CIENCIAS APLICADAS Y AMBIENTALES, BRANDEMBURG 7 S.A.S., MUNICIPIO DE TIPACOQUE.
EXPEDIENTE:	152383333001201600037-01

Sería del caso resolver el recurso de apelación formulado por la parte demandante contra la decisión adoptada por el Juzgado Primero Administrativo de Duitama, el día 22 de julio de 2016, mediante la cual se rechazó la demanda por caducidad del medio de control, sin embargo, encuentra el Despacho que en el presente asunto esta jurisdicción especializada no es la competente para conocer el proceso de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1.1. LA DEMANDA. (Fls. 3-10)

José Nemecio Espinosa Fonseca, Ángela Patricia Espinosa, Jenny Marcela Espinosa y Flor María Espinosa, en representación de sus hijos menores, por conducto de apoderado judicial, presentaron demanda en ejercicio del medio de control de Reparación Directa, en contra del Municipio de Tipacoque, la Universidad de Ciencias Aplicadas y Ambientales y el Consorcio Brandenburg, con el propósito que se declaren administrativa, civil y extracontractualmente responsables de los perjuicios causados por el incumplimiento del contrato de obra o labor celebrado entre el accionante y el Consorcio.

Como fundamento a la pretensión anterior, el accionante expuso las siguientes afirmaciones sobre los hechos:

___ El Consorcio Brandenburg 7 S.A.S. y el municipio de Tipacoque celebraron contrato de obra N° 02 de 2011, para desarrollar el objeto contractual de *"Reconformación de la vía y construcción de muros de concreto, alcantarillas, gaviones, para la vía vereda Caña Bravo, la Calera KO+185 al KI+450 del municipio de Tipacoque"*.

___ Para la interventoría del contrato, el municipio de Tipacoque suscribió convenio con la Universidad de Ciencias Aplicadas y Ambientales. El contrato N° 002 de fecha 02 de junio de 2011 se cumplió a satisfacción el 10 de noviembre de 2013.

___ Dentro del periodo de ejecución del contrato, el consorcio Brandenburg, subcontrató los servicios de José Nemecio Espinosa con el siguiente objeto: *"el contratista se compromete a realizar perfilado, cuneteo y conformación de la vía Tipacoque Caña Bravo-La Calera Tipacoque, por medio de la siguiente maquinaria: Motoniveladora Caterpillar H12, Retroexcavadora 420 o similar y Vibrocompactador"*, el contrato contaba con un costo total de \$53.790.000.

___ El objeto contratado fue cumplido a cabalidad por el accionante, recibiendo como contraprestación de lo pactado un anticipo de \$10.000.000, por lo que manifiesta que el Consorcio incumplió su obligación contemplada en el contrato celebrado.

___ A raíz del incumplimiento, el accionante se vio obligado a adelantar trámites de cobro ante el consorcio y posteriormente ante el Municipio de Tipacoque, con el objetivo que le reconocieran el monto faltante equivalente a la labor prestada.

1.2. LA PROVIDENCIA RECURRIDA. (Fl. 129)

El Juzgado Primero Administrativo de Duitama, en providencia del 22 de julio de 2016, rechazó la demanda de la referencia al considerar que, de conformidad con el literal i) numeral 2° artículo 164 del CPACA, se había superado el término de caducidad para presentar el medio de control de reparación directa.

De acuerdo con el pronunciamiento del A quo, la fecha de la omisión administrativa –como hecho generador de un presunto daño- se materializó en fecha 11 de enero de 2013, momento en que el accionante radicó las cuentas de cobro ante la administración municipal –Secretaría de Planeación del Municipio de Tipacoque- correspondientes a las deudas pendientes del Consorcio Brandenburg para con el accionante; por tanto, el término de dos años empezaría a correr desde el 12 de enero de 2013 hasta el 13 de enero de 2015.

Anotó que el 19 de octubre de 2015 los accionantes radicaron escrito de solicitud de conciliación prejudicial ante la Procuraduría 45 Judicial II, estando ya para este momento por fuera del término establecido; y finalmente la demanda fue presentada el 11 de diciembre de 2015, cuando dicho término estaba más que fenecido.

1.3. DEL RECURSO DE APELACIÓN. (Fls. 132-133)

Por medio de escrito radicado el 27 de julio de 2016, el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación en contra del auto que rechazó la demanda, con base en los siguientes argumentos:

Señaló que no comparte la postura adoptada por el A quo, en cuanto este ejerció el cómputo desde la omisión de la administración municipal al momento de radicar las cuentas de cobro de lo adeudado por el Consorcio Brandemburgo -11 de enero de 2013- siendo que dentro del plenario es posible evidenciar que existieron diversidad de elementos que podrían llevar a concluir que la omisión administrativa no se limitó a la señalada por A quo, pues fueron varias las solicitudes que radicó el accionante ante el municipio y todas se pasaron por alto.

Indicó también que el A quo realizó una interpretación restrictiva de la norma, pues esta misma brinda una regla alterna y más laxa para ejercer el cómputo del término de caducidad del medio de control, realizándose desde el momento de la cognición del daño antijurídico. Adicionalmente, consideró que la naturaleza del daño tendiente a ser indemnizado es de dos caracteres, algunos de ejecución instantánea y otros de tracto sucesivo, razón por la cual, no es dable tener como único momento a partir del cual se debe ejercer el conteo del término de caducidad, la omisión de la administración, sino por el contrario, establecer como punto de partida para este efecto, la materialización de los daños irrigados al accionante.

II. CONSIDERACIONES

Como ya se dijo el Despacho declarará la falta de jurisdicción del presente asunto y remitirá las presentes diligencias a la jurisdicción ordinaria, teniendo en cuenta que el conflicto aquí suscitado se generó como consecuencia del incumplimiento de obligaciones provenientes de un contrato suscrito entre particulares.

Para exponer las razones de la presente providencia, el Despacho deberá analizar, *i.* la naturaleza de la subcontratación de las prestaciones de un contrato estatal, y, *ii.* el estudio del caso concreto.

II.2. De la naturaleza de la sub contratación de las prestaciones de un contrato estatal.

La figura del subcontrato consiste en la celebración de un contrato accesorio a otro principal, en este caso, entre un contratista del Estado y un tercero, en virtud del cual el sub contratista o tercero *"sustituye parcial y materialmente al primero, quien conserva la dirección general del proyecto y es responsable ante la entidad estatal contratante por el cumplimiento íntegro de las obligaciones derivadas del contrato adjudicado"*.¹

El Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo expuso las características de la figura del subcontrato, así:

*"...es un contrato eventual, porque puede o no celebrarse al interior de un contrato estatal; es accesorio, porque su objeto consiste en asegurar la ejecución de un contrato principal, y depende del contrato estatal; **no obstante lo anterior, el negocio jurídico que existe entre contratante-contratista es diferente del que surge entre contratista-sub contratista, porque las obligaciones que nacen de cada uno sólo son exigibles al interior de cada cual; y la escogencia del sub contratista es de libre elección para el contratista...**"*².

La institución del subcontrato crea una relación jurídica autónoma entre el contratista del Estado y el sub contratista, es decir, independiente de la relación que preexiste entre el Estado y el contratista. *"En este sentido, las obligaciones que adquiere el sub contratista con el contratista sólo son exigibles entre ellos, y no vinculan a la entidad estatal -contratante-, en virtud del principio de relatividad del contrato -sólo produce efectos para las partes, no para terceros-, pero sin que ello limite o restrinja a la entidad estatal en la dirección general para ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato, a que se refiere el artículo 14 de la Ley 80"*³.

A partir de lo anterior, es dable inferir que de la figura de la sub contratación nace un vínculo jurídico autónomo de naturaleza privada; por tanto, no es posible que en cabeza del Estado recaigan

¹ C.E. Sección Tercera (Subsección C) C.P. Enrique Gil Botero. Sentencia del 12 de agosto de 2013 - Radicación: 52001-23-31-000-1999-00985-01 (23.088) (RAMÍREZ GRISALES, Richard S. La subcontratación. Serie: Las Cláusulas del Contrato Estatal. Editorial Librería Jurídica Sánchez R, Ltda. y Centro de Estudios de Derecho Administrativo -CEDA-. Medellín. pág. 26.)

² Ibídem

³ Ibídem

obligaciones contractuales, producto de relaciones entre particulares las cuales legalmente no le corresponden. No obstante, el contratista estatal si conserva el deber frente al Estado de ejecutar íntegramente lo pactado en el contrato principal.

El contratista conserva frente a la entidad pública la responsabilidad por la ejecución del contrato, así que desde el punto de vista subjetivo la sub contratación es material y no jurídica, porque traslada el cumplimiento del contrato a un tercero, pero no sustituye al contratista⁴.

En sentencia del año 2002, el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo manifestó que por regla general "en la subcontratación la acción directa del subcontratista frente a la entidad pública que no es parte en el subcontrato, en principio no existe. Ello por cuanto es el contratista principal quien asume la total responsabilidad de la ejecución del contrato y la relación jurídica que aquél entable con un tercero -subcontratista- para la ejecución de algunas de las prestaciones del contrato estatal se mantiene en la órbita de las relaciones entre particulares"⁵.

De conformidad con los apartes jurisprudenciales expuestos, es posible concluir que la figura de la subcontratación genera obligaciones única y exclusivamente entre las partes que suscriben dicho contrato, esto es, contratista y subcontratista, razón por la cual, sólo son exigibles entre ellos.

Así las cosas, si al suscribir un sub contrato las relaciones contractuales se generan únicamente entre las partes que intervienen, cualquier acción en contra de la entidad pública contratante es inexistente, y será el contratista quien deberá responder por cualquier incumpliendo ante el sub subcontratista. Lo anterior, permite deducir que cuando un subcontrato se celebra entre particulares, las relaciones derivadas del subcontrato tienen naturaleza privada, teniendo en cuenta que la entidad pública no tiene ningún vínculo u obligación con el subcontratista.

II.3 Estudio del caso concreto.

En el sub examine, el accionante pretende que se declaren responsables al municipio de Tipacoque, a la Universidad de Ciencias Aplicadas y Ambientales y al consorcio BRANDEMGURG por los daños

⁴ C.E. C.P. Enrique Gil Botero. Sentencia del 12 de agosto de 2013 - Radicación:52001-23-31-000-1999-00985-01

⁵ Consejo de Estado -- Sección Tercera del 4 de julio de 2002. C.P. Ricardo Hoyos Duque
NR: 250653 23001-23-31-000-1995-6895-0115020

generados a aquel y a su círculo familiar, derivados del incumplimiento de contrato de obra celebrado entre el actor y el Consorcio Brandenburg, el cual tenía por objeto contractual realización de perfilado, cuneteo y conformación de la vía Tipacoque - Caña Bravo - La Calera del municipio de Tipacoque.

De las pruebas obrantes en el expediente se advirtió lo siguiente:

___ Según certificado de existencia y representación legal, el Consorcio Brandenburg 7 SAS se identifica con matrícula mercantil N° 02100745, teniendo como representante legal al Señor Camilo Josué Castro. (Fls.26-29)

___ El mencionado Consorcio suscribió contrato de obra N° 02 de 2011 con el Municipio de Tipacoque, con el objeto contractual de "*Reconformación de Vía y Construcción de Muros de Concreto, Alcantarillas, Gaviones, para la Vía Vereda Caña Bravo La Calera K0+185, hasta el K0+385 y K1+250 hasta el K1+450 del Municipio de Tipacoque*", con un plazo de ejecución de 2 meses y un valor total de \$237.182.286. (Fls.34-46)

___ En el marco del contrato celebrado entre el ente territorial y el consorcio mencionado, se puede corroborar que este último a su vez celebró subcontrato de obra con José Nemecio Espinosa Fonseca - accionante-, cuyo objeto fue la realización de perfilado, cuneteo y conformación de la vía Tipacoque-Caña Bravo-La Calera del Municipio de Tipacoque, por medio de la siguiente maquinaria: Motoniveladora Caterpillar H12, Retroexcavadora 420 o Similar, Vibrocompactador; teniendo como valor total del contrato la suma de \$53.790.000. Allí se pactó la siguiente forma de pago: La suma de \$10.000.000 como anticipo para provisión de combustibles y otros insumos, y la suma restante al finalizar la labor encomendada. (Fls.68-70)

___ A folio 79 se evidencia solicitud elevada por José Nemecio Espinosa Fonseca ante la Secretaría de Planeación del Municipio de Tipacoque, en la cual anexó cuentas de cobro del subcontrato de mano de obra. (Fls.68-70)

___ El día 22 de julio de 2013, el actor nuevamente radica memorial ante la Alcaldía Municipal de Tipacoque (Fls.88-92), esta vez solicitándole al Municipio abstenerse de liquidar y ordenar el pago correspondiente a lo pactado en el contrato de obra N° 002 de 2011, sustentando la petición en el incumplimiento del contrato particular.

___ El contrato celebrado entre la alcaldía de Tipacoque y el Consorcio Bradenburg fue ejecutado íntegramente, por tanto se expidieron

actas de entrega y recibo definitivo y de liquidación del contrato (Fls.63-67).

En el sub lite, el señor José Nemesio Espinosa pretende que las entidades accionadas indemnicen el daño ocasionado como consecuencia del incumplimiento del contrato de mano de obra celebrado con el consorcio Brandenburg, en consecuencia solicita el pago del valor restante del contrato de obra, de los honorarios de abogado y de una motoniveladora que se vio en la obligación de vender teniendo en cuenta que no tenía recursos económicos para cubrir obligaciones laborales con sus empleados.

Con base en las pruebas que reposan en el expediente, resulta claro que el negocio jurídico celebrado entre el consorcio Brandenburg y el señor José Nemesio Espinosa corresponde a la figura del subcontrato, dentro del cual surgió una relación jurídica de carácter privada. Relación en la que no existió vínculo contractual alguno con el municipio de Tipacoque, por el contrario, surgió una relación de carácter privada entre dos particulares cuyo objeto fue la realización de tareas propias de la ejecución del contrato principal, pero que única y exclusivamente dependían de la supervisión y vigilancia del Consorcio.

Si bien la demanda se formula de igual forma en contra del Municipio de Tipacoque y la Universidad de Ciencias Aplicadas y Ambientales, el Despacho encuentra que las pretensiones de la acción van dirigidas a reclamar el cumplimiento de una obligación contractual cuyo origen es un negocio jurídico celebrado entre el accionante y el Consorcio Brandenburg, para los fines señalados en apartes anteriores.

En efecto, la controversia planteada en el caso de la referencia surgió del incumplimiento del subcontrato celebrado entre los dos particulares y dentro del cual se excluye la responsabilidad directa tanto del Municipio de Tipacoque como del Interventor del contrato estatal la Universidad de Ciencias Aplicadas y Ambientales.

De conformidad con el artículo 104 -2 del CPACA:

*"Artículo 104. De la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, **de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa.***

Igualmente conocerá de los siguientes procesos:

1. Los relativos a la responsabilidad extracontractual de cualquier entidad pública, cualquiera que sea el régimen aplicable.

2. Los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado.
(...)”

La norma en mención estableció claramente que la jurisdicción de lo contencioso administrativo conoce de todos aquellos asuntos que estén sometidos al derecho administrativo, en los que intervienen entidades públicas o particulares que ejercen funciones públicas.

A juicio del órgano jurisdiccional encargado de resolver los conflictos de jurisdicción y competencia⁶, *por medio del criterio orgánico es necesario mirar la naturaleza jurídica de la entidad que realiza la actividad: si ésta es privada conocerá la Jurisdicción Ordinaria, pero si es pública conocerá la jurisdicción de lo contencioso administrativo.(...)”*

En el orden constitucional⁷ se consagra una garantía procesal esencial que cubija a todos los administrados, según la cual, se asegura y se garantiza que la estructura funcional de la administración de justicia, no se vea alterada, y los asuntos de las diferentes especialidades de la justicia sean instruidos y decididos por el Juez a quien legalmente le compete conocer del asunto.

De igual forma, el H. Consejo de Estado se ha pronunciado acerca de la jurisdicción de lo contencioso administrativo y los asuntos que le competen a la misma, así:

*“Es la potestad propia de la **función jurisdiccional del poder público**, que se concreta en la posibilidad de impartir justicia sobre los diferentes conflictos o situaciones que deban tramitarse y resolverse de conformidad con los principios, parámetros y disposiciones del ordenamiento jurídico. En ese contexto, corresponde al constituyente definir quiénes ejercen*

⁶ Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria. 03 de diciembre de 2014. M.P. Julia Emma Garzón de Gómez. N° de Radicación: 110010102000201402487 00 (9957-21)

⁷ Constitución Política de Colombia, Artículo 29 “El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, **ante juez o tribunal competente** y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.”

*jurisdicción, cómo se divide y en qué forma se ejerce, dependiendo, en cada caso en concreto, de los supuestos de hecho que sean sometidos a definición judicial*⁸

En términos de la H. Corte Constitucional la falta de jurisdicción opera en el marco de todas las jurisdicciones ya mencionadas (ordinaria, contencioso administrativa, constitucional y especial). Así, un juez ordinario civil declarará la falta de jurisdicción cuando considere que el competente para conocer del asunto es la jurisdicción contencioso administrativa.⁹

La estricta aplicación del artículo 104-2 propende por el respeto a la figura del Juez natural, siendo este, el instituido por la constitución y la ley para que conozca de los asuntos atribuibles a su especialidad y para que emita decisiones encaminadas a la resolución de los conflictos que está llamado a atender. Lo anterior garantiza la materialización de preceptos y principios constitucionales con esencia de orden público.

Es dable manifestar que, al declarar la falta de jurisdicción de un asunto que no está sometido al derecho administrativo, se busca adecuar la actuación procesal para efecto de identificar el juez natural con competencia y jurisdicción que de manera válida pronuncie la decisión que en derecho corresponda para dirimir el litigio existente.¹⁰

De conformidad con lo expuesto, para el Despacho no es dable emitir pronunciamiento alguno sobre la caducidad del medio de control de reparación directa, ya que, dentro de un conflicto suscitado entre particulares, la figura de la caducidad resulta extraña en el ámbito de las relaciones contractuales privadas, pues ella únicamente se estudia cuando existe una controversia en la que interviene el Estado.

A hora bien, según el artículo 16 del Código General del Proceso, *"la jurisdicción y la competencia por los factores subjetivo y funcional son improrrogables*. Razón por la cual, una vez advertida la falta de jurisdicción, el Juez la debe decretar y remitir el expediente a la autoridad judicial correspondiente.

Si bien la competencia es improrrogable cuando se trata de los factores subjetivo y funcional y la misma es prorrogable por factores distintos a los ya mencionados, no ocurre la misma situación con la

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera. 03 de agosto de 2006. C.P. Alir Eduardo Hernández E. N° de Rad: 76001-23-31-000-2005-03993-01(32499).

⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-685 de 2013. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

¹⁰ C.E. S 3 Mauricio Fajardo Gómez, 12 de agosto de 2013.

jurisdicción, la cual, a la luz de la norma transcrita, es improrrogable por cualquiera de los factores de competencia.

En este entendido, es posible deducir asertivamente cuál es la autoridad competente para conocer de un asunto concreto; así en el *sub judice* es un particular -Consortio Brandenburg- el presunto responsable de la omisión o conducta generadora del daño al demandante, excluyendo de tal responsabilidad al ente territorial demandado.

Así las cosas, el Despacho declarará la falta de competencia de esta jurisdicción especializada para conocer del presente asunto, por corresponderle a la Jurisdicción Ordinaria, teniendo en cuenta que el debate aquí suscitado es el incumplimiento de obligaciones derivadas de un contrato de obra celebrado entre particulares.

En mérito de lo expuesto, el Despacho

III. RESUELVE:

PRIMERO. DECLARAR la falta de jurisdicción del Tribunal Administrativo de Boyacá para conocer del asunto de la referencia, por corresponderle su conocimiento a la Jurisdicción Ordinaria, conforme a lo expuesto en la presente providencia.

SEGUNDO. Remitir el expediente a los Jueces Civiles del Circuito de Duitama (Reparto), para lo de su competencia, dejando las constancias secretariales de rigor.

TERCERO. Remitir copia de la presente providencia al Juzgado Primero Administrativo de Oralidad de Duitama.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA
Magistrado

Danny

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE BOYACÁ
NOTIFICACION POR ESTADO
A este anterior se notifica por estado
No 27 de hoy, 22 FEB 2018
EL SECRETARIO