



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE LA CIUDAD DE
TUNJA
 Carrera 11 N° 17-53 Piso 4

JUEZ, ELIANA MARCELA SARMIENTO RODRÍGUEZ

Tunja, doce (12) de noviembre de dos mil quince (2015)

Radicación No.15001-33-33-007-2008-00187-00

Demandante: Hector Enrique Sosa Chávez

Demandado: Departamento de Boyacá - Municipio de Cucaita

Clase de Proceso: Reparación Directa.

Entra el proceso al despacho con informe secretarial del veintitrés (23) de junio de dos mil quince (2015), informando que el término para alegar de conclusión se encuentra vencido.

Así pues, con el objeto de dictar sentencia de fondo, el Juzgado, en presencia de los presupuestos procesales y en ausencia de causal de nulidad alguna que invalide lo actuado, así procederá.

I.- DECLARACIONES Y CONDENAS

Solicita el actor que se declare la responsabilidad administrativa, patrimonial y extracontractual del Departamento de Boyacá y el Municipio de Cucaita por los perjuicios causados, con ocasión de la pérdida de la tubería de su propiedad, y en consecuencia se condene a las demandadas a pagar por concepto de perjuicios materiales la suma de dieciocho millones de pesos (\$18.000.000) actualizados con la variación del IPC entre el 8 de agosto de 2006 a la fecha de ejecutoria de la sentencia condenatoria, junto con el pago de las costas que resultaren probadas dentro del proceso.

II. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

1. Aduce el demandante que el 8 de diciembre de 2007 suscribió orden de trabajo N° 730 con el Departamento de Boyacá para la construcción de un pozo profundo de 170 metros, en la vereda Pijaos del Municipio de Cucaita, cuyo término de ejecución sería de 60 días calendario contados a partir del 21 de febrero de 2005 (fecha de iniciación) y cuya interventoría sería realizada por la ingeniera Martha Edith Torres Cruz.
2. El 10 de marzo de 2005 la máquina perforadora propiedad del Departamento, presentó problemas mecánicos, situación que se informó a la directora de servicios administrativos de la Gobernación, indicándole que la rotación de la perforadora se paró y al desarmar la rotaria se encontró desgaste en los dos piñones de la misma.

3. Ese mismo día se firmó el acta de suspensión de obra N° 1 con la interventora designada, informándole mediante oficio del 8 de abril de 2005 los motivos de imposibilidad de continuar con la obra, reiniciándose labores hasta el día 12 de abril de 2005, pero reincidiendo durante la ejecución de la obra el cese de actividades por el mal funcionamiento de la maquinaria y el tardío suministro de elementos.
4. El día 10 de julio de 2005, se informó oportunamente a la Directora de servicios de la Gobernación de Boyacá que perforando el metro 125 el tubo de perforación se soltó, y cuando se procedió a sacar la tubería, sólo salieron dos tubos, quedando dentro del pozo 114.03 metros, situación ante la cual el 1° de noviembre de 2005 el demandante intentó realizar el retiro de la tubería de perforación pero sin éxito como quiera que la bomba hidráulica de presión no funcionó bien.
5. Aduce que el 11 de agosto de 2006 solicitó al Director de Servicios Administrativos de la Gobernación el reconocimiento y pago de la tubería que quedó dentro del pozo, sin obtener respuesta alguna.
6. Señala que dentro del contrato celebrado la Gobernación se comprometió a suministrar la máquina perforadora mientras que el demandante suministró la tubería para efectuar la perforación, tubería que por demás no fue recuperada en atención a la avería de la maquinaria del departamento y dado que éste no desarrolló ninguna actividad con dicho propósito generando así responsabilidad por parte del Estado.
7. Aunado a lo anterior, indica que el Municipio de Cucaita contribuyó a la imposibilidad de recuperar los 114 metros de tubería como quiera que desarrolló trabajos de cubrimiento en el sitio donde ésta se encontraba, perjudicándose entonces en un daño que asciende a la suma de dieciocho millones de pesos (\$18.000.000).¹

III. LA RESPONSABILIDAD ALEGADA

Aduce la parte actora que en el presente caso se configura una responsabilidad por **falla en el servicio**, en cuanto existe una actuación irregular de la administración departamental, generando la pérdida de la tubería de perforación del señor Héctor Enrique Sosa Chávez y del Municipio de Cucaita, porque conociendo la situación de la tubería dicho ente territorial ordenó el cubrimiento del lugar donde ésta se encontraba.

IV. TRÁMITE PROCESAL

- 4.1 La demanda fue presentada el 06 de agosto de 2018² y admitida por éste estrado judicial el día 12 de noviembre de la misma calenda.³

¹ Folios 3-4

² Folio 8

³ Folio 44.

4.2 El proceso se fijó en lista por el término de diez días contados a partir del 16 de febrero de 2010 al 1° de marzo del 2010⁴; lapso durante el cual las demandadas procedieron a contestar así:

4.2.1 DEPARTAMENTO DE BOYACÁ (Fls. 106-111):

El ente territorial referido se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demanda aduciendo que contrario a lo manifestado por el libelista, no se configura la falla en el servicio endilgada al Departamento de Boyacá, pues éste realizó todos los esfuerzos necesarios para el arreglo y mantenimiento de la máquina perforadora de pozos mediante la suscripción y ejecución de contratos celebrados con dicho propósito y con el único fin de terminar cabalmente el convenio inicialmente pactado.

Manifiesta que no le consta que la tubería mencionada por el demandante, sea de su propiedad, que aún se encuentre atrapada y mucho menos da fe de su valor, pues al momento de terminación del contrato, el accionante nada manifestó al respecto, y por el contrario suscribió bilateralmente el acta de liquidación del mismo.

Señala que hay un rompimiento del nexo causal, como quiera que no fue por hecho imputable al Departamento que el demandante dejara su tubería en el pozo, pues al momento de liquidar el contrato éste debió hacer lo pertinente con dicho material.

Propuso como excepciones:

- **Falta de legitimación en la causa por pasiva:** Aduce que el Municipio de Cucaita es el llamado a responder por los hechos originarios de la acción como quiera que dicho ente territorial asumió como propio el objeto del contrato al realizar todas las gestiones administrativas para continuar con el mismo y a su vez porque fue éste quien cubrió el pozo donde se encontraba la tubería.
- **Cobro de lo no debido:** Señala que dentro del expediente no obra prueba que acredite que la tubería reclamada era de propiedad del demandante, como tampoco se demuestra su valor intrínseco.
- **Culpa exclusiva de la víctima:** indica que ante el conocimiento por parte del demandante del deterioro de la maquinaria y de la imposibilidad de seguir adelante con el objeto contractual, este debió realizar la gestión pertinente ante el Municipio de Cucaita para recuperar su tubería, negándose a suscribir el acta de liquidación del contrato bilateralmente, pues con eso daba a entender que no existía nada pendiente por recuperar.
- **Caso fortuito:** argumenta que el Departamento de Boyacá realizó todas las gestiones que a su cargo estaban para la realización del contrato, sin embargo respecto de la pérdida de tubería aducida por el demandante, es un hecho que la administración no estaba en capacidad de prever.

⁴ Folio 105

4.2.2 MUNICIPIO DE CUCAITA (Fls. 113-116)

El apoderado de dicho ente territorial manifestó oponerse a las pretensiones de la demanda como quiera que su representado no es responsable de los hechos aducidos en el libelo introductorio y en su lugar debe condenarse en costas al accionante.

Propuso como excepciones:

- **Falta de legitimación en la causa por pasiva:** Aduce que el Municipio de Cucaita no tiene responsabilidad en el asunto referido como quiera que la boca del pozo que se estaba perforando en la vereda Pijaos, no se encuentra tapada.
- **Inexistencia de elementos para que se configure la responsabilidad alegada:** Señala que tal como lo aduce el propio demandante la responsabilidad sólo podría recaer sobre el Departamento o sobre el mismo contratista por su impericia o negligencia.
- **Ausencia de responsabilidad del municipio frente a los hechos planteados:** ante la ausencia de elementos que configuran la falla en el servicio se deriva que dicho ente no es responsable por la pérdida de tubería reclamada como quiera que ésta recae sobre el Departamento de Boyacá al ser dicho ente el que suministró la maquinaria con que se ejecutó el contrato.
- **Inexistencia de cualquier vínculo o relación entre el Municipio de Cucaita con el Departamento de Boyacá o con el Contratista:** indica que no existe vínculo contractual entre el municipio y el contratista, pues éste sólo se predica entre el demandante y el Departamento de Boyacá.

4.3 Mediante auto del 11 de agosto de 2011, éste estrado judicial ordenó abrir el proceso a etapa probatoria.⁵

4.4 Una vez verificado el recaudo de las pruebas decretadas mediante la providencia anterior, por auto del 2 de junio de 2015 se ordenó correr traslado para que las partes alegaran de conclusión, término dentro del cual los contendientes procesales se pronunciaron así:

4.4.1 DEPARTAMENTO DE BOYACÁ (Fls. 250-253): mediante apoderad judicial hace un recuento jurisprudencial sobre el régimen de responsabilidad del estado por la causación de daños y el título de imputación de falla en el servicio, y aduce que no existen elementos de juicio que puedan dar certeza de que la tubería es de propiedad del demandante, tampoco que haya adelantado las gestiones para su recuperación y mucho menos que le haya manifestado al Departamento sobre la existencia de dicha tubería, y por tanto no se demuestra una ruptura del equilibrio financiero del contrato pues el mismo se liquidó bilateralmente.

Finalmente alega que no existe una relación de causalidad que permita un nexo entre la entidad que representa con los supuestos daños y por tanto no se configuran los

⁵ Folios 125-126

elementos de la responsabilidad del estado de conformidad con el artículo 90 de la Constitución Política.

4.4.2 MUNICIPIO DE CUCAITA (Fls. 254-258): Por intermedio de apoderado judicial señala que la interventoría del convenio primario del cual se derivó el contrato de obra N° 0730 de 2004 estuvo a cargo del Departamento de Boyacá y no se observa dentro de sus ítems que se indique que el contratista colocaría tubería de su propiedad sino que se obliga a cumplir con lo ofertado por la entidad contratante.

Aduce que las actas de liquidación y recibo final de la orden no han sido demandas, y tienen presunción de legalidad como quiera que en ellas el contratista no hace ninguna salvedad, no deja constancia alguna respecto de la pérdida de tubería.

Indica que del material probatorio recaudado no se constata la existencia de tubería aportada por el demandante ni de la razón por la cual supuestamente fue llevada al pozo objeto del contrato, deduciendo que lo hizo bajo su responsabilidad y sin contar con los permisos del Departamento al no estar incluidos en el contrato N° 0730 de 2004.

Llama la atención sobre el tiempo transcurrido entre la finalización del contrato y al interposición de la demanda, como quiera que durante la liquidación del contrato no se hizo ningún tipo de reclamación respecto de la pérdida de tubería, señalando finalmente que el Municipio debe ser exonerado de toda responsabilidad pues no aparece probado que dicho ente tenga injerencia en el contrato celebrado entre el Departamento y el accionante.

4.5. Finalmente el expediente ingresó al Despacho para dictar sentencia⁶.

V. CONSIDERACIONES

5.1 Problema Jurídico Principal

Se contrae a determinar si se encuentra comprometida la responsabilidad patrimonial del Departamento de Boyacá y del Municipio de Cucaita por la pérdida de tubería del señor Héctor Enrique Peña Sosa derivada de la ejecución del contrato de obra N° 0730 de 2004 cuyo objeto se delimitó a la construcción de un pozo profundo de 170 metros en la vereda Pijaos del Municipio de Cucaita - Boyacá

5.1.1 Problema Jurídico Asociado

¿Procede la acción de Reparación Directa para obtener la indemnización de perjuicios ocasionados con ocasión de la celebración y ejecución de un contrato estatal?

Para desatar la cuestión litigiosa considera el Despacho relevante dilucidar los siguientes temas:

⁶ Folio 259

a). Procedibilidad de la acción de Reparación Directa para obtener la indemnización de perjuicios causados por el desequilibrio contractual.

b). Caso concreto.

5.2 Marco Jurídico y Desarrollo Jurisprudencial.

5.2.1. Procedibilidad de la acción de Reparación Directa para obtener la indemnización de perjuicios causados por el desequilibrio contractual.

El artículo 86 del Código Contencioso Administrativo establece:

Acción de Reparación Directa: La persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño cuando la causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa."

Po su parte el artículo 87 ibídem, reza:

De las controversias contractuales. Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas. (...)

Así pues, para el Despacho es claro que en materia de lo contencioso administrativo la fuente del daño determina la acción procedente para analizar los supuestos en los que se fundamenta la controversia, y ésta, a su vez, determina la técnica apropiada en la formulación de las pretensiones de la demanda y la oportunidad en el tiempo para hacerlas valer por la vía jurisdiccional, de manera que si el daño reclamado se origina en una relación contractual (incumplimiento del contrato, actos contractuales, etc.), la acción para reclamar será la relativa a controversias contractuales (art. 87, C.C.A) Si el daño no proviene de un acto administrativo ni de una relación contractual, sino que es originado en un hecho, omisión, operación administrativa o de la ocupación de un bien por parte de la Administración, la acción correspondiente será la de reparación directa (art. 86, C.C.A)

De tal suerte, y tomando como referente lo anterior, es claro que la escogencia de la acción no puede obedecer al criterio caprichoso del usuario de la administración de justicia, sino que debe corresponder a los presupuestos establecidos por la ley, pues bien es sabido que la indebida escogencia de la acción conduce a un fallo inhibitorio.⁷

Así por ejemplo el H. Consejo de Estado, ha esgrimido:

⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, Subsección B, Magistrado Ponente. Danilo Rojas Betancourth, tres (3) de mayo de dos mil trece (2013): "Cuando el actor escoge una vía inadecuada para demandar el restablecimiento de su situación o la indemnización de los perjuicios que le han sido irrogados, es procedente el rechazo de la demanda si ésta no se ha admitido, o la expedición de un fallo inhibitorio cuando el defecto sustantivo presente en el libelo introductorio no ha sido advertido por el juez en una etapa procesal anterior".

“...La Sala relievra cómo a cada acción le corresponde una pretensión, según los hechos que conforman o constituyan el conflicto. El sistema procesal para endilgarle al Estado responsabilidad por daños está, en consecuencia, configurado por los arts. 85, 86 y 87 C.C.A. No se trata de un aspecto o tema librado o la voluntad de la parte actora, o de quien va a accionar. Si de los hechos se desprende una relación laboral, de carácter estatutario, el conflicto surgido deberá ser tramitado procesalmente por la acción prevista en el art. 85 del C.C.A. Si de esos hechos en cambio, se desprende la existencia de una relación contractual, el conflicto se deberá examinar por la acción del art. 87. Y si el conflicto de intereses no surge de ninguna relación jurídica en particular, sino que se fundamenta en el NEMINEM LAEDERE, la acción para enjuiciarlo será el art. 86 del C.C.A. Las pretensiones deben corresponder y armonizar con los hechos y con la acción que éstos determinen. Es en la demanda donde deben quedar debidamente fijados los hechos, planteada la acción y exigida la pretensión...”⁸ (subraya y negrilla fuera del texto)

De igual forma, y al analizar en detalle la procedencia de la acción de reparación directa cuando el asunto materia de debate se ciñe a los presupuestos de una relación de naturaleza contractual, el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo indicó:

“Resulta importante reiterar que la acción de reparación directa consagrada en el artículo 86 del C.C.A., está concebida, entre otras, para demandar la reparación del daño derivado de un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos.

Respecto de la *actio in rem verso*, en casos como el que ahora ocupa la atención de la Sala, la jurisprudencia de esta Sección del Consejo de Estado ha precisado que dicha acción independiente y autónoma resulta procedente siempre que no exista un contrato estatal, porque cuando éste constituye, como en este caso, la fuente de una controversia, la ley prevé como acción pertinente la de controversias contractuales. Al respecto se ha señalado:

“2.3. La acción *in rem verso* en materia contencioso administrativa.

El medio idóneo, aceptado doctrinal y jurisprudencialmente, para invocar la ocurrencia del fenómeno del enriquecimiento sin causa es la acción de *in rem verso*⁹ –cuyos orígenes se hallan en el derecho romano–, de naturaleza subsidiaria, establecida y estatuida para garantizar el acceso efectivo a la administración de justicia con miras a que se restablezca el equilibrio patrimonial entre dos sujetos de derecho, a causa de la ocurrencia de un enriquecimiento injustificado a favor de uno de ellos.

“(...).

La acción mencionada tiene una serie de características que, a continuación, se exponen:

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 30 de enero de 1997, M.P. Dr. Carlos Betancur Jaramillo, Exp. 12432, Actor: Francisco Villegas G. y otros.

⁹ “Loc. Lat. Acción para la devolución de la cosa.

“La misma tiene por objeto no permitir a una persona enriquecerse sin causa legítima, a costa de otra.” CABANELLAS, Guillermo “Diccionario de Derecho Usual”, Tomo I, Pág. 122.

Es de naturaleza subsidiaria, esto significa que sólo es procedente siempre y cuando el demandante no cuente con ningún otro tipo de acción para pretender el restablecimiento patrimonial deprecado¹⁰.

En directa relación con lo anterior, la acción tiene el rasgo de excepcional, dado que el traslado patrimonial injustificado (enriquecimiento alegado) no debe tener nacimiento u origen en ninguna de las fuentes de las obligaciones señaladas en el artículo 1494 del Código Civil.

Se trata de una acción única y exclusivamente de rango compensatorio (a diferencia de las acciones de reparación directa y contractual), es decir, a través de la misma no se puede pretender la indemnización o reparación de un perjuicio, sino que el contenido y alcance de la misma se circunscribe al monto en que se enriqueció sin causa el patrimonio del demandado, que debe corresponder (correlativamente) al aminoramiento que padeció el demandante.

Por consiguiente, según esta nota distintiva, las pretensiones deben estar limitadas al monto del enriquecimiento patrimonial, sin que sea viable formular peticiones distintas al aseguramiento de dicho equilibrio. Lo anterior, como quiera que, tal y como se precisó en el acápite anterior de esta providencia, la citada fuente de las obligaciones se refiere al derecho que le asiste a la parte empobrecida -que al haber actuado de buena fe tanto en los tratos preliminares como en la ejecución de las obras o del servicio por fuera del ámbito contractual-, de ser al menos compensada en el monto en que su patrimonio fue aminorado.

Al respecto, la Sala sostuvo:

“No obstante lo anterior, la Sala en sentencia de 7 de junio de 2007, Expediente 14669, modificó su postura y fijó su criterio en torno a la teoría del enriquecimiento sin causa, determinando que su naturaleza es eminentemente compensatoria y no indemnizatoria pues no se trata de pretender la reparación de un perjuicio o daño sino de restablecer el equilibrio del patrimonio que se vio afectado o empobrecido, para el demandante, en el mismo monto en que se enriqueció, sin causa jurídica, el patrimonio del demandado, razón para que el restablecimiento tan solo genere la compensación del empobrecido, en consecuencia, no proceden pretensiones de otra índole como lo son el pago de las utilidades o frutos civiles del capital pues ello conllevaría a desnaturalizar la teoría del enriquecimiento sin causa y a dar a la actio de in rem verso un alcance que desborda las pretensiones que le son propias.

“(..).

¹⁰ “La doctrina y jurisprudencia francesas se inclinan por la subsidiariedad de la acción de enriquecimiento, de modo que cuando el empobrecido puede accionar con una acción nacida de un contrato, cuasi contrato, responsabilidad civil o de la propia ley, no le cabe el recurso a aquella acción...” DIEZ – PICASO, Luis y GULLON, Antonio “Sistema de Derecho Civil”, Ed. Tecnos, pág. 580.

“En este orden de ideas fuerza concluir que en el presente caso no se configuran estos dos elementos de la teoría del enriquecimiento sin causa, consistentes en el enriquecimiento de un patrimonio y el correlativo empobrecimiento del otro, toda vez que la situación de hecho no generó un enriquecimiento en el patrimonio de la entidad pública demandada, como tampoco un empobrecimiento en el patrimonio del particular que suministró los medicamentos, de una parte, porque su valor fue satisfecho por la Administración y de otra, porque en virtud de la citada teoría no hay lugar a una indemnización de perjuicios que comportaría la reparación integral, sino a una compensación lo cual descarta, de plano, tanto el derecho del particular a reclamar intereses sobre el capital tardíamente cancelado, como la obligación del ente público de cancelarlos.”

“Concluye la Sala que en el caso examinado no procede el pago de los intereses reclamados por la parte actora, razón por la cual se confirmará la sentencia de primera instancia que denegó la pretensión formulada en este sentido, pero por diferentes razones.”¹¹

En consecuencia, la acción in rem verso (actio de in rem verso) no puede ser equiparada a la acción de reparación directa consagrada en el artículo 86 del C.C.A. -esta última de naturaleza indemnizatoria-¹².

Se trata, como ya se mencionó de una acción de naturaleza autónoma e independiente¹³, dirigida, precisamente, a retrotraer los efectos que produjo una situación de traslado patrimonial injustificado, motivo por el cual no es posible, en sede de su ejercicio, formular algún tipo de pretensión de carácter indemnizatorio, sino que, por el contrario, su procedencia se basa en el exclusivo reconocimiento de una situación que se encuentra fuera de la órbita contractual o extracontractual, que amerita la adopción, por parte del juez competente, de una medida netamente compensatoria.¹⁴¹⁵(Negrillas adicionales).

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de enero de 2009, exp. 15662, M.P. Myriam Guerrero de Escobar.

¹² “El Enriquecimiento injusto se diferencia de la responsabilidad subjetiva en que ésta exige la comisión de un acto ilícito como antecedente inexcusable del deber de indemnizar; y el enriquecimiento injusto se diferencia de la responsabilidad subjetiva y de la objetiva en que una y otra forma dan lugar a la imputabilidad y a la consiguiente indemnización ateniéndose tan sólo al daño experimentado por la víctima, al margen por completo de que haya proporcionado o no ventajas al responsable.” DIEZ – PICASO, Luis y DE LA CAMARA, Manuel Ob. Cit., pág. 31.

¹³ “La sentencia emanada de la Corte de Casación francesa de fecha 5 de junio de 1892 marca un hito en el tema que nos ocupa, por cuanto, por primera vez, se consagra la acción de enriquecimiento sin causa como autónoma, no sólo del principio general sino ajeno a la doctrina cuasicontractual.

“El caso planteado ante la Corte contempla la pretensión de un vehículo de un vendedor de abonos a un arrendatario insolvente, de reclamar el cobro de ellos al propietario del campo que se benefició con la cosecha; la resolución se inclina por la afirmativa aceptando la virtualidad de la acción in rem verso como mecanismo técnico adecuado para restablecer el equilibrio quebrado.

“El fallo declara que esta acción deriva del principio que prohíbe enriquecerse a costa de otro...” AMEAL, Oscar “Enriquecimiento sin causa, subsidiariedad o autonomía de la acción”, en “RESPONSABILIDAD POR DAÑOS EN EL TERCER MILENIO – Homenaje al Profesor Doctor Atilio Aníbal Alterini”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, Pág. 1067.

¹⁴ Art. 206.- “Los procesos relativos a nulidad de actos administrativos y cartas de naturaleza, nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa, a controversias sobre contratos administrativos y privados con cláusulas de caducidad y a nulidad de laudos arbitrales proferidos en conflictos originados en los contratos mencionados, se tramitarán por el procedimiento ordinario. Este procedimiento también debe observarse para adelantar y decidir todos los litigios para los cuales la ley no señale un trámite especial.” (negrillas adicionales).

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 22 de julio de 2009, Exp. 35.026, M.P. Enrique Gil Botero.

5.3. Caso Concreto.-

5.3.1 Del Acervo probatorio recaudado:

Dentro de la respectiva etapa y con el lleno de los requisitos legales se recaudaron, en el proceso, los siguientes elementos probatorios:

- Copia de Convenio Interadministrativo N° 0082 de 2004 celebrado entre el Departamento de Boyacá y el Municipio de Cucaita (Fls. 9-11).
- Copia de orden N° 0730 de 2004 - 06/12/2004- celebrada entre el Departamento de Boyacá y Héctor Enrique Sosa Chávez. (Fls. 12-15, 59-62)
- Copia de acta de iniciación de obra de la orden N° 730 de 2004 fechada del 21 de febrero de 2005. (Fl. 16)
- Copia de oficio del 11 de marzo de 2005 dirigido a la Directora de Servicios Administrativos del Departamento de Boyacá informando suspensión de trabajo de perforación (Fl. 17)
- Copia de Acta de suspensión de obra N° 01 del 11 de marzo de 2005. (Fls.18-19)
- Copia de Acta de reiniciación de obra N° 01 del 12 de abril de 2005. (Fl.20)
- Copia de oficio del 2 de mayo de 2005 dirigido a la Directora de Servicios Administrativos del Departamento de Boyacá solicitando la revisión y arreglo de la maquinaria de perforación. (Fl. 21)
- Copia de Acta de suspensión de obra N° 02 del 2 de mayo de 2005. (Fls. 22-23).
- Copia de Acta de reiniciación de obra N° 02 del 10 de junio de 2005. (Fl.24)
- Copia de Acta de suspensión de obra N° 03 del 17 de junio de 2005. (Fls. 25-26).
- Copia de oficio del 26 de julio de 2005 dirigido a la Directora de Servicios Administrativos del Departamento de Boyacá solicitando materiales para perforación (Fl. 27)
- Copia de oficio del 2 de septiembre de 2005 dirigido a la Directora de Servicios Administrativos del Departamento de Boyacá solicitando materiales para perforación (Fl. 28)
- Copia de oficio del 28 de septiembre de 2005 dirigido a la Directora de Servicios Administrativos del Departamento de Boyacá informando suspensión de trabajo de perforación (Fl. 29)
- Copia de oficio del 2 de noviembre de 2005 dirigido a la Directora de Servicios Administrativos del Departamento de Boyacá solicitando arreglo de bomba hidráulica para recuperación de tubería (Fl. 30)
- Copia de contrato N° 239 de 2006 celebrado entre el Departamento de Boyacá y Luis Hernando Coba Barreto para la reparación y mantenimiento de perforadora propiedad del Departamento de Boyacá. (Fls. 32-34).
- Copia de Acta de Liquidación final del contrato N° 0239 de 2006, fechada del 12 de abril de 2006. (Fls. 35-36)
- Copia de Acta de recibo final del contrato N° 0239 de 2006 fechado del 12 de abril de 2006. (Fl.37)
- Copia de oficio del 11 de agosto de 2006 dirigido al Director de Servicios Administrativos del Departamento de Boyacá en el cual el contratista Héctor Enrique Sosa solicita el reconocimiento y pago de tubería que quedó dentro de pozo profundo(Fl. 38)
- Copia de Acta de liquidación de obra de la orden N° 0730 de 2004 fechada del 8 de agosto de 2006. (Fls. 39-41)

- Copia de soportes de la orden de servicios N° 730 de 2004 celebrada entre el señor Héctor Enrique Sosa y el Departamento de Boyacá. (Fls. 58-95).
- Testimonio del señor JOSÉ EDUARDO ALBA ALBA. Fls. (134-136).
- Declaración de parte del señor HECTOR ENRIQUE SOSA CHÁVEZ (Fls. 151-153).
- Testimonio del señor JAIRO GERMÁN REYES QUINTERO Fls. (156-158).
- Dictamen pericial rendido por el auxiliar de justicia Pablo Santamaría Carvajal. (Fls. 225-240)

Descendiendo al asunto sub examine tal y como se dejó indicado en los antecedentes de esta providencia, pretende el demandante que se declare al Departamento de Boyacá y al Municipio de Cucaita, administrativa, patrimonial y extracontractualmente responsables de los perjuicios causados con ocasión de la pérdida de la tubería de su propiedad, durante la ejecución del contrato de Obra N° 0730 de 2004, condenándolos al pago de DIECIOCHO MILLONES DE PESOS (\$18.000.000) como valor de la tubería perdida o lo que resulte probado en el proceso por concepto de perjuicios materiales.

Sea lo primero aclarar que para el Despacho queda suficientemente probado que mediante Convenio Interadministrativo N° 0082 de 2004 celebrado entre el Departamento de Boyacá y el Municipio de Cucaita se pactó como objeto " LA CONSTRUCCIÓN DE UN POZO PROFUNDO ACUEDUCTO PARA LA VEREDA PIJAOS - PARTE ALTA DEL MUNICIPIO DE CUCAITA- DEPARTAMENTO DE BOYACÁ" para cuya ejecución se dispuso del termino de 90 días y un valor de \$58.448.500 estipulándose que el Departamento ejecutaría las actividades descritas en el presupuesto de obra con la maquinaria del Departamento o mediante la contratación de ésta y el Municipio organizaría y coordinaría las actividades de la obra, estableciendo que la interventoría estaría a cargo del Departamento de Boyacá y la supervisión para la buena ejecución estaría a cargo del Municipio (Fls. 9-11).

Posteriormente, mediante la orden N° 0730 de 2004 - 06/12/2004- celebrada entre el Departamento de Boyacá y el señor Héctor Enrique Sosa Chávez identificado con C.C. N° 6.757.618 de Tunja se pactó como objeto "LA CONSTRUCCIÓN POZO PROFUNDO 170 METROS VEREDA PIJAOS - PARTE ALTA DEL MUNICIPIO DE CUCAITA- DEPARTAMENTO DE BOYACÁ" de acuerdo a la oferta comprendida en los siguientes ítems:

DESCRIPCIÓN	UNID.	CANTID.	VALOR UNIT	VALOR TOTAL
Construcción de piscinas recorrido de los lodos y pocetas de decantación.	GLB	1,00	400.000,00	400.000.00
Perforación con broca de 8 ½"	ML	170,00	33.250,00	5.652.500.00
Ampliación con broca de 12 ½"	ML	170,00	18.500,00	3.145.000.00
Instalación de gravas	GBL	1,00	550.000,00	550.000.00
Lavado de pozo con agua	DIAS	4,00	375.000,00	1.500.000.00
Broca de tungsteno de 8 ½"	UN	1,00	700.000,00	700.000.00
Broca acero 12 ¼"	UN	1,00	1.500.000,00	1.500.000.00
Total:				13.447.500,00

Para dicho contrato, se dispuso un término de ejecución de 60 días y un valor de \$13.447.500 estableciendo que la interventoría estaría a cargo del Departamento de Boyacá - Secretaria de Obras - y consignando en su cláusula octava "**MATERIALES EQUIPO Y PERSONAL : EL CONTRATISTA se obliga a mantener en el sitio de la obra todos los materiales para la correcta ejecución de la misma de acuerdo a las especificaciones ; de igual forma a mantener en el sitio de la obra el personal y maquinaria en perfecto estado de funcionamiento para rendir el programa propuesto**" (Fls.14-15, 59-62).

Visto lo anterior, para éste estrado judicial son palmarias las siguientes conjeturas:

- ✓ El tema de debate vierte directamente de las labores realizadas y materiales utilizados en la ejecución de la obra orden N° 0730 de 2004 - 06/12/2004- celebrada entre el Departamento de Boyacá y el señor Héctor Enrique Sosa Chávez.
- ✓ Conforme a la pretensión de pago de perjuicios materiales circunscrita al pago DE DIECIOCHO MILLONES DE PESOS (\$18.000.000) **como valor de la tubería perdida**, se obtiene que el nervio del presente actuar litigioso hace referencia a una aspiración compensatoria más no indemnizatoria como se pretende esbozar mediante la presente reparación directa por la presunta falla en el servicio en que incurrió la administración, situación que per se comportaría un "enriquecimiento sin justa causa" a favor de los entes territoriales demandados.

Al respecto, se advierte que el Despacho no puede pretermitir la obvia interposición de acción inadecuada, pues el asunto materia de controversia no puede considerarse y estudiarse bajo el simplísimo supuesto de la pérdida de tubería - que aduce el demandante era de su propiedad - como un hecho dañoso **originario de responsabilidad extracontractual** alejado de la relación de **naturaleza evidentemente contractual** que para el momento de la ocurrencia de los hechos, el accionante soportaba con el Departamento de Boyacá mediante la orden N° 0730 de 2004, pues es del caso recalcar en que la inconformidad alegada por el demandante se generó como fuente directa de la pérdida del material utilizado durante la ejecución del contrato.

Al punto, es necesario traer a colación el análisis realizado por el H. Consejo de Estado, Corporación que en un caso de similares contornos fácticos, adujo:

"Sobre el particular, la Sala estima que la acción de reparación directa ejercida en este caso en virtud de la actio de in rem verso¹⁶ resulta improcedente, por cuanto existe una incongruencia entre lo que aduce la parte actora en los diferentes momentos procesales surtidos a lo largo de este litigio y las pruebas arrimadas al proceso, concretamente con

¹⁶ En reciente pronunciamiento la Sala se pronunció acerca del contenido y el alcance de la teoría del enriquecimiento sin causa, para lo cual dejó claro que se trataba de una fuente autónoma de las obligaciones que se presenta en aquellos eventos en los cuales, **sin existir un acto jurídico** o hecho ilícito como tal, existe un patrimonio que se enriquece a causa de otro que en la misma proporción se empobrece de manera injustificada, razón por la cual, la consecuencia jurídica de este hecho jurídico es la necesidad de compensar los patrimonios involucrados.

Así las cosas, una vez acreditados los presupuestos que den lugar a la aplicación de la teoría del enriquecimiento sin causa, la consecuencia jurídica correspondiente, la cual se puede hacer valer a través de la actio de in rem verso consiste en el restablecimiento del equilibrio patrimonial entre dos sujetos de derecho, a causa de la ocurrencia de un enriquecimiento injustificado a favor de uno de ellos. Al respecto, consultar, por ejemplo, Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 21 de octubre de 2009, Exp. 37.243.

el contrato No. 038 de 1998, pues si bien se afirma que el señor Alfonso Linero Celedón habría tenido que realizar mayor cantidad de obra y contratar mano de obra adicional que estaba por fuera de lo convenido en el contrato No. 032 de 1998 –esto es la construcción de una “segunda torre de enfriamiento”–, lo cierto es que de la lectura del referido contrato puede precisarse que el objeto del mismo consistió en “ejecutar las obras de instalación de equipos de Aire Acondicionado para la Unidad Básica de la Clínica Santa Marta”, dentro de las cuales podría entenderse que se encuentra incluida la instalación de todo lo necesario para que el sistema de aire acondicionado funcionara en debida forma, interpretación que llevaría a concluir que las “dos torres de enfriamiento” también estarían contenidas dentro del objeto contratado, por manera que la discusión que plantea el actor con la demanda no deviene entonces de un ‘enriquecimiento sin causa’, sino de una controversia estrictamente contractual –contenida en un contrato estatal–, a propósito de la determinación y definición del alcance del objeto del contrato y la interpretación de las obligaciones asumidas por el contratista, por manera que EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA RESULTÓ INDEBIDO, MÁXIME SI SE TIENE PRESENTE QUE LA CONDICIÓN INDISPENSABLE PARA QUE SE ABRA PASO LA REPARACIÓN QUE SE DEPRECA DEBE CONSISTIR EN LA AUSENCIA TOTAL DE CAUSA QUE PUDIERE SERVIR DE JUSTIFICACIÓN O AL MENOS DE EXPLICACIÓN AL ENRIQUECIMIENTO QUE SE PRETENDE REPROCHAR A LA ENTIDAD DEMANDADA, ASUNTO QUE DE MODO ALGUNO SE VERIFICA EN EL PRESENTE CASO, EN EL CUAL, MUY POR EL CONTRARIO, SI EXISTE UNA CAUSA EVIDENTE, JURÍDICA, QUE SERVIRÍA DE TÍTULO AL ALUDIDO ENRIQUECIMIENTO CUAL ES EL CONTRATO ESTATAL CELEBRADO ENTRE LAS PARTES, acerca de cuya interpretación, alcance y ejecución giran realmente las controversias expuestas en la causa petendi de la demanda, pero sin que en el petitum se hubiere incluido pretensión alguna que pudiese permitirle al juez efectuar pronunciamientos, declaraciones y menos proferir condenas a partir de ese litigio que en realidad se revela de naturaleza contractual pero que equivocadamente se planteó como de reparación directa.” (negrilla y subraya fuera del texto)¹⁷

Ahora bien, en gracia de discusión y suponiendo que la pretensión tácita del presente asunto pudiese tramitarse como bajo la “actio in rem verso” resulta evidente que la “indemnización” pretendida de una controversia contractual, presuntamente derivada de la pérdida de tubería del demandante en la ejecución de la Obra N° 0730 de 2004, no podría ser entendida como un “enriquecimiento sin causa”, pues tal controversia se derivó de un contrato estatal, frente al cual debió ejercerse la acción procedente.

Vuelve entonces el H. Consejo de Estado a ilustrar el particular con la sentencia anteriormente citada, de la siguiente manera:

“Por lo tanto, en el caso sub exámine, aunque la parte actora dijo ejercer, nominalmente, la acción de reparación directa, lo cierto es que del contenido de los hechos, de las pretensiones de la demanda y de la causa petendi de la misma se advierte que en realidad lo que se pretende es el reconocimiento y pago de

¹⁷ Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo, Sección Tercera, subsección A consejero ponente: Mauricio fajardo Gómez, doce (12) de mayo de dos mil once (2011). radicación número: 47001-23-31-000-2001-00399-01(26758). actor: sociedad cuarto frio , demandado: instituto de seguros sociales.

unas obras que se encuentran contenidas en el contrato No. 032 de 1998, sin que -reitera la Sala-, el actor hubiera aportado contrato adicional y/o modificación alguna a dicho contrato del cual se pudiera inferir que tales obras realizadas habrían sido excluidas de forma expresa del aludido contrato, por manera que desde el punto de vista material, la acción que debió interponerse, se insiste, era la de controversias contractuales."

Corolario de lo anterior, se obtiene que **la acción que debió ejercer el actor debió ser la de controversias contractuales**, en obediencia no sólo del origen o fuente de daño que pretende ser "indemnizado" si no también a la circunstancia descrita como hecho y probada mediante el documento obrante a folio 38 contentivo de solicitud elevada el día 11 de agosto de 2006, mediante la cual el demandante petitionó ante el Director de Servicios Administrativos del Departamento de Boyacá "se reconozca el pago de la tubería que quedaron internamente dentro del pozo profundo que se estaba realizando en la vereda Pijaos del Municipio de Cucaita Boyacá".

Al respecto, rememora el Despacho que la Acción de Reparación Directa se denomina de ésta manera, porque quien se considera afectado puede demandar **directamente**; es decir, sin tener que efectuar previamente una reclamación a la Administración.

Así pues, es dable afirmar que en tratándose de dicha acción, **el afectado no debe ni puede pedir directamente a la Administración la indemnización de los perjuicios ocasionados por hechos, omisiones u operaciones administrativas o por ocupación de inmuebles, pues sólo el Juez puede determinar su responsabilidad**; aunque sí pueden buscarse vías de acuerdo prejudicial (conciliación), pero el administrado no puede provocar un pronunciamiento administrativo para luego agotar vía gubernativa frente a éste y proceder a demandarlo en ejercicio de la Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, pues en tal caso se estaría modificando la causa del daño¹⁸.

Así pues, en el asunto bajo examine se corrobora con prudente independencia de lo ya aseverado en párrafos anteriores y constituyendo una causa adicional de improcedencia de la Acción de Reparación Directa, el hecho que el demandante mediante el oficio del 11 de agosto de 2006 provocó una manifestación de la administración respecto de la reclamación de los perjuicios ahora aducidos como indemnizables, y cuya materialización demandable en sede "controversias contractuales" fue constituida por el silencio administrativo negativo del Departamento de Boyacá ante la mentada petitoria, al verificarse que dicha solicitud fue presentada luego de haberse suscrito el Acta de Liquidación de Obra de la orden N°0730 de 2004 fechada del 8 de agosto de 2006.¹⁹

¹⁸ (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia 4 de septiembre de 1997, Expediente 10.239. M.P.: Ricardo Hoyos Duque).

¹⁹ Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, Sección Tercera, subsección B, Consejero Ponente (e): Danilo Rojas Betancourt, veintidós (22) de noviembre de dos mil doce (2012).

(...)Son, pues, cuatro los presupuestos para que se estructure el silencio administrativo positivo en materia de contratación estatal, esto es, para que la petición se entienda resuelta favorablemente al contratista: (i) la solicitud debe presentarla el contratista (presupuesto subjetivo), (ii) versar sobre aspectos que se presenten en el curso de la ejecución del contrato (presupuesto material), (iii) aducirse durante el período de ejecución del contrato (presupuesto temporal) y (iv) el no pronunciamiento de la entidad dentro de los tres (3) meses siguientes a la presentación de la solicitud (presupuesto de omisión)

En conclusión, el Despacho encuentra improcedente dar aplicación al principio *iura novit curia*, dado que la acción que fue incoada, así se hubiere denominado de Reparación Directa, realmente no corresponde a las características que identifican a dicha acción, pues la misma tiene como finalidad la solución de controversias suscitadas en relación con un contrato estatal concebido en los términos establecidos por el Estatuto Contractual.

De ésta manera e insistiendo en la resolución otorgada por el Consejo de Estado en el precitado caso análogo controversia "*sociedad Cuarto Frio Vs Instituto de Seguros Sociales*", el despacho se sirve citar:

"Para la Sala resulta claro que la causa petendi de la demanda, esto es los hechos que sirven de fundamento a la pretensión, consiste en obtener la indemnización de los perjuicios irrogados al actor como consecuencia del "enriquecimiento sin causa generado por no reconocer y pagar los costos asumidos por el señor Alfonso Linero Celedón, quien de buena fe procedió al suministro de partes e instalación de equipos para dotar de aire acondicionado a la Unidad Básica la Clínica Santa Marta". Así pues, resulta improcedente el análisis de la demanda en virtud de la acción contractual, toda vez que si bien en aplicación del principio iura novit curia corresponde al juez, frente a los hechos alegados y probados por la parte demandante, definir la norma o el régimen jurídico aplicable al caso, ello no puede ni debe confundirse con la modificación de la causa petendi y menos aún del petitum, es decir variar los hechos que se enuncian en la demanda como fundamento de la pretensión, o de las pretensiones mismas, habida consideración del acervo probatorio respecto del cual se puede inferir que la prestación realizada a cargo del actor se encuentra contenida en el contrato No. 032 de 1998.

Por lo anterior, se encuentra que no se cumple con un presupuesto para que se pueda proferir sentencia de mérito, cual es la adecuada escogencia de la acción, respecto de lo cual el Consejo de Estado ha sostenido²⁰:

"Al efecto cabe tener en cuenta que esta Corporación ha precisado que persisten algunos requisitos indispensables para proferir una decisión de fondo, como lo es que la acción contencioso administrativa se ejerza con sujeción a los requisitos que prevé la ley para su procedencia²¹, sin perjuicio de que, como lo explica la doctrina, el juez cumpla con la obligación 'de declarar la razón por la cual no puede proveer'²².

Finalmente, éste estrado estima necesario destacar que en vista de lo discurrido en la argumentación precedente, en el presente asunto se proferirá un fallo inhibitorio, y dicha circunstancia impide abordar no sólo el fondo de la litis sino las excepciones propuestas oportunamente por los entes territoriales demandados, respectivamente.

22. Importa destacar, para los efectos del asunto que se debate, que es preciso que la petición se presente durante la ejecución del contrato (presupuesto temporal), lo que entraña que, como ha señalado la Sala¹⁹, se excluye la configuración de esta modalidad de silencio frente a las solicitudes presentadas durante las etapas pre-contractual, de perfeccionamiento del contrato y de liquidación, esto es, por fuera de la ejecución contractual, en cuyo caso se aplicarán las reglas generales del silencio administrativo negativo (artículo 40 del Decreto 01 de 1984 y hoy prevista en el artículo 83 de la Ley 1437 de 2011).

²⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 28 de abril de 2010, exp. 17.811.

²¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia 20746 del 4 de julio de 2002.

²² José Chiovenda, *Principios de Derecho Procesal Civil*, Editorial Reus S.A., Madrid. 1977; tomo I, Págs. 125 y 126.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo anteriormente expuesto, el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: INHÍBESE el Despacho para resolver de fondo el asunto sometido a su conocimiento por indebida escogencia de la acción.

SEGUNDO: Por Secretaría del Despacho, hágase la respectiva liquidación del remanente a la parte actora, si a ello hubiere lugar de conformidad con el numeral 4 del artículo 207 del C.C.A.

TERCERO: En firme esta providencia, procédase al archivo del expediente, dejando las anotaciones y constancias de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ELIANA MARCELA SARMIENTO RODRIGUEZ
JUEZ