



Magistrado: LUIS NORBERTO CERMEÑO

Arauca, veintiuno (21) de julio de dos mil veinte (2020)

Radicado No. : 81 001 2339 000 2020 00133 00
Demandante : Construimos EV SAS
Demandado : Municipio de Arauca, Empresa de Servicios Públicos de Arauca-Emserpa ESP, Emaar S.A. ESP
Medio de Control : Ejecutivo
Providencia : Auto que remite a Juzgado Civil por competencia

1. Al efectuar la revisión del expediente, se encuentra que el proceso debe ser tramitado en un Juzgado Civil del Circuito de Arauca, por competencia.

1.1. En efecto, la Jurisdicción Contencioso Administrativa no está habilitada para conocer del proceso, por cuanto no se le asignó competencia para tramitar este tipo de ejecución.

No hay duda que se trata de un contrato civil, suscrito entre dos particulares (Emaar S.A. y Construimos EV SAS); además, en ninguna parte del texto contractual siquiera se invoca -Lo cual tampoco sería suficiente *per se*- a las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007 o alguno de sus decretos reglamentarios, y son sociedades anónimas sin participación del Estado en su capital o en su conformación o estructura. En otras palabras, no se trata ni de un contrato estatal, ni de una entidad pública o sociedad mixta, lo cual ratifica la falta de competencia por parte de esta Jurisdicción (Artículos 75, Ley 80 de 1993; 17, 39, Ley 142 de 1994; 15 CGP; 104.6 y parágrafo, 299, CPACA).

La demandante y sus apoderados ya saben que es así, toda vez que ellos mismos adjuntaron a la demanda del actual expediente, providencias de la Jurisdicción Ordinaria (Juzgado Civil del Circuito de Arauca y Tribunal Superior del Distrito Judicial de Arauca) ante la cual ya intentaron este mismo proceso ejecutivo (Se negó el mandamiento de pago al no encontrar constituido el título ejecutivo en forma plena) por el mismo contrato de obra civil (EA-010-2014) y similares documentos, y donde aparece en una de ellas, la del Juzgado Civil del Circuito de Arauca del 11 de diciembre de 2015, que registra "*I. Obedézcase y Cúmplase lo resuelto por el Consejo Superior de la Judicatura - Sala Jurisdiccional Disciplinaria en la providencia del 15 de octubre de 2015. (Cdnno de conflicto de diferentes jurisdicciones*", a través de la que en forma expresa y taxativa se le asignó la competencia a dicha Jurisdicción cuando se discutió entre el citado Juzgado y el Juzgado Segundo Administrativo de Arauca.

El Consejo Superior de la Judicatura - Sala Jurisdiccional Disciplinaria, en la providencia del 15 de octubre de 2015, rad. 11001010200020150300900, M. P. Angelino Lizcano Rivera, fue claro y puntual al determinar (Página de internet de la Rama Judicial):

"Ahora como la obligación que aquí se pretende ejecutar es la contenida en el contrato de obra civil No. EA 010-2014, suscrito entre La empresa CONSTRUIMOS EV S.A.S., y LA EMPRESA DE ASEO DE ARAUCA S.A. ESP (EMAAR), en primer lugar se debe mirar la calidad de las partes en conflicto de cara con los certificados de existencia y representación legal aportados al libelo; así las cosas se tiene que La empresa CONSTRUIMOS EV S.A.S., es una Sociedad por Acciones Simplificada y LA EMPRESA DE ASEO DE ARAUCA S.A. ESP (EMAAR), es una sociedad anónima de servicios públicos. (...)

En consecuencia no estamos ante la presencia de un contrato estatal, máxime cuando del mismo contrato aportado "CONTRATO DE OBRA CIVIL No. EA 010-201", en la cláusula Vigésima séptima se estipuló que las controversias originadas en virtud del mismo se solucionarían ante la Jurisdicción Ordinaria Civil, así: (...)

No existiendo duda que el conocimiento del presente asunto debe radicar en la Jurisdicción Ordinaria Civil, por cuanto lo que debe mirarse en el sub examine es el contrato como tal, el cual es naturaleza privada, pues en el mismo no se encuentran cláusulas exorbitantes a favor de la administración, que de suyo implicara prerrogativas propias de la Administración pública; amén de lo anterior el litigio de marras se asignará para su conocimiento al **JUZGADO CIVIL DEL CIRCUITO DE ARAUCA**".

1.2. No obstante y a pesar de existir ya una providencia judicial que obliga a su perentorio acatamiento sobre la competencia para decidir respecto de la ejecución puntual que aquí se persigue, en esta segunda demanda Construimos EV pretende que nuevamente se analice el caso en nuestra Jurisdicción, para lo que ahora incluye como demandadas al Municipio de Arauca y a Emserpa además de Emaar, e involucra como fundamento el tema del fuero de atracción.

Dicho argumento carece de respaldo fáctico y jurídico.

El fuero de atracción es la figura jurídica que permite demandar ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa a un particular -Que en principio escapa a su competencia- junto a entidades públicas por la relación de responsabilidad existente entre estas y aquél.

Sin embargo, para que proceda aplicar la figura jurídica del fuero de atracción, no basta la mera mención de entidades públicas como demandadas.

El Consejo de Estado en múltiples providencias, entre ellas, M. P. Marta Nubia Velásquez Rico, 25 de julio de 2019, 68001233100020070012801, 51687, establece que el fuero de atracción resulta procedente cuando desde la formulación de las pretensiones y su soporte probatorio, 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**, podrían ser condenadas. Tal circunstancia es la que posibilita adquirir y mantener la competencia para fallar el asunto en lo relativo a las pretensiones lanzadas contra aquellos sujetos no sometidos a su jurisdicción, incluso en el evento de resultar absueltas por ejemplo, las personas de derecho público también demandadas, cuya vinculación determina que es la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo la llamada a conocer del pleito.

Significa que es inexorable que el caso sea de la competencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Es decir, se debe conocer y decidir la disputa cuando

entre las demandadas haya entidades públicas y particulares, si y solo si, existe regla de competencia para avocar el conocimiento del asunto respecto de aquellas; sin interesar lo que al final en la sentencia se pueda resolver.

Y como ya se estableció en el acápite 1.1. de estas consideraciones, aquí se trata de la ejecución de obligaciones surgidas de un contrato civil, suscrito entre dos particulares (Emaar S.A. y Construimos EV SAS), frente a la cual nuestra Jurisdicción no tiene competencia, como también ya lo decidió el Consejo Superior de la Judicatura-Sala Jurisdiccional Disciplinaria.

De manera que en el objeto judicial de debate procesal que se propone contra varios sujetos de derecho, ninguno de los entes públicos demandados (Municipio de Arauca, Emserpa) debe ser vinculado por esta jurisdicción, como para que ésta asuma la competencia, pues el proceso no debe adelantarse ante los Despachos Contencioso Administrativos sino ante un Juez Civil, por lo cual no se adquiere competencia para definir sobre lo que se le reclama a todos los demandados.

Con lo anterior se ratifica la inexistencia de las exigencias mínimas para aplicar la figura jurídica del fuero de atracción en este proceso, y con ello no se tiene competencia para decidir frente a ninguna de las demandadas, incluida Emaar, independiente que las pretensiones se nieguen en favor de las entidades estatales, y de la misma sociedad de derecho privado, pues la decisión al respecto se adoptaría por el Juez competente.

1.3. Otra razón adicional para no asumir el conocimiento del caso por falta de competencia, y en su lugar, remitirlo al Despacho que corresponde, consiste en que se trata de un proceso ejecutivo, donde no se discuten derechos ni sobre responsabilidad. Aquí lo que persigue la demandante es ejecutar un derecho que considera ya tiene constituido a su favor en un título ejecutivo.

Y en esos documentos es Emaar S.A. la que estaría reconociendo ese derecho; y en ninguna parte aparece asumiéndolo ni el Municipio de Arauca ni Emserpa, con lo cual no han adquirido la calidad de deudores de la demandante. La sola mención en la demanda de haber suscrito Emserpa –No el Municipio de Arauca, que es una persona jurídica distinta e independiente de aquella- un contrato con Emaar, no le da ninguna condición de fiadora, o codeudora, como de manera elemental se descarta con el texto del contrato EA-010-2014 y del acta de liquidación, suscritos con Construimos EV.

El Consejo de Estado (M. P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, 14 de julio de 2016, rad. 85001-23-31-000-2002-00362-01, 35763) al distinguir entre la obligación solidaria o *in solidum* y la responsabilidad solidaria, dos fenómenos distintos, consagra:

“En efecto, la obligación solidaria es aquella en la que se puede hacer exigible el total de la deuda a cada uno de los deudores o por cada uno de los acreedores (artículo 1568 del C.C.). Se trata de una forma de asunción del vínculo jurídico donde las varias relaciones unitarias se miran y se tratan como si fueran una sola, entre las partes acreedora (solidaridad activa) y deudora (solidaridad pasiva), de modo que el objeto se torna artificialmente indivisible.

La solidaridad puede surgir de la convención¹, del testamento o de la ley y debe ser declarada expresamente por los obligados en los casos en que la ley guarda silencio. De allí que, en materia civil, la solidaridad no se presume (ibídem), contrario a lo que sucede en los negocios mercantiles, donde se presume la solidaridad pasiva, por virtud de lo dispuesto en el artículo 825 del Código de Comercio.

En cambio, la responsabilidad solidaria, llamada también solidaridad imperfecta², no surge de la declaración de la voluntad de las partes que se obligan a través de una convención o por virtud del testamento, es decir, no es la misma solidaridad de las obligaciones que establece el citado artículo 1568, sino que surge como resultado de la sentencia que así la declara (la responsabilidad) y tiene como propósito vincular a los coautores del daño resarcible en una relación artificialmente indivisible, con el fin de brindar una protección extraordinaria a la persona en favor de quien se produce la condena, ante el riesgo de insolvencia de alguno de los condenados que se erigen en deudores de aquélla, de modo que la responsabilidad solidaria surge por pasiva. Esta es la teleología que informa al artículo 2343 del Código Civil, norma que resulta aplicable en el contexto de la responsabilidad por daños en el ámbito extracontractual y contractual”.

De los documentos contractuales, dentro de ellos el Acta de liquidación, del negocio jurídico suscrito entre Emaar y Construimos EV, no surge una obligación solidaria para el Municipio ni para Emserpa, pues estas entidades no tuvieron participación alguna en la formación del vínculo jurídico en la relación entre aquellos cocontratantes, por lo cual no se puede predicar una solidaridad pasiva entre Emaar y las dos entidades estatales, como tampoco es dable asignarles una responsabilidad solidaria a algún título, con lo que no se configuraría una relación ni real ni artificial indivisible para la protección de la demandante.

Además, el Código General del Proceso (CGP), por expresa remisión del CPACA (art. 299), consagra lo que puede demandarse en vía ejecutiva, así: *“ARTÍCULO 422. TÍTULO EJECUTIVO. Pueden demandarse ejecutivamente las obligaciones expresas, claras y exigibles que consten en documentos que provengan del deudor o de su causante, y constituyan plena prueba contra él, o las que emanen de una sentencia de condena proferida por juez o tribunal de cualquier jurisdicción, o de otra providencia judicial, o de las providencias que en procesos de policía aprueben liquidación de costas o señalen honorarios de auxiliares de la justicia, y los demás documentos que señale la ley. La confesión hecha en el curso de un proceso no constituye título ejecutivo, pero sí la que conste en el interrogatorio previsto en el artículo 184.”*

Se reitera que en este caso y en contra del Municipio de Arauca y de Emserpa como elemento que pudiera permitir asumir la competencia de lo que se ejecuta, ningún documento proviene de ellos en calidad de deudor de Construimos EV, ni constituye plena prueba a su cargo, ni se trata de una sentencia de condena proferida por Juez o Tribunal de cualquier jurisdicción, ni de otra providencia judicial, o de proceso de policía que aprueben liquidación de costas o señalen honorarios de auxiliares de la Justicia, ni de los demás documentos que señale la Ley, ni es confesión hecha en interrogatorio.

¹ Entendida la convención como el acto jurídico bilateral que tiene por finalidad crear, modificar o extinguir obligaciones. La convención es el género y el contrato es la especie, en la medida en que el contrato solo crea obligaciones.

² HINESTROSA, Fernando: “Tratado de las Obligaciones”, ob. cit., pág. 358.

1.4. Si bien el caso ya fue estudiado por el competente, la Jurisdicción Ordinaria (Juzgado Civil del Circuito de Arauca y Tribunal Superior del Distrito Judicial de Arauca) que negó el mandamiento de pago, sería improcedente remitirle el expediente de nuevo.

Sin embargo y como quiera que no se conoce la totalidad del proceso que allí ya se adelantó (2015-00096), se ordenará que se le remita con inmediatez el expediente al Juzgado competente, para que determine lo que corresponde, conforme lo dispone el artículo 168 del CPACA: "*FALTA DE JURISDICCIÓN O DE COMPETENCIA. En caso de falta de jurisdicción o de competencia, mediante decisión motivada el Juez ordenará remitir el expediente al competente, en caso de que existiere, a la mayor brevedad posible. Para todos los efectos legales se tendrá en cuenta la presentación inicial hecha ante la corporación o juzgado que ordena la remisión*".

En consecuencia, se declarará la falta de competencia para conocer del presente asunto, como ya se expuso, y se ordenará remitir con inmediatez, del expediente al Juzgado Civil del Circuito de Arauca a través de la Oficina de Apoyo Judicial de Arauca (reparto).

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Arauca,

RESUELVE

PRIMERO. DECLARAR la falta de competencia del Tribunal Administrativo de Arauca para conocer del proceso de la referencia, y que su trámite le corresponde al Juzgado Civil del Circuito de Arauca.

SEGUNDO. ORDENAR que por Secretaría, se remita con inmediatez el expediente a la Oficina de Apoyo Judicial de Arauca, previo las anotaciones de rigor.

TERCERO. RECONOCER personería al abogado Arturo Ávila Leguizamón y a la abogada Carmen Teresa Díaz Gómez, para intervenir, en el marco fijado en el poder que se aportó al expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUIS NORBERTO CERMEÑO
Magistrado