

RAMA JUDICIAL



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ARAUCA

Arauca, Arauca, tres (03) de diciembre de dos mil quince (2015).

Expediente No: 81-001-3333-751-2014-0006-01
Medio de Control: Reparación Directa
Demandante: Pablo Ramón Parra Quenza
Demandado: Empresa Municipal de Servicios Públicos
EMSERPA ESP y Otro.
M. Ponente: Alejandro Londoño Jaramillo

ASUNTO

Mediante memorial visible a fl. 3130-31, la parte actora subsanó la demanda conforme al auto que la inadmitió, proferido el 31 de marzo de 2014 (fl. 26-28), pero además en ese mismo memorial, el actor incluyó como parte demandada también al municipio de Arauca, siendo finalmente admitido el medio de control por la *a quo* contra la Empresa Municipal de Servicios Públicos EMSERPA ESP y el ente territorial referido (fl. 36-40).

Posteriormente en audiencia inicial celebrada el 17 de septiembre del año en curso, el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación contra la decisión que declaró probadas las excepciones de falta de requisito de procedibilidad y caducidad del medio de control propuestas por el municipio de Arauca y en consecuencia lo desvinculó del proceso.

Se expone como fundamento en el recurso de alzada que las excepciones propuestas no tienen aplicación en este trámite por cuanto a partir de la ley 1437 de 2011, la acción es única e inescindible, en ese sentido el requisito de conciliación extrajudicial si se agotó en la presente asunto, cosa distinta es que no se hayan convocado a todas las partes que de alguna forma poseen alguna relación jurídico sustancial en cuanto a la responsabilidad.

Por lo anterior, indica que no puede decirse que por no haberse convocado al municipio de Arauca, no se agotó el requisito de procedibilidad, pues si se hizo.

También sostiene el demandante que no necesariamente tiene por qué saber cuáles personas naturales o jurídicas son las que tienen que ver con el evento dañoso y que además, el municipio debía atacar a través del recurso de reposición o apelación, el auto que admitió la demanda contra el ente territorial demandado.

Respecto de la excepción de caducidad, arguye que no tiene el carácter de previa sino de mérito y en tal sentido no podría resolverse en esta etapa del proceso.

Finalmente, del recurso de apelación incoado se le corrió traslado a las partes, sin que se haya hecho pronunciamiento alguno.

CONSIDERACIONES

En atención a que el apoderado de la parte actora cuestiona a través de su recurso de apelación la decisión de declarar probadas las excepciones de falta de requisito de procedibilidad y caducidad, que en consecuencia produjeron la desvinculación del proceso del municipio de Arauca como parte demandada y por tanto es una decisión que implica la terminación del proceso, la decisión al respecto será adoptada por la Sala de decisión de esta Corporación, tal como lo dispone el art. 243 del CPACA en concordancia con el art. 125 ibídem.

Así las cosas, se analizará si el actor se encontraba en la obligación o no de agotar el requisito de procedibilidad respecto del municipio de Arauca, al haberlo incluido como parte demandada al momento de subsanar el libelo demandatorio, bajo el argumento de que se erigía como litisconsorte necesario, y sin que se haya notificado el auto admisorio.

Al respecto es menester señalar que fue con la Ley 1285 de 2009 que se estableció la obligatoriedad de agotar como requisito de procedibilidad la conciliación extrajudicial cuando se pretendiera incoar demandas de nulidad y restablecimiento del derecho, controversias contractuales y de reparación directa; dicho cuerpo normativo fue reglamentado por el Decreto 1716 del mismo año en el cual además de reiterar la obligatoriedad del agotamiento de dicho requisito, también consagró las excepciones de cumplir con dicha carga.

Posteriormente la Ley 1437 de 2011, en el art. 161 replicó el anterior requisito de procedibilidad y también consagró otros requisitos de la misma naturaleza, pero dependiendo del medio de control que se quisiera impetrar.

En torno a ello, desde el año 2009 (a partir de la entrada en vigencia del Decreto 1716) es obligatorio agotar el requisito de conciliación extrajudicial previo a impetrar una demanda, bien sea de reparación directa, controversias contractuales o de nulidad y restablecimiento del derecho, con la salvedad de que el asunto verse sobre derechos ciertos e indiscutibles, tributarios, aquellos que deban tramitarse mediante el proceso ejecutivo de que trata el artículo 75 de la Ley 80 de 1993 y sobre los que ya haya caducado la acción (hoy medio de control) tal como lo dispone el art. 2 parágrafo 1 y 2 del Decreto 1716 de 2009.

Ahora, la Corte Constitucional ha mencionado como fines de dicha carga impuesta por el ordenamiento jurídico antes de accionar al aparato jurisdiccional, los de **(i)** garantizar el acceso a la justicia; **(ii)** promover la participación de los individuos en la solución de sus disputas; **(iii)** estimular la

convivencia pacífica; (iv) facilitar la solución de los conflictos sin dilaciones injustificadas y, finalmente, (v) descongestionar los despachos judiciales¹.

Lo que se busca entonces, con este requisito, es que las personas cada vez más accedan a este instrumento no para cumplir un mero formalismo sino para hacer uso de una herramienta que les permita resolver directamente sus diferencias y evitar así acudir a la justicia formal, teniendo en cuenta la relación entre costos y beneficios de una y otra forma de resolución de conflictos².

De las anteriores acepciones, colige la Sala que por ser un instrumento alternativo de solución de conflictos, de autocomposición que depende de la voluntad de las partes llegar a un acuerdo, ello supone de manera consecuente y lógica, que tenga que sea llevada a cabo por quien se considera lesionado en sus derechos (convocante) y por aquel o aquellos a quien se le atribuye dicha lesión (convocado), pues son ellos los únicos que podrían llegar a un acuerdo conciliatorio y poner fin a un futuro proceso judicial, ellos son quienes deben manifestar su voluntad y disponer lo que estimen conveniente para sus intereses.

Partiendo de lo anterior, difiere la Sala del argumento del apoderado de la parte actora, cuando afirma que la conciliación extrajudicial debe agotarse en el proceso independientemente de cuantas personas jurídicas o naturales se pretendan demandar o se demanden, y que el hecho que se haya agotado solo respecto de una, así sean varias, es suficiente para darlo como agotado respecto de todas las demás.

La anterior argumentación no es plausible básicamente por cuanto como se dijo anteriormente, con la conciliación extrajudicial entre otras cosas, se pretende evitar llevar a cabo procesos judiciales, a través de la celebración de un acuerdo entre el convocante y convocado respecto de las pretensiones del primero, en consecuencia para que ello se dé, el interesado debe llamar a conciliar a aquellas entidades que considere deben resarcir el daño causado y contra las que eventualmente dirigiría su demanda, pues al ser la conciliación una facultad dispositiva de derechos, la voluntad que pueda expresar una no cobija a las demás. Es decir, si el interesado pretende demandar a dos entidades públicas, debe agotar el requisito de procedibilidad respecto de ambas, por cuanto cada una de ellas tiene la facultad de decidir proponer fórmulas de arreglo o no, y de igual manera, no se sujetan a la decisión o voluntad de la otra.

En conclusión no se puede acudir a la jurisdicción contencioso administrativa sin haber intentado la conciliación extrajudicial, la cual deberá realizarse respecto de las entidades contra las que eventualmente dirigiría la respectiva demanda, pues solo podría hablarse de conciliación cuando concurren la parte lesionada del derecho y aquella a la que se le atribuye el daño, para que en

¹ Corte Constitucional C-598 de 2011, Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

² *Ibidem*.

ejercicio de la facultad de disponer de sus derechos, puedan acordar una forma de arreglo. Lo anterior genera como consecuencia que solo se pueda admitir la demanda contra la persona jurídica respecto de la cual se ha agotado previamente la conciliación extrajudicial.

En lo que respecta con el argumento según el cual la vinculación del municipio de Arauca como parte demandada, obedece a que conforma un litisconsorcio necesario junto con EMSERPA, considera la Sala que tampoco resulta acertado, por cuanto para que pueda hablarse de tal figura, se requiere que exista una única relación jurídica sustancial entre una de las partes y la persona que se pretende vincular en esa misma calidad, bien sea por mandato expreso de la ley o por la naturaleza misma de dicha relación, que haga imposible dictar sentencia sin la presencia de todas las personas por activa o pasiva, pues se verán perjudicados o beneficiados con la decisión que se adopte en el proceso³.

En virtud de lo anterior, no encuentra la Sala que exista una relación jurídica sustancial entre la Empresa Municipal de Servicios Públicos de Arauca ESP EMSERPA y el municipio de Arauca, que impida dictar sentencia sino se encuentran ambas entidades vinculadas al proceso, máxime cuando cada una de ellas se encuentra dotada de personería jurídica⁴ y sus competencias están definidas en la ley, además que no se vislumbra la afectación o beneficio que podrían sufrir el municipio de Arauca con una eventual sentencia en contra o en favor de EMSERPA, situación por la que resulta improcedente hablarse de la conformación de un litisconsorcio necesario por pasiva de las dos entidades en el *sub examine*.

Por otra parte, quiere en este punto recalcar la Corporación que el demandante tiene libertad para demandar a quien considere que ha lesionado sus derechos o intereses legítimos, sin que ello implique que él o la accionada sean los responsables del ilícito, pues ello solo se determina en la respectiva sentencia. Sin embargo, contrario a lo que se aduce en el recurso de apelación, la colegiatura estima que el accionante tiene la carga de dirigir su demanda contra la pluralidad de sujetos que considere deben responder por el daño ocasionado, sin que ello *per se*, implique la existencia de un litisconsorcio necesario, pues las relaciones de las partes no son usual y necesariamente las mismas.

Dejar de demandar entonces, a una entidad que pueda tener alguna relación con la causación del daño por considerar que es otra la que debe responder por los perjuicios, y que en la sentencia se determine que en efecto le es atribuible a aquella, lo que genera es la denegación de las pretensiones de la demanda por falta de legitimación sustancial en la causa por pasiva, pero no alcanza a

³ Ver al respecto art. 61 del CGP y providencia del Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección B Consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio Bogotá, D.C., veintitrés (23) febrero de dos mil doce (2012) Radicación número: 05001-23-26-000-1994-00558-01(20810).

⁴ Por Decreto 0004 del 09 de enero de 1997 expedido por el Alcalde Municipal de Arauca, en cumplimiento a la Ley 142 de 1994, EMSERPA se transforma en una empresa Industrial y Comercial del Estado del orden Municipal, con el objeto de prestar los servicios públicos domiciliarios de Acueducto, Alcantarillado y Aseo en el área de la jurisdicción del Municipio de Arauca. Dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente.

configurar algún vicio procesal por no vincular a un litisconsorte necesario, salvo que en realidad a dichas entidades las una la misma relación jurídica sustancial o de otro modo, que de ordenarse o absolverse una de ellas la otra consecuentemente también se vea afectada o beneficiada, y tal situación en el *sub lite* no ocurre.

Finalmente en cuanto al argumento según el cual, debía cuestionarse vía recurso de reposición o apelación el auto que admitió la demanda en relación con el municipio de Arauca y por no haberlo hecho en esa oportunidad procesal, impide que en la audiencia inicial se desvincule al ente territorial del proceso por motivo de no haberse agotado el requisito de procedibilidad respecto de él, considera la Corporación que tampoco le asiste razón al apoderado de la parte actora, toda vez que en el actual esquema del proceso contencioso administrativo, el legislador facultó al Juez para que en todas las etapas del proceso pudiera realizar un control de legalidad tal como lo consagra el art. 207 el CPACA, así pues, contrario a lo que ocurría en la legislación anterior que los defectos procesales solo podrían alegar vía recurso de reposición contra el auto admisorio de la demanda, en vigencia de la Ley 1437 de 2011, el juez lo puede realizar además de esa oportunidad, en la audiencia inicial en la etapa de saneamiento del proceso de oficio o a petición de parte, tal como prevé el art. 180 numeral 5, o a través de las excepciones previas (ibídem numeral. 6).

Así las cosas, es perfectamente viable que a pesar que la demanda se haya admitido sin que se haya advertido alguna irregularidad como lo pudo ser la falta de agotamiento del requisito de procedibilidad, sin embargo, si ello es constatado en la audiencia inicial, deberá ser declarado por el juez de manera oficiosa, a solicitud de parte o en uso de las excepciones previas.

Al respecto, se trae a colación una providencia del Consejo de Estado, en la que se explica claramente el tema, veamos:

“(…)

Así, la facultad de saneamiento le impone al Juez la obligación de revisar la regularidad del proceso, la existencia de irregularidades o vicios y subsanarlos, para que el proceso pueda seguir y culminar normalmente con sentencia de mérito.

4.2.2.- La potestad-deber del Juez de sanear el proceso en cada etapa procesal se funda en la regla contenida en el artículo 25 de la Ley 1285, según la cual “agotada cada etapa del proceso, el Juez ejercerá el control de legalidad para sanear los vicios que acarrean nulidades dentro del proceso, los cuales, salvo que se trate de hechos nuevos, no se podrán alegar en las etapas siguientes en aras de evitar dilaciones injustificadas”, salvo aquellas otras irregularidades que “comporten una grave afectación del núcleo esencial de las garantías constitucionales de las cuales son titulares los sujetos procesales”, de acuerdo con la sentencia C-713 de 2008 que declaró exequible el artículo 25 de la Ley 1285.

El mandato de saneamiento del proceso contenido en la Ley 1285 se reitera en el artículo 207 de la Ley 1437 y se especifica en el artículo 180.5 ibídem para la audiencia inicial.

Así, en virtud de la potestad de saneamiento, el Juez no sólo controlará los presupuestos de validez de la demanda, sino también las circunstancias constitutivas de nulidad (artículo 140 del Código de Procedimiento Civil) y aquellos hechos exceptivos previos que puedan afectar la validez y eficacia del proceso, amén de aquellas otras irregularidades que puedan incidir en su desenvolvimiento, que no encajen en una u otra de las categorías mencionadas. En otras palabras, lo que inspira la potestad de saneamiento es la solución de todas aquellas irregularidades o vicios que puedan evidenciarse durante el trámite del proceso a fin de que termine con una sentencia de mérito que ponga fin a la controversia, evitando su terminación por meras irregularidades o por cuestiones formales subsanables, pues ello no consulta el alcance de dicha facultad, ni el papel natural del Juez, ni, mucho menos, es factor de legitimidad de la función jurisdiccional.

(...)

Bajo el presupuesto de que los requisitos de la demanda son, en principio, taxativos, es deber del Juez hacer de ellos una interpretación racional para efectos de no imponerle a la parte demandante mayores exigencias que las contenidas en la ley y hacer del proceso judicial un mecanismo eficiente y eficaz para la solución de los conflictos.

La “demanda en forma” es un requisito procesal que debe ser controlado por el Juez y por las partes durante la admisión de la demanda, por vía de las excepciones previas y durante la etapa de saneamiento de la audiencia inicial. Agotadas esas etapas no es procedente revivir la discusión sobre los requisitos formales de la demanda, que deben entenderse superados, siempre que ellos, como ocurre en la generalidad de los casos, sean subsanables.

En la Ley 1437 la “demanda en forma” está precedida del cumplimiento de unos requisitos previos a demandar (artículo 161 de la Ley 1437), un contenido del escrito de demanda (artículo 162 de la Ley 1437) y los anexos que se deben acompañar con la demanda (artículos 166 y 167 de la Ley 1437).

Los requisitos de procedibilidad o “requisitos previos para demandar” se encuentran en el artículo 161 de la Ley 1437 y son, fundamentalmente, la conciliación extrajudicial y la falta de interposición de los recursos obligatorios contra el acto administrativo demandado⁵. Si advertida la omisión de alguno de los requisitos de procedibilidad por el Juez en el auto inadmisorio, el demandante no acredita su cumplimiento dentro del término establecido, deberá rechazarse la demanda.

No obstante, si ello no es advertido por el Juez en la admisión, podrá controlarse en la audiencia inicial, acorde con la institución del saneamiento del proceso prevista en los artículos 180.5 y 180.6 de la Ley 1437.

El “contenido de la demanda” está regulado en el artículo 162 de la Ley 1437, el cual dispone que toda demanda deberá dirigirse a quien sea competente y debe contener los requisitos que se enuncian allí; requisitos que, como se expuso, son taxativos, por lo que no le es permitido al Juez exigir el cumplimiento de otros adicionales a los no contemplados en el mencionado

⁵ El artículo 161 relaciona otros que tienen que ver con las acciones populares y de cumplimiento o con las pretensiones de repetición y electorales.

artículo, para su posterior rechazo. (...)”⁶ /Negrillas con subrayas fuera de texto/.

De conformidad con lo anterior, es diáfano que a pesar que se haya admitido la demanda contra el municipio de Arauca, al haber interpuesto ese ente territorial la excepción previa de falta de requisito de procedibilidad, el juez se encontraba con la facultad de revisar nuevamente el proceso, con el fin de determinar si se había agotado o no y de esa forma depurar el proceso hasta ese momento de conformidad con el art. 180.6 en concordancia con el art. 207 del CPACA, tal como en efecto lo hizo y así no es contrario a la ley la determinación de haber encontrado próspera la excepción planteada por el municipio de Arauca, dentro del trámite de la audiencia inicial.

Como consecuencia de la necesidad de agotar el requisito de procedibilidad respecto del municipio de Arauca, y no haberse hecho, es claro que el término de caducidad no se suspendió en ningún momento respecto a esa entidad, pues es de anotarse igualmente que una de las consecuencias de cumplir con ese requisito es que se suspende el término de caducidad para demandar, desde el momento de la presentación de la solicitud ante la Procuraduría General de la Nación. Así pues, que al no haberse suspendido, es evidente que al momento en que el actor decide formular sus pretensiones contra el municipio de Arauca -2 de abril de 2014-, tal como se ve a fl. 30-31, ya el medio de control de reparación directa se encontraba caducado, pues el daño del cual pide su resarcimiento según los hechos de la demanda acaeció el 27 de noviembre de 2011, es decir, la oportunidad para incoar la demanda feneció el 28 de noviembre de 2013, razón por la cual al momento de incluir como demandado al municipio de Arauca, sin agotar respecto de la conciliación extrajudicial de que trata el art. 161 del CPACA y sin que pueda argüirse que éste tenga la calidad de litisconsorte necesario por pasiva; es claro que la demanda contra éste debía ser rechazada al momento de resolver sobre su admisión. Sin embargo, como no fue así, hizo bien la Juez de instancia en decidir desvincularlo del proceso en el trámite de la audiencia inicial al momento de resolver las excepciones propuestas por el ente territorial en uso de la facultad de saneamiento antes referida, lo que implica la terminación del proceso respecto del municipio de Arauca.

Corolario a todo lo anterior, la Sala considera acertada la decisión de la *a quo* y por tal motivo la confirmará.

Esgrimido lo anterior, se

RESUELVE

PRIMERO: Confirmase la decisión adoptada en audiencia inicial por el Juzgado Administrativo Oral de Descongestión del Circuito de Arauca, mediante la cual se desvinculó del procesó al municipio de Arauca, al declarar

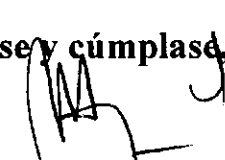
⁶ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION CUARTA Consejero ponente: JORGE OCTAVIO RAMIREZ RAMIREZ Bogotá D.C., veintiséis (26) de septiembre de dos mil trece (2013) Radicación número: 08001-23-333-004-2012-00173-01(20135) Actor: SOCIEDAD DORMIMUNDO LTDA

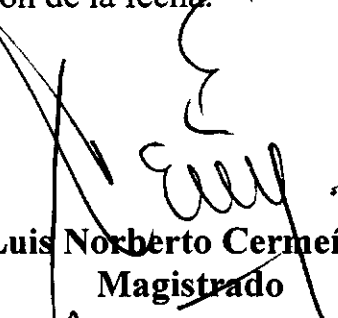
próspera la excepción de falta de requisito de procedibilidad y consecuentemente caducidad del medio de control, bajo el entendido que el proceso terminó respecto de él.

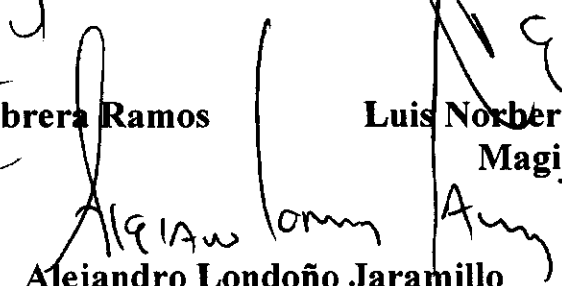
SEGUNDO: Una vez ejecutoriada la presente decisión, remítase el expediente al Juzgado de origen, previa cancelación de su radicación en el sistema Justicia Siglo XXI.

La presente decisión se discutió y aprobó en sesión de la fecha.

Notifíquese y cúmplase.


Edgar Guillermo Cabrera Ramos
Magistrado


Luis Norberto Cermeño
Magistrado


Alejandro Londoño Jaramillo
Magistrado