

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCION C
CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá D.C., doce (12) de noviembre de dos mil catorce (2014).

Radicación: 520012331000-1999-0052001 (27.646)
Actor: JOSE BERNARDO MADROÑERO
Demandado: COOMNARIÑO LTDA y MUNICIPIO DE ARBOLEDA
Proceso: Acción contractual
Asunto: Recurso de apelación

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 19 de marzo de 2004 proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño mediante la cual se declaran probadas las excepciones de indebida escogencia de la acción e indebida acumulación de pretensiones.

I. ANTECEDENTES

1. Lo pretendido

El 20 de mayo de 1999¹, **JOSE BERNARDO MADROÑERO** solicitó que se declarara el incumplimiento del contrato No. 0010-CO-96 de junio 24 de 1996 que suscribió con COOMNARIÑO para la construcción de los acueductos de las veredas Arrayanes y Loma Larga Tausa; del contrato adicional de abril 22 de 1997 suscrito con el Municipio de Arboledas para el suministro de los materiales faltantes para la construcción del acueducto objeto del primer contrato; y del contrato No. 0031-CO-96 de agosto 30 de

¹ Folios 2 a 11 del c. No. 1.

1996 suscrito con COOMNARIÑO para la construcción del alcantarillado de Rosafloresta zona sur.

Solicitó, como consecuencia de las anteriores declaraciones, que se condenara a los accionados al pago de los perjuicios que le causaron estos incumplimientos, junto con los intereses y la respectiva actualización.

En subsidio de estas pretensiones pidió que se declarara que las entidades demandadas se enriquecieron injustamente a expensas del patrimonio del demandante, pues no le cancelaron el valor de las actas de liquidación final de los contratos para la construcción del señalado acueducto y alcantarillado ni le restituyeron los gastos realizados para la ejecución de las obras.

Como consecuencia de la anterior pretensión subsidiaria solicitó que se condenara a los accionados al pago de las sumas que cada una de ellas resulte deberle, con la debida actualización monetaria e intereses.

Estimó la cuantía en la suma de \$44.867.203.

2. Los hechos en que se fundamentan las pretensiones

La Administración Cooperativa de Municipalidades –COOMNARIÑO- y el Municipio de Arboleda celebraron los contratos interadministrativos No. 0013-CL-96 de mayo 28 de 1996 y el 0035-CL-96 de junio 25 de 1996 por medio de los cuales COOMNARIÑO se obligó a construir a favor del Municipio de Arboleda los acueductos de las veredas Arrayanes y Loma Larga Tauso, así como el alcantarillado de la vereda Rosafloresta zona sur.

En la cláusula quinta de ambos contratos interadministrativos el Municipio de Arboleda autoriza a COOMNARIÑO a subcontratar la ejecución del objeto contractual.

El Demandante y COOMNARIÑO celebraron el contrato No. 0010-CO-96 del 24 de junio de 1996, cuyo objeto es la construcción del acueducto de las veredas Arrayanes y Loma Larga Tauso del Municipio de Arboleda y su valor fue pactado en \$24.000.000.

El Demandante y COOMNARIÑO celebraron el contrato No. 0031-CO-96 de agosto 30 de 1996, cuyo objeto es la construcción del alcantarillado de Rosafloresta zona sur del Municipio de Arboleda y su valor fue fijado en \$32.155.000.

El Demandante y el Municipio de Arboleda celebraron un contrato adicional el 22 de abril de 1997 por medio del cual el primero se obligó a suministrar los materiales faltantes para culminar las obras de acueducto y alcantarillado en jurisdicción del Municipio de Arboleda por un valor de \$4.848.576.

El 12 de diciembre de 1997, las partes suscribieron el acta de liquidación de los contratos No. 0010-CO-96 y 0031-CO-96 para la construcción de las obras de acueducto y de alcantarillado, de donde resultó un saldo a favor del Demandante por los valores de \$3.947.438, \$7.756.595 y \$2.926.641.

El incumplimiento en el pago de éstos valores ha ocasionado perjuicios materiales al Demandante, así como un detrimento patrimonial que es correlativo al enriquecimiento de los demandados.

3. El trámite procesal

Admitida que fue la demanda y noticiados los demandados del auto admisorio, el asunto se fijó en lista y los accionados le dieron respuesta oponiéndose a las pretensiones formuladas.

Después de decretar y practicar pruebas y de resultar fracasada un audiencia de conciliación, se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para que alegaran de conclusión, oportunidad que fue aprovechada por la parte demandada y por el Ministerio Público.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

En sentencia del 19 de marzo de 2004 el Tribunal Administrativo de Nariño declaró probadas las excepciones de indebida escogencia de la acción e indebida acumulación de pretensiones.

Para tomar esta decisión el Tribunal expuso las siguientes razones:

El sentenciador de primera instancia señala que el actor equivocadamente escogió la acción de controversias contractuales para exigir el pago de una obligación que de manera clara, expresa y exigible constaba a su favor y a cargo del Municipio de Arboleda, sin tener en cuenta que éste es el objeto de la acción ejecutiva.

Sostiene el Tribunal que la indebida escogencia de la acción es un defecto de carácter sustancial que conlleva el rechazo de plano de la demanda y que sólo en caso de existir duda acerca de la procedencia de la acción, el juez queda obligado a admitir la demanda en orden a garantizar el derecho al acceso a la administración de justicia.

De otro lado, el Tribunal sostiene que el actor incurrió en una indebida acumulación de pretensiones porque en los términos de lo dispuesto por el artículo 82 del Código de Procedimiento Civil, aplicable a esta jurisdicción por vía del artículo 267 del Código Contencioso Administrativo, el demandado podrá acumular en una misma demanda diferentes pretensiones siempre que éstas se dirijan contra un mismo demandado.

Pero en el presente caso mientras unas de las pretensiones se dirigen en contra de COOMNARIÑO en su calidad de parte en los contratos No. 0010-CO-96 y 0031-CO-96, las otras persiguen que el Municipio de Arboleda indemnice los perjuicios derivados del contrato adicional del 22 de abril de 1997.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

Contra lo así resuelto la parte demandante interpuso el recurso de apelación por estimar que la escogencia de la acción es una facultad discrecional del actor y que, aunque se aparta de la posición del Tribunal según la cual la indebida escogencia de la acción es un defecto sustancial que implica el rechazo de la demanda, si a juicio del juez la acción escogida por el actor no fue la debida su deber era inadmitirla o rechazarla pero no esperar hasta que se emitiera el fallo de primera instancia.

Sostiene el recurrente que José Bernardo Madroñero interpuso la acción de controversias contractuales en lugar de la acción ejecutiva en razón a que su pretensión se dirigía a obtener la indemnización integral de los perjuicios ocasionados por el Municipio de Arboleda y COOMNARIÑO que no a ejecutar la suma de dinero que de manera clara, expresa y exigible consta a su favor en el acta de liquidación.

De otro lado el apelante sostiene que el actor acumuló las pretensiones de la demanda de acuerdo con lo establecido en el artículo 82 del Código de Procedimiento Civil, pues el Tribunal es competente para conocer de todas ellas, se resuelven bajo el mismo procedimiento, no se excluyen entre sí y finalmente porque, aunque son dos las entidades demandadas, cada una responde individualmente por lo que resulte a deber según las pruebas del proceso.

Por último el recurrente señala que la pretensión subsidiaria relativa a la declaratoria del enriquecimiento injusto de las entidades estatales no fue resuelta por el Tribunal.

IV. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público guardó silencio en este asunto.

No advirtiéndose causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado se procede a desatar la alzada previas las siguientes

V. CONSIDERACIONES

1. El derecho subjetivo de acción es una de las manifestaciones del derecho fundamental de petición toda vez que aquel *“constituye la forma específica de presentar peticiones para que sean resueltas por el Estado, a través de la rama jurisdiccional, mediante un proceso.”*²

Ahora, si bien el de acción es el derecho de presentar peticiones para que sean resueltas mediante un proceso por quien tiene poder jurisdiccional, la petición concreta que se formula en ejercicio de ese derecho se denomina pretensión y es el petente quien determina su contenido.

Habida cuenta de su contenido, la pretensión puede estar dirigida a obtener la declaración de certeza sobre la existencia de una relación jurídica (pretensión declarativa), a constituir, modificar o extinguir una determinada relación jurídica (pretensión constitutiva), a que se imponga a una determinada persona el deber de satisfacer una prestación (pretensión de condena), o a que se constriña u obligue a una

² H. F. LOPEZ BLANCO. *Procedimiento Civil*. t. 1, Bogotá, Dupré Editores, 2009, p. 271.

persona a que satisfaga una prestación que ya es cierta e indiscutible (pretensión ejecutiva).

Pero también, habida cuenta de ese mismo contenido, el ordenamiento jurídico indica un cauce procesal para aducir, rituar y debatir la respectiva pretensión y es así como, por ejemplo, si las pretensiones consisten en pedir la declaratoria de incumplimiento de un contrato estatal (pretensión declarativa) y que se condene al demandado al pago de una indemnización por su incumplimiento (pretensión de condena), el Código Contencioso Administrativo prevé que ellas deben aducirse mediante la que allí se denomina “*acción contractual*.”³

Por consiguiente, si se introducen pretensiones como las que se mencionan precedentemente en el ejemplo, es claro que se trata de pretensiones declarativas y de condena y por ende resulta alejado de la concreta realidad procesal sostener que el asunto no se resuelve en el fondo porque a juicio del juzgador ha debido utilizarse la ruta de la ejecución.

Con otras palabras, siendo precisas y claras las pretensiones en el sentido de pedir la declaratoria de incumplimiento de un contrato estatal y las consecuenciales condenas indemnizatorias, mal puede entenderse que es otra cosa la que se está pidiendo para de ahí derivar que ha debido ejercerse una “*acción*” contenciosa administrativa diferente y concluir en una sentencia que nada decide.

³ Artículo 87 en la redacción que tenía por la época en que supuestamente se celebró el contrato (1996): “*Cualquiera de las partes de un contrato administrativo o privado con cláusula de caducidad podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenaciones o restituciones consecuenciales; que se declare su incumplimiento y que se condene al contratante responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas...*”

2. El artículo 145 del Código Contencioso Administrativo preveía que en todos los procesos contencioso administrativos resultaba procedente la acumulación de pretensiones en la forma establecida en el Código de Procedimiento Civil.

Por su parte el artículo 82 del Código de Procedimiento Civil, amén de exigir de manera general para la acumulación de pretensiones que el juez fuera competente para conocer de todas ellas, que no se excluyeran entre sí, a menos que las unas se propusieran como principales y las otras como subsidiarias, y que todas pudieran tramitarse por el mismo procedimiento, en lo tocante a la posibilidad de acumular pretensiones de varios demandantes o contra varios demandados la condicionaba a que provinieran de la misma causa, o que versaran sobre el mismo objeto, o que se hallaren en relación de dependencia, o que debieran servirse de unas mismas pruebas.

Remata el artículo 82 citado señalando que, entre otra, la indebida acumulación de pretensiones de varios demandantes o contra varios demandados se entiende subsanada si no se propone la correspondiente excepción y siempre y cuando se cumplan los tres requisitos generales que se mencionaron al comienzo del párrafo anterior.

2.1. Una indebida acumulación de pretensiones sólo da lugar a que el juzgador no pueda pronunciarse sobre ninguna cuando ellas se excluyen entre sí o cuando no se está en presencia de alguno de los casos en que pueden acumularse la de varios demandantes o contra varios demandados.

En efecto, en estos eventos el juez no podría desacumular las que se excluyen entre sí para decidir sobre las que él a bien tenga, como tampoco podría escoger a su arbitrio a alguno de los demandantes o a alguno de los demandados, según sea el caso de la acumulación subjetiva, para resolver la causa frente a cualquiera de estos y no frente a los demás, puesto que si así lo hiciera estaría fungiendo como parte ya que promover y precisar las pretensiones, así como la determinación de la persona contra quien se

dirigen, es del resorte exclusivo del demandante toda vez que este es quien se dice titular del derecho sustancial que persigue que se le satisfaga mediante el correspondiente proceso y señala a la persona que se lo debe satisfacer.

3. En el asunto que aquí se revisa por la vía de la apelación **JOSÉ BERNARDO MADROÑERO** pretende, en primer lugar, que se declare que la **ADMINISTRACIÓN COOPERATIVA DE MUNICIPIOS DE NARIÑO** incumplió los contratos números 0010CO-96 y 0031CO-96, celebrados entre ellos el 24 de junio y el 30 de agosto de 1996, respectivamente, y que por consiguiente se condene al demandado a indemnizar los perjuicios causados con el incumplimiento.

En segundo lugar pretende que se declare que el **MUNICIPIO DE ARBOLEDA** incumplió el contrato que entre ellos se celebró el 22 de abril de 1997 y que en consecuencia se condene al demandado a la correspondiente indemnización de perjuicios.

En subsidio pretende que se declare que los dos demandados antes mencionados se enriquecieron sin justa causa en razón del no pago de los valores de los sendos objetos contractuales.

Nótese entonces que el demandante ha acumulado en su demanda pretensiones contra dos demandados con fundamento en los contratos que celebró con cada uno de ellos, o, lo que es lo mismo, ha reallizado una acumulación subjetiva de pretensiones.

Esta clase de acumulación de pretensiones, como ya se dijo, exige para su procedencia que provengan de la misma causa, o que versen sobre el mismo objeto, o que se hallen en relación de dependencia, o que deban servirse de unas mismas pruebas.

Pues bien, de manera inmediata se evidencia la indebida acumulación de pretensiones porque estas tienen una causa diferente como lo es cada vínculo contractual que

separada y singularmente ata a cada uno de los demandados con el demandante, circunstancia ésta que determina además que no versen sobre el mismo objeto pues cada pretensión versa sobre las prestaciones o consecuencias del respectivo vínculo contractual y por ende sólo atinentes al correspondiente contratante demandado.

Tampoco puede decirse que las varias pretensiones estén en relación de dependencia, es decir que la formulación de algunas de ellas frente a uno de los demandados requiera ineludible y consecuentemente la formulación de las otras frente al otro demandado, ausencia de dependencia que se corrobora con solo advertir que habían podido ser propuestas, cómo ha debido hacerse, en procesos separados.

Finalmente, las varias pretensiones aquí acumuladas contra los varios demandados no deben servirse de las mismas pruebas porque siendo el contrato estatal un negocio jurídico solemne, la única prueba admisible es el escrito que lo contiene y sólo éste, razón por la cual el documento en el que está contenido uno de los contratos no le sirve de prueba al otro en orden a comprobar su celebración, las obligaciones derivadas de él, el cumplimiento o incumplimiento de ellas, etc.

Y esta indebida acumulación no se subsanó porque el Municipio de Arboleda propuso ésta excepción tal como puede verse al folio 56 del cuaderno No. 1.

Habiendo una indebida acumulación subjetiva de pretensiones no puede el juzgador escoger un demandado para resolver las que se han esgrimido frente a él, prescindiendo del otro y de las correlativas pretensiones, pues estaría asumiendo un rol que está reservado exclusivamente a la parte demandante.

En estas circunstancias no queda otro camino que la inhibición ya que al no poder el sentenciador hacer escogencia alguna, no puede resolver de fondo ninguna de ellas.

Ahora, lo que también está claro es que la indebida escogencia de la acción no resulta próspera porque lo cierto es que el demandante pretende que se declare el incumplimiento de unos contratos y las condenas consecuenciales a indemnizar perjuicios, lo que indudablemente constituyen pretensiones declarativas y de condena, y si el demandante, a pesar de tener cierto su derecho pues tiene título ejecutivo, decide llevarlo innecesariamente (quizas para eludir, aunque en vano, las consecuencias de las liquidaciones por mutuo acuerdo que, sin salvedades u objeciones, hizo de los contratos) a la incertidumbre del proceso declarativo, es asunto del cuál él asume los riesgos, pero estas cuestiones como ya tocan el fondo del asunto litigioso aquí no pueden ser resueltas.

En conclusión, sólo está llamada a prosperar la excepción de indebida acumulación subjetiva de pretensiones más no la de indebida escogencia de la acción y como quiera que el *a quo* declaró la prosperidad de ambas, la sentencia apelada sera reformada para encontrar próspera solamente a aquella y consecencialmente inhibirse de decidir de fondo.

En mérito de lo expuesto la Subsección C de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre la de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REFORMAR la sentencia apelada la cual quedará así:

- 1. DECLARAR PROBADA** la excepción de indebida acumulación subjetiva de pretensiones.
- 2. INHIBIRSE** para decidir el fondo del asunto

SEGUNDO: Devolver el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

OLGA VALLE DE DE LA HOZ
Magistrada

ENRIQUE GIL BOTERO
Presidente

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Magistrado

FA