

MEDIO DE CONTROL DE REPARACION DIRECTA - Apelación pruebas negadas en primera instancia por juez contencioso / IMPROCEDENCIA DEL RECURSO DE APELACION - Para controvertir decisión que niega práctica de pruebas en primera instancia / RECURSO DE REPOSICION - Procedente para debatir auto que niega pruebas / AUTO QUE NIEGA PRACTICA DE PRUEBAS - No es susceptible del recurso de alzada / FALTA DE COMPETENCIA FUNCIONAL DEL CONSEJO DE ESTADO - Por indebida escogencia de recurso contra el auto que niega decreto de pruebas / APELACION AUTOS PROFERIDOS EN PRIMERA INSTANCIA - Recurso procedente cuando se niegan pruebas

En lo que atañe a las decisiones que refieren los numerales 5, 6, 8, y 9, esta Subsección, en reciente pronunciamiento, indicó que contra ellas procede el recurso de reposición por considerar que el artículo 243 del CPACA descartó el recurso de alzada en esos precisos eventos (...) En ese orden de ideas y pese que mediante auto del 6 de mayo del 2015 se haya concedido el recurso de apelación contra la negativa del Tribunal de negar la práctica de algunas pruebas, necesario se hace advertir que el Despacho carece de competencia funcional para conocer del mismo, toda vez que, tal y como quedó expuesto de manera precedente, esta providencia no es susceptible del recurso de alzada. No obstante lo anterior, y a pesar de que el recurso de apelación se rechazará por improcedente, en aras a garantizar la primacía del derecho sustancial sobre lo formal, se ordenará al Tribunal que adecúe el trámite del recurso formulado al de reposición. **NOTA DE RELATORIA:** Referente a la procedencia de recursos contra autos dictados por los Tribunales Administrativos en primera instancia, consultar auto de 05 de noviembre de 2015, Exp. 51775, MP. Hernán Andrade Rincón.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 243 NUMERAL 9

CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL DE REPARACION DIRECTA POR DAÑOS OCASIONADOS POR OBRA PUBLICA - Su cómputo se realiza a partir de la finalización de las obras o desde su conocimiento por la víctima cuando sea posterior a la terminación del trabajo público

En tratándose de casos en los que el daño se origina con ocasión de una obra pública, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha señalado que el cómputo de la caducidad se realiza a partir de la finalización de las obras, a condición de que el daño se origine o manifieste de forma concomitante o concurrente con este hecho, por cuanto es el que le da origen, y solo en los casos en que este se produce o manifiesta con posterioridad a la finalización de las obras, el término inicia a correr desde que el daño adquiere notoriedad o desde que la víctima conoció de su existencia. **NOTA DE RELATORIA:** Referente al cómputo del término de caducidad del medio de control de reparación directa por daños ocasionados por trabajos públicos, consultar sentencia del 8 de agosto de 2012, Exp. 24836, MP. Olga Mérida Valle de De La Hoz.

MEDIO DE CONTROL DE REPARACION DIRECTA - Por reducción de ventas ocasionadas por obra pública / CADUCIDAD DE MEDIO DE CONTROL DE REPARACION DIRECTA - Fenómeno jurídico no configurado por presentarse demanda dentro del término legal

Descendiendo al caso objeto de estudio y teniendo en cuenta que la demanda está encaminada a que COLSUBSIDIO sea indemnizado por los perjuicios causados con ocasión de la reducción de sus ventas durante el tiempo en que se ejecutaron las obras en virtud del contrato de obra No. 137 de 2007, ha de

señalarse que, según los lineamientos jurisprudenciales trazados atrás, el cómputo de la caducidad de los dos (2) años inicia a partir del día siguiente en que finalizaron las obras, tal y como el Tribunal a quo lo indicó en su momento. (...) Así las cosas, y dado que las obras de construcción de la calle 26, entre carreras 42 B y 19, terminaron el 17 de julio de 2011, para el Despacho es forzoso concluir que el término para demandar en reparación directa se extendió hasta el 18 de julio de 2013, y comoquiera que el libelo se presentó el 5 de septiembre de 2012, no queda duda alguna de que en el presente caso no se configuró el fenómeno jurídico procesal de la caducidad de la acción. En virtud de lo anterior, se confirmará la decisión adoptada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por medio de la cual declaró no probada la excepción de caducidad de la acción.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION A

Consejera ponente: MARTA NUBIA VELASQUEZ RICO

Bogotá, D.C., diecisiete (17) de febrero de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 25000-23-36-000-2012-00275-04(54671)

Actor: CAJA COLOMBIANA DE SUBSIDIO FAMILIAR COLSUBSIDIO

Demandado: INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO

Referencia: APELACION AUTO LEY 1437 DE 2011 - MEDIO DE CONTROL DE REPARACION DIRECTA

Tema: APELACIÓN AUTOS PROFERIDOS EN PRIMERA INSTANCIA POR UN TRIBUNAL ADMINISTRATIVO – decisión de caducidad y pruebas.

Procede el Despacho a decidir el recurso de apelación interpuesto por las partes contra las decisiones adoptadas por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en audiencia inicial celebrada el 10 de febrero de 2014, a través de las cuales se declaró no probada la excepción de caducidad de la acción y se negó el decreto de algunas pruebas.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

Mediante escrito presentado el 5 de septiembre de 2012, la Caja Colombiana de Subsidio Familiar COLSUBSIDIO (en adelante COLSUBSIDIO), por conducto de apoderado judicial, interpuso demanda en ejercicio del medio de control de reparación directa contra el Instituto de Desarrollo Urbano (en adelante IDU), con el fin de que se declarara administrativa y patrimonialmente responsable por los perjuicios causados como consecuencia de la ejecución de las obras de la fase III de Transmilenio Troncal Calle 26.

Como fundamentos fácticos de la demanda, en síntesis, indicó que el IDU y la Empresa de Transporte del Tercer Milenio celebraron el contrato de obra No. 137 de 2007 con la Unión Temporal Transvial para la ejecución de obras en la calle 26, entre carreras 42B y 19, consistentes en la adecuación del tramo 4 de la tercera fase de transmilenio.

Se señaló que el contrato inicialmente tenía una duración de 18 meses -de enero de 2009 a julio de 2010-, sin embargo, según se dijo, por problemas relacionados con el cumplimiento del contrato, el mismo finalizó en diciembre de 2011, periodo de tiempo durante el cual, según la parte demandante, se impactó negativamente en la actividad comercial de su establecimiento Supermercado y Droguería Colsubsidio Calle 26, en tanto que se obstaculizó el ingreso tanto peatonal como vehicular de los clientes, lo que ocasionó una disminución en sus ventas y, por ende, en sus utilidades.

2. La contestación de la demanda

2.1. El IDU contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones incoadas. Frente a los hechos aceptó unos y negó otros.

Sostuvo que si bien se ejecutaron dichas obras, lo cierto es que se realizó un plan de manejo de tránsito para el sector, en donde se indicaron los desvíos correspondientes para acceder al Supermercado y a la Droguería, permitiéndose los ingresos peatonales y vehiculares para sus clientes.

Adicionalmente, sostuvo que el daño alegado por la demandante no tiene causa directa en la ejecución de la obra pública, sino que obedece a factores tales como: la apertura de otros supermercados en diferentes puntos de la ciudad, sus

promociones, la estacionalidad de los productos, errores administrativos, disminución de ventas en vacaciones, entre otros.

Finalmente, la entidad demandada llamó en garantía a las sociedades integrantes de la Unión Temporal Transvial¹, al Grupo Empresarial Vías Bogotá S.A.S., a Segurexpo de Colombia S.A. y a La Previsora S.A.

2.2. La Previsora S.A. propuso la excepción de caducidad, con fundamento en que el cómputo debía realizarse tomando cada período mensual de la ejecución de la obra, por cuanto, a su juicio, COLSUBSIDIO, mes a mes, tenía conocimiento de la disminución de sus ganancias con sus estados contables.

Bajo ese entendido, señaló que no se trata de un único daño continuado en el tiempo, sino de varios daños distinguibles de manera mensual, razón por la que concluyó que los presuntos perjuicios irrogados hasta el mes de junio de 2010 habían caducado.

3. El auto apelado

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en audiencia inicial celebrada el 10 de febrero de 2010, adoptó las siguientes decisiones: i) declaró no probada la excepción de caducidad y ii) negó la práctica de unas pruebas solicitadas por las partes².

En cuanto a la primera decisión señaló que, en tratándose de daños continuados con ocasión de una obra pública, el cómputo de la caducidad inicia al día siguiente de la finalización de las obras, y como en el presente finalizaron el 17 de julio de 2011, concluyó que la demanda se presentó dentro de la oportunidad legal prevista, por cuanto se interpuso el 5 de septiembre de 2012.

¹ Tecnología e Ingeniería Avanzada S.A. de C.V.; Condux S.A. de C.V.; Megaproyectos S.A.; Maquinaria, Ingeniería y Construcción S.A.S.; Bitacora Soluciones Compañía Limitada en Liquidación Judicial; Translogistic S.A. en Liquidación Judicial.

² De la parte demandante, los testimonios de los señores Fernando Suescun Mutis, Jorge Hernán Flórez Lema, Otto Gutiérrez, Eduardo Escobar, Edilberto Galeano Barrera y Daniel Chaves Hernández; de Megaproyectos S.A., a practicar el dictamen pericial solicitado y el testimonio del señor Rafael Hernández; de Segurexpo de Colombia S.A., la documental referente a librar oficio a la Fiscalía General de la Nación para que realice la ampliación de versión libre de Miguel Antonio Nule Velilla ante el Consulado de Miami, y todos los testimonios solicitados en su contestación.

De otra parte, negó el decreto de algunas pruebas, por cuanto consideró que eran improcedentes, toda vez que, en su criterio, con los documentos obrantes en el expediente se lograba demostrar lo querido por las partes.

4. Los recursos de apelación

Inconformes con las decisiones anteriores, en el curso de la audiencia inicial, las partes interpusieron recursos de apelación, de la manera que sigue:

En cuanto a la decisión de declarar no probada la excepción de caducidad, La Previsora S.A. interpuso recurso de apelación y como sustento de su inconformidad señaló que el cómputo de caducidad no puede realizarse desde la finalización de las obras, en tanto que no se trata de un único daño, sino de varios causados de manera mensual.

En relación con la decisión que negó la práctica de pruebas, tanto COLSUBSIDIO como Megaproyectos S.A. interpusieron recurso de apelación y afirmaron que las pruebas solicitadas eran necesarias para el objeto del proceso.

Los recursos de apelación así presentados fueron rechazados porque el Tribunal los consideró improcedentes, sin embargo, las partes recurrentes solicitaron la expedición de copias para los correspondientes recursos de queja, los cuales fueron presentados ante el Consejo de Estado.

5. El trámite en segunda instancia

Mediante auto del 6 de mayo de 2015, esta Corporación resolvió los recursos de queja, ordenando la concesión de los recursos de apelación interpuestos por las partes.

II. CONSIDERACIONES

1. La legislación aplicable al presente asunto

Previo a hacer un pronunciamiento respecto de los recursos de apelación interpuestos por las partes contra las decisiones del Tribunal Administrativo de

Cundinamarca, el Despacho estima necesario realizar algunas consideraciones acerca de la norma aplicable al presente asunto.

Sea lo primero indicar que la Ley 1437 de 2011, mediante la cual se expidió el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (en adelante CPACA), derogó el Decreto 01 de 1981, contentivo del Código Contencioso Administrativo (en adelante CCA).

El artículo 308 del CPACA señaló este que entraría a regir a partir del 2 de julio de 2012, por lo que a todas las demandas y procesos iniciados con posterioridad a tal fecha, debe aplicárseles dicho cuerpo normativo.

Bajo ese entendido, como la demanda se presentó el 5 de septiembre de 2012, al presente asunto le resultan aplicables las disposiciones del CPACA.

2. El recurso procedente contra los autos dictados por los Tribunales Administrativos en primera instancia

La precisión anterior resulta relevante para el caso que nos ocupa, en tanto que el CPACA, a diferencia del CCA, limitó el recurso de alzada frente a los autos proferidos por los Tribunales Administrativos en primera instancia. Así lo consagra el artículo 243 del CPACA:

*“Son apelables las sentencias de primera instancia de los Tribunales y de los Jueces. También serán apelables los siguientes autos proferidos en la misma instancia **por los jueces administrativos**:*

1. El que rechace la demanda.

2. El que decrete una medida cautelar y el que resuelva los incidentes de responsabilidad y desacato en ese mismo trámite.

3. El que ponga fin al proceso.

4. El que apruebe conciliaciones extrajudiciales o judiciales, recurso que solo podrá ser interpuesto por el Ministerio Público.

5. El que resuelva la liquidación de la condena o de los perjuicios.

6. El que decreta las nulidades procesales.

7. El que niega la intervención de terceros.

8. El que prescinda de la audiencia de pruebas.

9. El que deniegue el decreto o práctica de alguna prueba pedida oportunamente.

Los autos a que se refieren los numerales 1, 2, 3 y 4 relacionados anteriormente, serán apelables cuando sean proferidos por los tribunales administrativos en primera instancia". (Se destaca).

Así pues, de la norma citada en precedencia puede inferirse que las decisiones contenidas en los numerales 1, 2, 3 y 4 cuando sean proferidas por un Tribunal Administrativo en primera instancia son apelables ante el Consejo de Estado.

Ahora bien, en lo que atañe a las decisiones que refieren los numerales 5, 6, 8, y 9, esta Subsección, en reciente pronunciamiento, indicó que contra ellas procede el recurso de reposición por considerar que el artículo 243 del CPACA descartó el recurso de alzada en esos precisos eventos:

"2.2.1. La reposición como recurso procedente en contra de los autos señalados en los numerales 5°, 6°, 8° y 9° del artículo 243 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, cuando sean proferidos en sede de primera instancia por un tribunal administrativo.

"Una vez hechas las respectivas precisiones relacionadas con el artículo 243 ibídem, se presenta una cuestión que amerita su estudio con el fin de definir cuál es el recurso procedente en contra de los autos dictados por un tribunal en primera instancia, estos son los que: resuelven la liquidación de la condena o de los perjuicios; decretan las nulidades procesales; prescinden de la audiencia de pruebas y, por último denieguen el decreto o práctica de alguna prueba pedida oportunamente.

"(...).

"Así las cosas estima el Despacho que, en estricto rigor procesal el recurso procedente en contra de los autos proferidos en sede de primera instancia por los Tribunales Administrativos referidos a los numerales 5°, 6°, 8°, 9° del artículo 243 ibídem, es el de reposición.

“Lo anterior encuentra sustento, debido a que el inciso 2° del 243 ibídem descarta la apelación en estos casos y, la redacción del artículo 246 ibídem³, correspondiente al recurso ordinario de súplica, limita su procedencia a los autos de “naturaleza apelable” proferidos en sede de “segunda o única instancia”, por lo que forzoso viene a ser, se reitera, que el recurso procedente sea el de reposición”⁴. (Subrayas y negrillas fuera del texto).

En ese orden de ideas y pese que mediante auto del 6 de mayo del 2015 se haya concedido el recurso de apelación contra la negativa del Tribunal de negar la práctica de algunas pruebas, necesario se hace advertir que el Despacho carece de competencia funcional para conocer del mismo, toda vez que, tal y como quedó expuesto de manera precedente, esta providencia no es susceptible del recurso de alzada.

No obstante lo anterior, y a pesar de que el recurso de apelación se rechazará por improcedente, en aras a garantizar la primacía del derecho sustancial sobre lo formal, se ordenará al Tribunal que adecúe el trámite del recurso formulado al de reposición.

2.3 El conteo de la caducidad en tratándose de daños generados con ocasión de la ejecución de una obra pública. Análisis en el caso concreto

Procederá el Despacho a resolver el recurso de apelación contra la decisión del Tribunal *a quo* que decretó no probada la excepción de caducidad, por cuanto esta decisión sí es pasible del recurso de alzada, tal y como lo dispone el numeral 6 del artículo 180 del CPACA⁵.

Ahora bien, de acuerdo con reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado, para garantizar la seguridad jurídica de los sujetos procesales y evitar que las situaciones queden indefinidas en el tiempo, el legislador estableció unos plazos

³ “Artículo 246. El recurso de súplica procede cuando los autos que por su naturaleza serían apelables, dictados por el magistrado ponente en **curso de la segunda o única instancia** o durante el trámite de la apelación de un auto”.

⁴ Auto de 5 de noviembre de 2015. No. Interno 410012333000201300212 01. Expediente 51775. C.P. Hernán Andrade Rincón.

⁵ Mediante auto de unificación de 25 de junio de 2015 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. C.P: Enrique Gil Botero. Exp: 49.299, se señaló que la enumeración del artículo 243 del CPACA respecto de los autos apelables no es taxativa, y que el legislador además de las ahí contempladas, siguiendo el principio de especialidad de las normas dispuso que otras providencias sí son susceptibles del mismo ante el Consejo de Estado cuando son proferidas por Tribunales Administrativos en primera instancia, estas son las consagradas en el numeral 6 del artículo 180 acerca de la decisión de excepciones previas en audiencia inicial y el artículo 226 del CPACA frente la decisión que acepta la intervención de terceros.

razonables para que las personas acudan ante la jurisdicción con el fin de satisfacer sus pretensiones, término que en caso de vencerse tiene como consecuencia la operancia del fenómeno jurídico procesal de caducidad, lo cual implica la pérdida de la facultad de accionar y hacer efectivos sus derechos.

En tratándose de casos en los que el daño se origina con ocasión de una obra pública, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha señalado que el cómputo de la caducidad⁶ se realiza a partir de la finalización de las obras, a condición de que el daño se origine o manifieste de forma concomitante o concurrente con este hecho, por cuanto es el que le da origen, y solo en los casos en que este se produce o manifiesta con posterioridad a la finalización de las obras, el término inicia a correr desde que el daño adquiere notoriedad o desde que la víctima conoció de su existencia:

“Cuando se construye una obra pública y se alega que la construcción de la misma (técnicamente el trabajo público) causó un daño a una propiedad inmueble, el término para formular la correspondiente acción indemnizatoria empezará a contar a partir de la terminación de la misma, máxime cuando, como en el caso sub - judice, la demanda afirma que tan pronto se construyó el muro en la margen izquierda del río, paralelo a la carretera y para protección de su banca, ni siquiera empezaron los perjuicios sino que sólo se agravaron, y a que el proceso erosivo se había iniciado desde muchos años antes (...).

“Es claro que una obra pública puede producir perjuicios instantáneos, por ejemplo, el derrumbamiento de un edificio aledaño, como también lo es que puede ser la causa de una cadena de perjuicios prolongada en el tiempo. Vgr. la obra impide el flujo normal de las aguas que pasan por un inmueble o es la causa de las inundaciones periódicas del mismo. En el primer evento (perjuicio instantáneo) el término de caducidad es fácil de detectar: tan pronto se ejecute la obra empezará a correr el término para accionar. Para una mayor certeza la jurisprudencia de la Sala ha señalado como fecha inicial, aquella en la que la obra quedó concluida”⁷. (Se destaca).

⁶ El cual es de dos (2) años para acudir ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo siguiendo lo estipulado por el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, normatividad aplicable para realizar el cómputo de la caducidad en el presente asunto, toda vez que, de conformidad con el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 modificado por el artículo 624 del Código General del Proceso, el conteo de los términos que hubiesen empezado a correr en vigencia de una ley anterior, debe hacerse según lo dispuesto en dicha norma, y en el caso particular, el término de caducidad inició a correr en vigencia de la citada norma.

⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 28 de enero de 1994, exp. 8610, C.P. Carlos Betancur Jaramillo, reiterada en las sentencias de 31 de enero 2011, exp. 17.064, 8 de agosto de 2012, exp. 24.836, 27191 de 30 de octubre de 2013.

Descendiendo al caso objeto de estudio y teniendo en cuenta que la demanda está encaminada a que COLSUBSIDIO sea indemnizado por los perjuicios causados con ocasión de la reducción de sus ventas durante el tiempo en que se ejecutaron las obras en virtud del contrato de obra No. 137 de 2007⁸, ha de señalarse que, según los lineamientos jurisprudenciales trazados atrás, el cómputo de la caducidad de los dos (2) años inicia a partir del día siguiente en que finalizaron las obras, tal y como el Tribunal *a quo* lo indicó en su momento.

Así pues, con base en los documentos obrantes en el expediente, se tiene que el contrato No. 137 de 2007 inició su etapa de construcción el 17 de octubre de 2008⁹, y si bien esta debía finalizar el 16 de agosto de 2010¹⁰, lo cierto es que, la misma terminó el 17 de julio de 2011 según se desprende del comunicado oficial del IDU No. STEST 20103460563041. Esto se lee en el aludido documento:

“Con el fin de dar claridad y actualizar la información relativa al contrato de la referencia, a continuación presentamos la siguiente información solicitada.

“Contratista cedente: Unión Temporal Transvial.

“Contratista cesionario: Grupo Empresarial Vías Bogotá S.A.S.

“Fecha de inicio etapa de construcción: 17 de octubre de 2008

“Fecha de inicio de la cesión: 04 de marzo de 2010

***“Fecha de terminación etapa de construcción: 17 de julio de 2011”**¹¹.*

Así las cosas, y dado que las obras de construcción de la calle 26, entre carreras 42 B y 19, terminaron el 17 de julio de 2011, para el Despacho es forzoso concluir que el término para demandar en reparación directa se extendió hasta el 18 de julio de 2013, y comoquiera que el libelo se presentó el 5 de septiembre de 2012,

⁸ Contrato celebrado entre el IDU y la Empresa de Transporte del Tercer Milenio con la Unión Temporal Transvial, el cual tuvo como objeto *“la ejecución de la totalidad de las obras de construcción y todas las actividades necesarias para la adecuación de la calle 26 (Avenida Jorge Eliecer Gaitán) al sistema transmilenio y el posterior mantenimiento, en el tramo 3 comprendido entre la carrera 42B y la carrera 19, grupo 4 de la licitación pública número IDU-LP-DG-022-2007, en Bogotá DC”*. Visible a folios 31 -91 del cuaderno de pruebas.

⁹ La duración inicial del contrato era de 86 meses contando con las siguientes etapas: 4 meses de pre construcción, 22 meses de construcción y 60 meses de mantenimiento.

¹⁰ De conformidad con el acta No. 2 de iniciación de la etapa de construcción visible a folios 92 y 93 del cuaderno de pruebas.

¹¹ Folios 324 a 326 del cuaderno de pruebas.

no queda duda alguna de que en el presente caso no se configuró el fenómeno jurídico procesal de la caducidad de la acción.

En virtud de lo anterior, se confirmará la decisión adoptada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por medio de la cual declaró no probada la excepción de caducidad de la acción.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión que declaró no probada la excepción de caducidad de la acción, adoptada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

SEGUNDO: RECHAZAR por improcedente el recurso de apelación interpuesto en contra de la decisión adoptada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca por medio de la cual negó el decreto de algunas pruebas.

TERCERO: En consecuencia, el Tribunal de origen **ADECUARÁ** el trámite del recurso formulado al de reposición, de conformidad con lo expuesto.

CUARTO: Por Secretaría, una vez de ejecutoriado este proveído, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

JSMC
MAMG