

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYAN
SALA CIVIL - FAMILIA**

Magistrada Ponente	DORIS YOLANDA RODRIGUEZ CHACON
Radicado	19318-31-89-001-2011-00030-01
Proceso	ORDINARIO - RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL
Demandante	ALIGERMO NUÑEZ MARTINEZ, quien actúa en nombre propio en calidad de víctima y en representación de las menores ELIANA NUÑEZ CUERO y ZULY NUÑEZ CUERO, así como LUZ MARIANA LEON ECHEVERRY (esposa de la víctima), MARINO NUÑEZ MARTINEZ, NORMAN NUÑEZ MARTINEZ, FLORENTINO NUÑEZ MARTINEZ, SOCORRO NUÑEZ MARTINEZ, EUDOXIA NUÑEZ MARTINEZ, y MACARIO MARTINEZ
Demandado	LENNY HADER MOLINA CABEZAS y el MUNICIPIO DE TIMBIQUÍ - CAUCA
Asunto	Declara la falta de jurisdicción y falta de competencia para conocer del asunto – Se remite a la jurisdicción contencioso administrativa

Popayán, veintiocho (28) de abril de dos mil veinte (2020)

ASUNTO

Revisada la actuación procesal, sería del caso entrar a resolver de fondo sobre el asunto de la referencia, si no fuera porque se advierte la falta de jurisdicción y competencia de esta Corporación para seguir conociendo del asunto, al tenor de artículos 16 y 138 del Código General del Proceso.

ANTECEDENTES:

El señor ALIGERMO NUÑEZ MARTINEZ, actuando en nombre propio en calidad de víctima y en representación de las menores ELIANA NUÑEZ CUERO y ZULY NUÑEZ CUERO, así como LUZ MARIANA LEON ECHEVERRY (esposa de la víctima), MARINO NUÑEZ MARTINEZ, NORMAN NUÑEZ MARTINEZ, FLORENTINO NUÑEZ MARTINEZ, SOCORRO NUÑEZ MARTINEZ, EUDOXIA NUÑEZ MARTINEZ y MACARIO MARTINEZ, formularon demanda ordinaria de responsabilidad civil extracontractual contra LENNY HADER MOLINA CABEZAS y la ALCALDÍA MUNICIPAL DE TIMBIQUÍ - CAUCA, solicitando se declare a los demandados (contratista y contratante, respectivamente) civil y solidariamente responsables de los daños y perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales,

ocasionados al señor ALIGERMO NUÑEZ MARTINEZ, como consecuencia de las lesiones sufridas por éste, y se condene a los demandados a pagar la pensión de invalidez a que tiene derecho el señor ALIGERMO por haber perdido más del 50% de su capacidad laboral.

Como hechos fundamento de sus pretensiones, refiere: Que el 18 de junio de 2008 la ALCALDÍA MUNICIPAL DE TIMBIQUÍ -CAUCA, bajo la figura de urgencia manifiesta, firmó contrato de obra pública No. 062 con el arquitecto LENNY HADER MOLINA CABEZAS, con el objeto de reparar y adecuar la Escuela Rural Mixta El Charco, y para el efecto, se subcontrató al señor AURELIO GRANJA, quien a su vez “*llamó*” al señor ALIGERMO NUÑEZ MARTINEZ para trabajar en la obra, vinculándolo laboralmente sin el pleno de los requisitos legales, pues no fue afiliado a EPS, pensión y riesgos profesionales, y tampoco se le suministró la dotación necesaria para el trabajo a realizar (casco, guantes, ni botas). Que el día 19 de marzo de 2009, el señor ALIGERMO NUÑEZ MARTINEZ, sufrió un accidente laboral cuando trabajaba en dicha obra, al caer del techo de la escuela; que no obstante lo anterior, no se hizo el reporte de accidente de trabajo, siendo el contratista y la Alcaldía responsables de los daños, pues “*es de su conocimiento que son culpables de las lesiones sufridas por el demandante*”, quien fue diagnosticado con paraplejía. Agrega, que la Administración Municipal no exigió al contratista la afiliación de los trabajadores al Sistema de Seguridad Social en Salud, pensión y riesgos profesionales, máxime cuando se trataba de una actividad peligrosa, y tampoco verificó las condiciones en que trabajaban los obreros, faltando al deber de cuidado y configurándose la culpa de la entidad.

Remitidas las diligencias al Juzgado Promiscuo del Circuito de Guapi – Cauca¹, se admitió la demanda mediante auto del 30 de septiembre de 2011; proveído notificado por aviso a LENNY HADER MOLINA CABEZAS y la ALCALDÍA MUNICIPAL DE TIMBIQUÍ – CAUCA, dando respuesta ésta última al escrito de demanda (folios 159 a 164). Posteriormente, mediante auto del 16 de febrero de 2016², el Despacho declaró la nulidad de todo lo actuado desde el 10 de septiembre de 2014, y en consecuencia, designó curador ad-litem al demandado LENNY HADER CABEZAS MOLINA, procediendo el curador a contestar la demanda³.

¹ Por remisión que hiciera el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Popayán, mediante auto del 7 de junio de 2011 (folios 115 a 116)

² Folios 533 a 538

³ Folios 542 a 544

Trabada la relación jurídica procesal, el 29 de noviembre de 2016⁴ se llevó a cabo la audiencia de conciliación, decisión de excepciones previas, fijación del litigio, y se resuelve sobre el decreto de pruebas. Finalmente, el 27 de julio de 2017⁵ se realizó la audiencia de instrucción y juzgamiento, en la que se profirió sentencia, resolviendo el funcionario de primer grado, negar las pretensiones de la demanda. Decisión, contra la que interpuso recurso de apelación la parte demandante.

En este orden de ideas, persiguiéndose la indemnización de perjuicios a cargo del MUNICIPIO DE TIMBIQUI – CAUCA, y su contratista LENNY HADER MOLINA CABEZAS, en virtud del contrato de obra pública No. 062 del 18 de junio de 2008, celebrado bajo la figura de urgencia manifiesta, con el objeto de llevar a cabo la “reparación y adecuación de la escuela rural mixta el charco en el Municipio de Timbiquí” (folios 8 a 11), estima esta Magistratura, que **la competente para conocer del presente asunto, es la jurisdicción contencioso administrativo**. Lo anterior, siguiendo los lineamientos del artículo 82 del Código Contencioso Administrativo (vigente para la época en que se instauró la demanda – 12 de enero de 2011), conforme al cual, “*La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas...*”, en concordancia con el artículo 104 del CPACA, que asigna a la jurisdicción de lo contencioso administrativo el conocimiento 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*”, concretamente, de procesos “*relativos a la responsabilidad extracontractual de cualquier entidad pública, cualquiera será el régimen aplicable*”. Aunado, que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha precisado que en virtud del factor de conexidad, corresponde a la jurisdicción administrativa el conocimiento del proceso aun cuando uno de los demandados sea una persona natural, como pasa a verse:

“2. El factor de conexión como criterio determinante de la competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para conocer del proceso cuando uno de los demandados es una persona natural o jurídica de derecho privado.

La jurisprudencia de esta Corporación ha definido la competencia como la facultad que le asiste a un juez para ejercer, por autoridad de la ley y en determinado asunto, la jurisdicción que corresponde a la República o como la medida que se distribuye la jurisdicción entre las distintas autoridades que la integran y cuya determinación atiende a factores universales que garantizan que el asunto debatido será conocido por el juez más cercano a quienes aspiran a obtener un pronunciamiento de la Rama Judicial del Poder Público .

⁴ Folios 554 a 556, cuaderno No. 3

⁵ Folios 689 a 690, cuaderno No. 3

Tales factores guardan relación con la naturaleza del proceso y la cuantía de la pretensión –objetivo–; la calidad de las personas que han de ser partes dentro de la litis –subjeto–; la distribución de los asuntos entre las diferentes jerarquías de funcionarios dentro de la jurisdicción, como corolario del principio de la doble instancia –funcional–; el reparto de los negocios según el lugar geográfico dentro del cual el juez o tribunal tiene atribuida la *iuris dictio* –territorial– o la acumulación de una pretensión a otra, cuando entre ellas existe conexión y un juez que en principio carece de competencia para conocer alguna de las acumuladas puede asumir la obligación de decidir todas por ser legalmente competente para resolver una de las reclamaciones formuladas –conexión–.

De manera más prolija, en relación con este asunto, ha dicho esta Corporación:

“El factor de conexión, que es aquél que centra la atención de la Sala en el presente asunto, implica que cuando se demanda a una entidad pública en relación con la cual el competente para conocer de los juicios en que deba dilucidarse su responsabilidad es el juez administrativo, en conjunto con otra u otras entidades o incluso con particulares, respecto de quienes la competencia para el conocimiento de los pleitos en los que se encuentren implicados en principio corresponde a otra jurisdicción, por aplicación del “factor de conexión”, el juez de lo contencioso administrativo adquiere competencia para conocer del asunto en relación con todos ellos.

La Sala se ha ocupado ya de explicar la justificación de la existencia del mencionado factor de conexión, en los siguientes términos:

(...)

Un buen ejemplo de aplicación del factor de conexión en la jurisdicción contenciosa administrativa es el llamado fuero de atracción. En virtud de dicha figura, al demandarse de forma concurrente a una entidad estatal, cuyo conocimiento corresponde a esa jurisdicción y a otra entidad, en un caso en el que la competencia corresponde a la jurisdicción ordinaria, el proceso debe adelantarse ante la primera, la cual tiene competencia, entonces, para fallar acerca de la responsabilidad de las dos demandadas .

(...)

Ahora bien, la Sala, en cuanto al mencionado factor de conexidad en materia de competencia y, por ende, frente al denominado fuero de atracción, ha precisado:

“Sin embargo, en relación con el factor de conexión el cual, como se advierte, es el que da lugar a la aplicación del denominado “fuero de atracción” la Sala estima oportuno destacar que su operatividad resulta procedente siempre y cuando desde la formulación de las pretensiones y la presentación del soporte probatorio de las mismas en el libelo contentivo de la demanda, pueda inferirse que existe una probabilidad mínimamente seria de que la entidad o entidades públicas demandadas, por cuya implicación en la litis resultaría competente el juez administrativo, sean efectivamente condenadas. Tal circunstancia es la que posibilita al mencionado juez administrativo adquirir y mantener la competencia para fallar el asunto en lo relativo a las pretensiones enderezadas contra aquellos sujetos no sometidos a su jurisdicción fuero de atracción, incluso en el evento de resultar absueltas, por ejemplo, las personas de derecho público, igualmente demandadas, cuya vinculación a la litis determina que es la jurisdicción de lo contencioso administrativo la llamada a conocer del pleito, atendidos los otros cuatro factores atributivos de competencia recién referidos”⁶.

También, la jurisprudencia del Consejo de Estado, se refirió a la responsabilidad del Estado por los daños cometidos por sus contratistas, en los siguientes términos:

⁶ Consejo de Estado - Sección Tercera - Subsección A, Radicación No.: 76001-23-31-000-1997-25332-01(24783) del 30 de enero de 2013.

“De otro lado, como bien lo puso de presente el a quo, en tratándose de la posibilidad de imputar a la administración pública el daño causado por sus contratistas esta Sección ha señalado:

De tiempo atrás la jurisprudencia de la Sala ha venido reiterando la posibilidad de imputar a las entidades estatales el daño causado por el hecho de sus contratistas, en el entendido de que la actividad realizada por éstos en ejecución de convenio celebrado con una entidad pública, debe ser analizada como si hubiere sido desplegada directamente por ésta a efectos de establecer si debe deducirse responsabilidad extracontractual al Estado.

“En tal sentido, ya desde la sentencia proferida el 9 de octubre de 1985, esta Corporación expresó: “«Fueron unánimes tanto la doctrina extranjera como la nacional, así como la jurisprudencia, en sostener **que el trabajo no dejaba de ser público por el hecho de que lo ejecutara un contratista particular a nombre de la entidad pública.** En sentencia de 20 de marzo de 1956, esta Corporación destacó entre los elementos tipificantes de esos trabajos públicos que éstos fueran efectuados por cuenta del Estado, "ya directa o indirectamente" y que el trabajo tuviera una finalidad de interés público o social.

“No tendría sentido alguno la afirmación de que cuando esa indemnización se refiera a daños en la propiedad inmueble o a su ocupación transitoria, la persona responsable pueda ser la entidad pública así haya ejecutado directamente el trabajo o a través de un contratista suyo, pero cuando la lesión recaiga en otros derechos de mayor significación (la vida o la integridad personal, por ejemplo) sólo responde por lo que haga directamente. Lo planteado carecería de significación ética. Además, donde existe la misma razón debe existir similar disposición, según enseña una regla de interpretación racional.

“Cuando la administración contrata la ejecución de una obra pública es como si la ejecutara directamente. Es ella la dueña de la obra; su pago afecta siempre el patrimonio estatal y su realización obedece siempre a razones de servicio y de interés general. El hecho de que no la ejecute con personal vinculado a su servicio obedece, la más de las veces, a insuficiencia o incapacidad técnica de su propio personal o a falta de equipo adecuado. Por tal razón la administración, sin que por eso pierda la actividad el carácter de público, debe acudir a la colaboración de los particulares para el cumplimiento de ciertos cometidos de servicio. La colaboración en el caso de obra pública no vuelve privada esa actividad, como no le quita el carácter de público al trabajo así ejecutado. Esa colaboración por participación cuando es voluntaria, caso del contratante de la administración cuya actividad tienda a la prestación o ejecución de un servicio público, hace a este particular partícipe ocasional de la función pública no en calidad de agente o funcionario sino como un órgano más de la gestión estatal.

“En otros términos: El contratista de una obra pública no se vuelve agente de la administración ni funcionario suyo; es ella misma la que actúa. Hay aquí una ficción de orden legal.

Ni siquiera puede hablarse que la entidad contratante responda en forma indirecta por el hecho del contratista. No, la responsabilidad es simplemente directa, así como lo es la responsabilidad estatal por el hecho de un funcionario o empleado público. No puede olvidarse que no obstante que todo comportamiento o conducta estatal es obra de un servidor público, en principio, el Estado es el responsable de las consecuencias dañosas de ese comportamiento. Responsabilidad que en todos los casos es directa, no indirecta, a pesar de que el perjuicio se haya producido por la actuación de una persona vinculada a la administración, la que no es propiamente un mandatario o representante del Estado, sino órgano suyo, integrante en esta calidad de la estructura misma del ente estatal. Por tal motivo la conducta o actuación de dicha persona es la conducta o actuación del Estado mismo. De allí que sostenga la doctrina que sería un contrasentido hablar de responsabilidad indirecta, pues los servidores públicos no son terceros respecto del Estado, sino partes del mismo, ejecutores de la actividad estatal, la que

no se concibe sino a través de las acciones u omisiones de las personas vinculadas a su servicio.

“Es frecuente observar que en los contratos de obra pública se pacte que el contratista será el responsable de los daños a terceros; pero esto no quiere decir que la administración no responda frente a éstos» (subrayas fuera del texto original).

“En consecuencia, en nada se modifica el régimen de responsabilidad aplicable en el sub lite por la circunstancia de que la obra pública en cuestión estuviere siendo realizada por contratistas y subcontratistas del municipio de Cali y no por servidores públicos ligados con éste a través de un vínculo legal y reglamentario o contractual laboral. Al ser la “construcción de sub base, base y obras complementarias para la pavimentación de la avenida circunvalar La Paz”, en uno de sus tramos, un objeto contractual pactado por el Municipio de Cali por encontrarse dentro de sus funciones y obligaciones como entidad pública, para beneficio de la colectividad y en aras de la satisfacción del interés general, el hecho de que esa tarea fuera acometida por particulares y no directamente por servidores incluidos en la planta de personal de la Entidad, no deja de hacer responsable al Estado por los daños antijurídicos que se causen a raíz de la ejecución de las obras públicas en dichas condiciones materializadas.”...”⁷

Ahora, si bien el Código de Procedimiento Civil, en su artículo 144 inciso final, establecía que *“no podrán sanearse las nulidades de que tratan las nulidades 3 y 4 del artículo 140, [salvo el evento previsto en el numeral 6 anterior], ni la proveniente de falta de jurisdicción o de competencia funcional”*, lo cierto, es que el artículo 136 del Código General del Proceso no prevé la *“falta de jurisdicción”* ni la *“falta de competencia”* como causal de nulidad insaneable, pero en todo caso, el artículo 16 ibídem., faculta al funcionario de conocimiento para declarar a petición de parte o de oficio, la falta de jurisdicción o la falta de competencia por los factores subjetivo y funcional. En este sentido, la norma en comento, señala: *La jurisdicción y la competencia por los factores subjetivo y funcional son improrrogables. Cuando se declare, de oficio o a petición de parte, la falta de jurisdicción o la falta de competencia por los factores subjetivo o funcional, lo actuado conservará validez, salvo la sentencia que se hubiere proferido que será*

⁷ Consejo de Estado – Sección Tercera - Subsección C, Radicación No. 23001-23-31-000-2004-00878-01(38382), del 7 de febrero de 2010. En el mismo sentido, ver sentencia Radicado 76001-23-31-000-1995-02796-01 del 7 de junio de 2007 – Consejo de Estado - Sección Tercera, y Radicado No. 66001-23-31-000-1995-03079 (16344), sentencia del 16 de julio de 2008 – Consejo de Estado – Sección Tercera, M.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez, en la que expresó: *“En cuanto atañe a la responsabilidad de la administración por la ejecución de una obra pública, resulta oportuno recordar los criterios que la jurisprudencia de esta Sección ha elaborado y reiterado recientemente sobre el particular, a saber: “...cuando la administración contrata a un tercero para la ejecución de una obra pública, la jurisprudencia tiene determinado-desde 1985-que los eventos relacionados con daños a terceros con ocasión de la ejecución de obras públicas con el concurso de contratistas, comprometen la responsabilidad de la Administración Pública, porque : i) es tanto como si la misma Administración la ejecutara directamente, ii) la Administración es siempre la dueña o titular de la obra pública, iii) la realización de las obras siempre obedece a razones de servicio y de interés general, iv) No son oponibles a terceros los pactos de indemnidad que celebre con el contratista, esto es, exonerarse de responsabilidad extracontractual frente a esos terceros, en tanto la Administración debe responder si el servicio no funcionó, funcionó mal”*. También se puede consultar la sentencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, el 28 de noviembre de 2002, Expediente No. 14.397, reiterada en sentencia 15059 proferida el 9 de julio de 2005.

nula, y el proceso se enviará de inmediato al juez competente. Lo actuado con posterioridad a la declaratoria de falta de jurisdicción o de competencia será nulo”.

En el mismo sentido, el artículo 138 ib., prevé: *“Cuando se declare la falta de jurisdicción, o la falta de competencia por el factor funcional o subjetivo, lo actuado conservará su validez y el proceso se enviará de inmediato al juez competente; pero si se hubiere dictado sentencia, esta se invalidará”.*

En relación con este preciso punto, se pronunció el Tratadista Hernán Fabio López Blanco, al manifestar que *“si por ejemplo, se tramitó ante la justicia civil un proceso verbal y al ir a proferir la sentencia de primera instancia el juez estima que la competencia le corresponde a la justicia contencioso administrativa, debe declarar la existencia de la nulidad por falta de jurisdicción, pero en vez de declarar nulo todo lo actuado, ordena la remisión del proceso al competente, quien si está de acuerdo asume el conocimiento en el estado en que se encuentre y llegado el momento procede a dictar el fallo que corresponda...”*⁸. Así mismo, el Tratadista Miguel Enrique Rojas Gómez, precisó:

“... recuérdese que la jurisdicción es improrrogable, lo mismo que la competencia por el factor subjetivo y por el factor funcional (CGP, art. 16), lo que significa que aunque el juez adelante el proceso sin advertir la irregularidad y las partes tampoco la aleguen oportunamente, aquel no adquiere competencia y no podrá pronunciar válidamente la respectiva sentencia. De modo que en tales hipótesis, cuando se observe la incompetencia del juez debe remitir el asunto al que corresponda para que continúe con el trámite y emita la sentencia.

*Así por ejemplo, si el juez civil del circuito adelanta un proceso de reparación de perjuicios en contra de una entidad estatal sin objeción alguna por su incompetencia (falta de jurisdicción), en el momento en el que se detecte la irregularidad debe ser remitido el proceso al juez de lo contencioso administrativo para que prosiga el trámite y emita la sentencia; y si la sentencia ya ha sido pronunciada tendrá que ser anulada”*⁹.

Sin más consideraciones, estima esta Magistratura, que ante la falta de jurisdicción, y por consiguiente, la falta de competencia para conocer del presente asunto, cuyo conocimiento corresponde a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, se procederá a decretar la nulidad de la sentencia proferida el 27 de julio de 2017 por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Guapi – Cauca, y demás actuaciones derivadas de la misma, emitidas por ese Despacho Judicial, para en su lugar, ordenar remitir el expediente al funcionario competente para conocer del asunto. Lo anterior, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso 1º del

⁸ LÓPEZ Blanco, Hernán Fabio, “Código General del Proceso Parte General”, Editorial Dupré, Bogotá 2019, pág. 939

⁹ ROJAS Gómez, Miguel Enrique, “Lecciones de Derecho Procesal – Tomo 2”, Esaju, 2017, pág. 606

artículo 138 del C. G. del Proceso, en el sentido, que lo actuado conservará su validez¹⁰.

Recuérdese, que la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil, de manera reiterada, ha indicado que: “...una interpretación lógica y sistemática de las reglas incorporadas en los preceptos 142 y 143 del Código de Procedimiento Civil (hoy, 134 y 135 del C.G.P.), lleva a determinar que cuando se decreta una nulidad, lo procedente es renovar exclusivamente la actuación viciada,...”¹¹.

De igual manera, se tendrán por no surtidas las actuaciones adelantadas ante la Corporación, con ocasión de la nulidad en comento.

DECISION:

Por lo expuesto, la suscrita Magistrada Sustanciadora de la Sala de Decisión Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán,

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar la nulidad de la sentencia proferida el 27 de julio de 2017 por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Guapi – Cauca, y demás actuaciones que dependan de la misma, proferidas por ese Despacho Judicial, por la razón indicada en la parte motiva.

Así mismo, téngase por no surtidas las actuaciones adelantadas por la Corporación desde el 23 de agosto de 2017, inclusive, en virtud de la nulidad anteriormente declarada.

SEGUNDO: En consecuencia, remítase el expediente a la Oficina Judicial, para que sea repartido entre los Honorables Magistrados del Tribunal Contencioso Administrativo del Cauca, siendo éste último el competente para conocer del asunto de la referencia Lo anterior, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso 1º del artículo 138 del C. G. del Proceso, en el sentido, que lo actuado conservará su validez.

TERCERO: Remítase por Secretaría el expediente a la Oficina Judicial, para lo pertinente.

¹⁰ Advirtiéndose en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 612 del CGP, no se ha dispuesto la vinculación de la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURIDICA DEL ESTADO.

¹¹ CSJ SC, 4 jul. 2012, rad. 2010-00904-00

Notifíquese y cúmplase,

A handwritten signature in black ink on a light-colored background. The signature is stylized and appears to read 'Doris Yolanda Rodríguez Chacón'. There is a small circular stamp or mark to the left of the signature.

DORIS YOLANDA RODRIGUEZ CHACÓN
Magistrada