

ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO ESTATAL / FALTA DE COMPETENCIA EN LA EXPEDICIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO / ACTO DE DECLARACIÓN DE EXISTENCIA DEL SINIESTRO - Improcedente

Síntesis del caso: La Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Yopal declaró terminado un contrato de obra al identificar el incumplimiento de su contraparte, para lo que hizo uso de la condición resolutoria que había sido pactada. En el acto de terminación declaró, de manera unilateral, la ocurrencia del siniestro de incumplimiento y de buen manejo y correcta inversión del anticipo, así como la orden el adelantar los trámites requeridos para el cobro, al garante, de los amparos respectivos.

EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / COMPETENCIA - Primera posición jurisprudencial / JUEZ NATURAL / EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL

[L]a Ley 142 de 1994, contenedora de un régimen jurídico mixto, y prevalentemente privado para los prestadores de estos servicios, nada indicó sobre el juez de las controversias de los sujetos prestadores. (...) Frente a este vacío, (...) esta Corporación intentó darle solución al problema con tesis no uniformes, aunque construidas en un considerable espacio de tiempo. Con ánimos de síntesis se pueden recoger tres: (...) En un primer momento, se concibió que, como la regla general en servicios públicos domiciliarios era el régimen jurídico privado, su conocimiento correspondería a la jurisdicción ordinaria, mientras que, en los casos en los que, excepcionalmente, se tratara de controversias que debían ser resueltas con derecho público, su conocimiento correspondería a la jurisdicción de lo contencioso administrativo. **NOTA DE RELATORÍA:** Sobre la competencia para conocer controversias relativas a empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, consultar providencia de 23 de septiembre de 1997, Exp. S-701, C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

FUENTE FORMAL: LEY 142 DE 1994

EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS - Naturaleza de entidad pública / COMPETENCIA - Segunda posición jurisprudencial / JUEZ NATURAL / CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / CONTRATO ESTATAL ESPECIAL / EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL

En un segundo momento y, circunscrito, exclusivamente, para controversias de naturaleza contractual, se indicó que, cuando los servicios públicos domiciliarios fueran prestados por entidades estatales, se constataba su calidad de contratos estatales especiales ya que, por regla general, no se regían por la Ley 80 de 1993 sino por el derecho privado, situación que no obstaba para que dejaran de ser contratos estatales y el juez de sus controversias la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Vale la pena recordar que esta tesis exigía del juez el reconocimiento de entidad estatal (o pública) del prestador de servicios públicos domiciliarios; situación nada pacífica a la luz de la jurisprudencia de entonces, en atención a la existencia de capital público en todas las empresas de servicios públicos mixtas y, en muchas oportunidades, aún en las privadas. **NOTA DE RELATORÍA:** Sobre la competencia para conocer controversias relativas a empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, consultar providencias

de 8 de febrero de 2001, Exp. 16661, C.P. Ricardo Hoyos Duque; y de 2 de marzo de 2006, Exp. 29703, C.P. Alíer Eduardo Hernández Enríquez.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993

EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / COMPETENCIA - Tercera posición jurisprudencial / JUEZ NATURAL / CLÁUSULA GENERAL DE COMPETENCIA - Prestador de servicio público domiciliario es entidad pública / DETERMINACIÓN DE LA COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO / EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL

Finalmente, y esta se entiende como la posición vigente, se construyó una tesis que encuentra fundamento en una solución de derecho positivo: si el problema surge frente a un vacío normativo, todas las situaciones en que la Ley no sea clara sobre el conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo o la jurisdicción ordinaria, deben solucionarse de la mano de la norma contentiva de la cláusula general de competencias de la primera, ya que esta existe, entre otras, para cubrir este tipo de lagunas interpretativas. En virtud de esto, de la aplicación de la cláusula general de competencias de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, puede resultar que la controversia sea de su conocimiento y, en caso contrario, se deberá acudir a la jurisdicción ordinaria que es la regla general de conocimiento en los distintos órdenes jurisdiccionales que existen en Colombia. (...) La cláusula general de competencia vigente para la época del caso objeto de conocimiento era el artículo 82 del CCA (hoy contenida en el artículo 104 del CPACA) con la reforma que le introdujo la Ley 1107 de 2006. Esta última norma le imprimió un talante prevalentemente orgánico a esta importante norma del CCA, en virtud del cual, si el sujeto prestador de servicio público domiciliario involucrado en la controversia es una entidad pública, el conocimiento de esta correspondería a la jurisdicción de lo contencioso administrativo. **NOTA DE RELATORÍA:** Sobre la competencia para conocer controversias relativas a empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, consultar providencia de 17 de febrero de 2005, Exp. 27673, C.P. Alíer Eduardo Hernández Enríquez.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTÍCULO 82 / LEY 1437 DE 2011 - ARTÍCULO 104 / LEY 1107 DE 2006

FACULTAD LEGISLATIVA DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA / RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS - Se rigen por las normas del derecho privado / EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS - Aplicación excepcional de las reglas del derecho público / APLICACIÓN DEL ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN / CLÁUSULA EXORBITANTE DEL CONTRATO ESTATAL

El artículo 365 constitucional dejó en manos del legislador la disposición para definir el régimen jurídico aplicable a la prestación de los servicios públicos. Legislador que, a través de la Ley 142 de 1994, decidió someter a un régimen privado (salvo puntuales excepciones) los actos y los contratos de los prestadores de servicios públicos domiciliarios. Así, los artículos 32 y 31 de la Ley 142 de 1994, establecieron un régimen de derecho privado para los actos (...) y los contratos. (...) Ahora bien, la propia Ley 142 de 1994, al disciplinar la materia, decidió reservar un reducto de derecho público. Así, de la mano de otras disposiciones consagradas en la misma ley, (...) el propio artículo 31 reservó la aplicación de las disposiciones pertinentes de la Ley 80 de 1993 a los actos y contratos donde se utilicen cláusulas exorbitantes, cuya inclusión puede convertirse en obligatoria, para ciertos contratos, por consideración de las

comisiones de regulación, o facultativa, para otros, previa consulta expresa por parte de las propias empresas prestadoras.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 365 / LEY 142 DE 1994 - ARTÍCULO 31 / LEY 142 DE 1994 - ARTÍCULO 32

TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO ESTATAL - Concepto. Procedencia

La terminación unilateral es una facultad que le permite a un extremo de la relación contractual, ante el incumplimiento de su contraparte (en los casos en los que ese haya sido el supuesto que permita la terminación), dar por terminado el contrato, sin necesidad de acudir al juez. Las disposiciones civiles y comerciales contienen algunos ejemplos de terminaciones unilaterales, como el que consagra el artículo 973 del Código de Comercio, para el caso de un contrato de suministro cuyo incumplimiento le haya causado perjuicios graves a una parte, o un ejemplo de “terminación automática”, como la terminación del contrato de seguro por mora en el pago de la póliza (artículo 1068 del Código de Comercio), a lo que se suman otros ejemplos contenidos en los artículos 1325, 1279 y 1420 del Código de Comercio.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO COMERCIO - ARTÍCULO 973 / CÓDIGO COMERCIO - ARTÍCULO 1279 / CÓDIGO COMERCIO - ARTÍCULO 1325 / CÓDIGO COMERCIO - ARTÍCULO 1420 / CÓDIGO COMERCIO - ARTÍCULO 1068

TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO ESTATAL - Pacto válido entre entidades regidas por el derecho privado / CLÁUSULAS UNILATERALES - Procedencia / EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL

La terminación unilateral es un pacto válido entre privados, posibilidad que se basa en el entendimiento cabal de los alcances de la autonomía de la voluntad, que llega al punto de permitirle a la contraparte, cuando una de ellas ha prestado su concurso, para que, sin necesidad de declaratoria judicial, dé por terminado el contrato cuando se cumplan los supuestos que han sido previamente estipulados; esto, sin perjuicio de que la parte afectada pueda luego acudir al juez para discutir las razones que llevaron a realizar la mencionada declaratoria. (...) Inicialmente, la jurisprudencia consideró que a una entidad regida por el derecho privado no le era dado pactar cláusulas unilaterales, pues no tenía habilitación legal, una línea que dejaba en evidencia la consolidación de una posición jurisprudencial que rechazaba, por falta de competencia, el pacto y ejecución de cláusulas excepcionales, exorbitantes o unilaterales en contratos regidos por el derecho común. No obstante, con posterioridad, en reconocimiento de los efectivos alcances que tiene la autonomía dispositiva o negocial, propia de las normas de derecho privado, la anterior posición ha cedido terreno a otra perspectiva que concluye que en los contratos estatales que no se rigen por la Ley 80 de 1993, “el pacto de cláusulas accidentales mediante las cuales se prevé el ejercicio de facultades tales como la terminación unilateral o la liquidación unilateral, entre otros se funda primordialmente de la autonomía dispositiva [por lo que] resulta viable que las partes del contrato puedan pactar cláusulas accidentales”. **NOTA DE RELATORÍA:** Sobre la facultad de las entidades regidas por el derecho privado para pactar cláusulas unilaterales, consultar providencias de 9 de septiembre de 2013, Exp. 25681, Jaime Orlando Santofimio Gamboa; de 20 de febrero de 2014, Exp. 45310, C.P. Ramiro Pazos Guerrero; de 19 de julio de 2018, Exp. 57934, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

CLÁUSULA DE TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO ESTATAL - Validez del pacto entre las partes / CONTRATO ESTATAL REGIDO POR EL DERECHO PRIVADO / CONTRATO DE OBRA

Se concluye así que, lo que hicieron las partes del contrato de obra fue pactar, con otro nombre, una terminación unilateral del contrato, terminación que resultaba válida para los contratos que celebra una entidad estatal que se rija por el derecho privado. Por esto, no resultan de recibo las afirmaciones de la demandante cuando indicó que el tipo de pacto celebrado excedería los límites de la autonomía de la voluntad, o resultaba ser una cláusula ilícita o ineficaz que le impidiera a las partes darle aplicación a la misma.

EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS - Naturaleza de sus actos / ACTIVIDAD DE LA EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS - Se rigen por las normas del derecho privado / ACTOS PRIVADOS / INOPERANCIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO / REITERACIÓN JURISPRUDENCIAL

Que el régimen aplicable (...) para los actos y los contratos, sea el derecho privado, conlleva importantes consecuencias, siendo la más obvia, natural y significativa (...), el que, en efecto, los actos se rijan por ese derecho, y no por el derecho público. (...) [L]a naturaleza de actos privados, y su correspondiente exclusión de la categoría de acto administrativo, fue definida desde las primeras manifestaciones jurisprudenciales que se ocuparon del tema; sin embargo, la categoría jurídica parece haberse echado al olvido, o mejor, pareciera recurrirse a ella a conveniencia, pues a veces se hace para señalar que los actos expedidos, al no tener la categoría de administrativos, no pueden ser objeto de los recursos administrativos, lo que tiene la consecuencia material de impedir su control, al tiempo que, en ocasiones, se acude a una categoría como la de “resolución” (o denominaciones similares), para adoptar aquello que materialmente termina teniendo la condición de acto administrativo. **NOTA DE RELATORÍA:** Sobre la naturaleza de los actos de las empresas de servicios públicos domiciliarios, consultar providencias de de 23 de septiembre de 1997, Exp. S-701, C.P. Carlos Betancur Jaramillo; de 20 de febrero de 2017, Exp. 56562, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; de 19 de julio de 2017, Exp. 57394, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO ESTATAL / FALTA DE COMPETENCIA EN LA EXPEDICIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO - En la ejecución de contratos que se rigen exclusivamente por derecho privado / DESVIACIÓN DE LAS ATRIBUCIONES PROPIAS DEL FUNCIONARIO / INOPERANCIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO

[L]a EAAY no contaba con la habilitación legal para expedir actos administrativos, pues la terminación que tuvo lugar no traía causa del ejercicio de una facultad excepcional originada en el Estatuto Contractual, lo que permite identificar para el caso una actuación de una entidad estatal sin la habilitación legal correspondiente. (...) En este caso, las llamadas “resoluciones”, en las que se terminó el contrato y se declaró la ocurrencia de los siniestros de incumplimiento y de buen manejo y correcta inversión del anticipo, se adoptaron mediante actos administrativos. (...) No obstante (...) la entidad (...) no contaba con la habilitación legal para expedir este tipo de actos administrativos, lo que obliga a la Sala a acceder a pretensión de declarar la nulidad de la[s] Resolucion[es] (...) pues fueron adoptados sin

competencia y en desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió.

GARANTÍAS CONTRACTUALES / DECLARACIÓN DE EXISTENCIA DEL SINIESTRO - Entidades estatales regidas por el derecho privado / ACTO DE DECLARACIÓN DE EXISTENCIA DEL SINIESTRO - Procedencia / REITERACIÓN JURISPRUDENCIAL

En lo referente a declaratoria del siniestro, la jurisprudencia ha entendido que, las entidades estatales, con apoyo en el artículo 68 numerales 4 y 5, del Código Contencioso Administrativo, pueden declarar unilateralmente el siniestro cuando se materializa un riesgo cubierto por la garantía del contrato celebrado, facultad de la que gozarían incluso las entidades estatales regidas por el derecho privado. (...) De esta manera, se ha aceptado la declaratoria del siniestro por entidades estatales regidas por el derecho privado, pues se ha entendido que, con su ejercicio, no se está haciendo uso de una prerrogativa contenida en el Estatuto Contractual sino de una potestad consagrada en el artículo 68 del Código Contencioso Administrativo. **NOTA DE RELATORÍA:** Referente a la declaratoria del siniestro por entidades estatales regidas por el derecho privado, consultar providencias de 10 de julio de 1997, Exp. 9286, C.P. Carlos Betancur Jaramillo; de 21 de marzo de 2007, Exp. 29102, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez; de 14 de abril de 2005, Exp. 13599, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez; y de 5 de julio de 2018, Exp. 54688, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTÍCULO 68 NUMERAL 4 / CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTÍCULO 68 NUMERAL 5

DECLARACIÓN DE EXISTENCIA DEL SINIESTRO POR ENTIDADES ESTATALES REGIDAS POR EL DERECHO PRIVADO / CONTRATO DE SEGURO / ACREDITACIÓN DE LA OCURRENCIA DEL SINIESTRO / ACTO DE DECLARACIÓN DE EXISTENCIA DEL SINIESTRO - Improcedencia / INTERPRETACIÓN DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL / RECTIFICACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA

[S]e ha aceptado la declaratoria del siniestro por entidades estatales regidas por el derecho privado, (...) posición jurisprudencial que debe ser revisitada para comprender sus verdaderos alcances y real posibilidad de configuración. (...) Un sujeto de derecho privado debe acudir a las disposiciones especiales sobre el contrato de seguros, contenidas en el Código de Comercio, en especial, al artículo 1077, (...) y no ampararse en un acto administrativo, para derivar de allí, entre otras consideraciones, su presunción de legalidad, y declarar unilateralmente la ocurrencia del siniestro de incumplimiento y de buen manejo y correcta inversión del anticipo. (...) En conclusión, una entidad estatal cuyos actos y contratos se rijan por el derecho privado, deberá realizar las mismas actuaciones que el resto de sujetos de derecho privado; así, para el caso del contrato de seguros, deberá acudir a la aseguradora a demostrar la ocurrencia del siniestro y la cuantía de los perjuicios.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO DE COMERCIO - ARTÍCULO 1077

OCURRENCIA DEL SINIESTRO / PRUEBA DEL SINIESTRO / EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / APLICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO / DECLARACIÓN DE EXISTENCIA DEL SINIESTRO - La entidad

demandada no contaba con la facultad para expedir los actos administrativos

De manera que la EAAY no solo, no contaba con la facultad de declarar unilateralmente el siniestro, pues sus actos y contratos se rigen por el derecho privado; ni podía acudir a la expedición de actos administrativos para realizar la señalada declaratoria; sino que, en virtud del propio contrato de seguro, debía acreditar ante la compañía aseguradora la ocurrencia del siniestro y la cuantía de los perjuicios.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: ALBERTO MONTAÑA PLATA

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de junio de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 85001-23-31-001-2008-00076-01(39800)

Actor: LIBERTY SEGUROS S.A.

Demandado: EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE YOPAL Y OTROS

Referencia: APELACIÓN SENTENCIA - ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

Temas: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES – CONTRATOS ESTATALES ESPECIALES - Régimen jurídico de los actos y contratos en la Ley 142 de 1994 – GARANTÍAS CONTRACTUALES – CONTRATO DE SEGURO - Declaratoria de siniestros en contratos regidos por el derecho privado

Síntesis del caso: la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Yopal declaró terminado un contrato de obra al identificar el incumplimiento de su contraparte, para lo que hizo uso de la condición resolutoria que había sido pactada. En el acto de terminación declaró, de manera unilateral, la ocurrencia del siniestro de incumplimiento y de buen manejo y correcta inversión del anticipo, así como la orden el adelantar los trámites requeridos para el cobro, al garante, de los amparos respectivos.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la Sentencia del Tribunal Administrativo de Casanare de 5 de agosto de

2010, por medio de la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

Contenido: 1. Antecedentes - 2. Consideraciones – 3. Decisión

1.ANTECEDENTES

Contenido: 1.1 La demanda y su trámite de primera instancia – 1.2 Recurso de apelación y trámite de segunda instancia

1.1. La demanda y su trámite de primera instancia

1. El 31 de octubre de 2008 Liberty Seguros S.A., a través de apoderado judicial, presentó **demanda**¹ en contra de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Yopal E.I.C.E. E.S.P. y la Unión Temporal Llano Pozos, conformada por Inco Ltda., Serviambiental Ltda. y Juan Sibel Mariño Inocencio, en ejercicio de la **acción de controversias contractuales**, con el objeto de que se hicieran las siguientes declaraciones: 1) se declarara la nulidad de la Resolución 172 de 7 de abril de 2008, mediante la cual se resolvió: a) terminar el contrato 102 de 2006 cuyo objeto era la perforación de pozos en el piedemonte y la sabana, b) declarar la ocurrencia del siniestro de incumplimiento de las obligaciones pactadas, amparado en la póliza N° 835437 expedida por la compañía de seguros Liberty Seguros S.A., c) declarar la ocurrencia del siniestro de buen manejo y correcta inversión del anticipo, d) ordenar la liquidación del contrato, si fuera posible, de común acuerdo entre las partes, e) adelantar los trámites establecidos para obtener el reconocimiento de las indemnizaciones que resulten a cargo del garante y que se encuentren amparadas en la póliza única de seguro de cumplimiento, f) descontar los valores de la multa impuesta al contratista; 2) se declarara la nulidad de la Resolución 238 de 27 de mayo de 2008, que confirmó la Resolución 172 de 7 de abril de 2008; 3) como consecuencia de la declaratoria de nulidad de las resoluciones, se declarara que la compañía Liberty Seguros S.A. no estaba obligada a efectuar pago alguno; 4) como consecuencia de la declaratoria de nulidad de las resoluciones, se ordenara restituir los dineros que se hubieran pagado o llegaran a pagar Liberty Seguros S.A.; 5) se condenara a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Yopal a pagar, a favor de Liberty Seguros S.A., las expensas y costas del proceso.

¹ Folios 5-68 del cuaderno 2.

2. En la **demanda** la parte actora narró, en síntesis, los siguientes **hechos** relevantes:

3. 1) Entre el Departamento de Casanare y la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Yopal E.I.C.E. E.S.P. (EAAY), se celebró, el 9 de junio de 2006, el convenio interadministrativo N° 114 con la finalidad de que aquél transfiriera recursos a esta, para: 1) la perforación e interventoría de pozos en piedemonte y sabana hasta encontrar abundante agua; 2) el análisis físico y químico de las aguas subterráneas encontradas y 3) el tratamiento de dicha agua cruda, a desarrollar en el municipio de Yopal, Departamento de Casanare.

4. 2) Como resultado de lo anterior, la EAAY realizó una invitación pública para suscribir un contrato que desarrollara el objeto del convenio, a la cual acudieron las uniones temporales Llano Pozos e Ingenieros de Pozos, siendo aceptada la oferta de la primera, por un valor de \$4.854.031.664.

5. 3) El 19 de septiembre de 2006 se suscribió el contrato de obra N° 102 entre la EAAY y la Unión Temporal Llano Pozos, en el cual se pactó que los conflictos que surgieran en el desarrollo del objeto contractual deberían ser resueltos mediante los mecanismos de conciliación y transacción, y, si estos fracasaban, a través de tribunal de arbitramento. De otra parte, señaló que, *“con fundamento en un error de digitación la Empresa de Acueducto acuerda con el contratista adicionar dos cláusulas que faltaron incluir en el contrato original, referentes a la imposición de multas y la condición resolutoria”*.

6. 4) Para garantizar la ejecución del contrato, Liberty Seguros expidió la póliza de seguros de cumplimiento a favor de entidades estatales N° 835437, de 26 de septiembre de 2006, la cual fue aprobada por la entidad en la misma fecha.

7. 5) El plazo pactado para la ejecución del contrato fue de 9 meses a partir de su legalización. El 10 de octubre de 2006 se suscribió el acta de inicio de obra.

8. 6) El contrato fue prorrogado hasta el 9 de diciembre de 2007. Aunque al vencimiento de ese término no se había ejecutado la totalidad de las obras pactadas, desde el pliego de condiciones se había indicado que el contratista definiría el programa de construcción, de acuerdo con la información

proporcionada por la contratante; además, en el contrato se acordó que la entidad estaba en la obligación de dar al contratista todos los datos que requiriera para el cumplimiento del contrato. De esta manera, para ejecutarlo, la contratista requería la definición de los sitios de trabajo, para lo que resultaba indispensable la lista de beneficiarios, que pidió a la EAA Y en múltiples comités celebrados entre los años 2006 y 2007, hasta que, finalmente, le fue proporcionada en forma definitiva el 21 de junio de 2007.

9. 7) Manifestó que el 13 de septiembre de 2007, dado los atrasos referidos, se citó a la contratista para que rindiera descargos y, al día siguiente, se reunieron las partes *“con el fin de efectuar un arreglo directo de las diferencias surgidas con ocasión del contrato”*, reunión en la que se estableció un incumplimiento del contratista y se le impuso multa por valor de \$48.540.316,64, sin que a la compañía aseguradora se le hubiese vinculado a esa actuación, ni se hubiera cumplido el procedimiento para la imposición de multas establecido en la cláusula 23 del contrato.

10. 8) Vencido el plazo del contrato, sin que el contratista hubiera entregado la totalidad de la obra, la EAA Y expidió la Resolución 172 de 2008 en la que declaró terminado el contrato y se declaró la ocurrencia del siniestro de incumplimiento y buen manejo y correcta inversión del anticipo, decisión que fue recurrida tanto por Liberty Seguros como por el contratista, y que fue confirmada a través de la Resolución 238 de 2008.

11. Como **concepto de violación** presentó, en síntesis, las siguientes consideraciones:

12. Falta de competencia para terminar unilateralmente el contrato, calificar la conducta de la unión temporal y declarar la ocurrencia de siniestros *“atribuyéndose facultades de derecho público y desnaturalizando el régimen privado”*.

13. Al respecto, el actor señaló que las resoluciones demandadas (se transcribe):

“adolecen de nulidad, por falta de competencia, en tanto y en cuanto, están incursas en un vicio de legalidad, precisamente por violación de las atribuciones de competencia que la ley le asigna expresamente a los funcionarios públicos y entidades públicas, toda vez que para el asunto en concreto, estando el contrato N° 102 de 2006, regido por el derecho privado, la Gerente de la Empresa de

Acueducto y Alcantarillado de Yopal, atribuyéndose facultades de derecho público y desnaturalizando el régimen privado, de manera unilateral terminó el contrato, calificó la conducta del contratista y declaró un siniestro de incumplimiento, atribución ésta prohibida en las relaciones particulares y habilitada sólo para algunos casos de contratos celebrados por empresas de servicios públicos sometidos a derecho privado, pero con inclusión de cláusulas exorbitantes, que para el caso no operaba”.

14. Frente al privilegio de la autotutela administrativa y de la decisión ejecutoria, señaló que *“tal facultad es de privilegio exclusivo y excluyente para la administración, cuando está actuando en su calidad de administrador, más no como sujeto regido por el derecho de los particulares”.*

15. Indicó, entonces, que la EAAY violó el marco de su competencia pues, *“a través de acto administrativo y en uso extraviado de las facultades excepcionales y de la autotutela administrativa, resolvió por si misma terminar el contrato, incluso cuando había vencido su plazo [así], la facultad de terminar un contrato, calificar la conducta del contratista y declarar el siniestro de manera unilateral por acto administrativo, sin acudir a las reglas estipuladas en el Código Civil y de Comercio para su definición, es claramente una decisión excepcional que rompe la igualdad jurídica que imprime a los contratos regidos por el derecho privado”.*

16. La demandante indicó que la cláusula en la que se pactó la condición resolutoria, que permitía a la EAAY declarar terminado el contrato cuando se presentaran incumplimientos de las obligaciones por el contratista, *“resulta ser una facultad exorbitante que no podía pactarse dentro de los contratos que suscriben las empresas de servicios públicos, pues están excediendo la libertad contractual”.* Dado que la cláusula excedió los límites de la autonomía de la voluntad, pues solo otorgó a una de las partes la facultad de resolver el contrato por incumplimiento, *“dicha cláusula es ilícita e ineficaz, y por ello, no puede darse aplicación a la misma”.*

17. Como resultado de lo anterior, consideró el actor que el *“haber terminado de manera unilateral el contrato por incumplimiento, haber calificado la conducta del contratista y haber declarado los siniestros de incumplimiento y anticipo, son facultades extraordinarias, excepcionales, de las cuales no podía hacer uso la administración, razón por la cual los actos administrativos demandados se encuentran viciados de nulidad por falta de competencia y violación de la ley y el contrato”.*

18. Indicó además que si, en gracia de discusión, la entidad hubiese podido hacer uso de la facultad de terminación unilateral del contrato, la misma se ejerció por fuera del plazo de ejecución del mismo. Así, al haberse pronunciado cuando había expirado el plazo para la ejecución, la declaratoria fue extemporánea pues, de la mano de las consideraciones sobre la competencia temporal para hacer uso de una potestad exorbitante, que han sido expuestas por el Consejo de Estado, *“resultaría fuera de lógica declarar la terminación de algo que ya se encontraba terminado”*.

19. De manera adicional, el demandante indicó que la determinación del incumplimiento y los perjuicios causados debieron ser señalados por la justicia arbitral, por existir una cláusula que obligaba a solucionar las controversias mediante los mecanismos de conciliación y transacción y, ante su fracaso, a través de un tribunal de arbitramento, lo que generaría un vicio adicional de competencia *“por haberse arrogado la facultad de dirimir directa y unilateralmente el conflicto a través de acto administrativo”*.

20. Para la parte actora existió falsa motivación de los actos administrativos adoptados por la EAAY, toda vez que esta incumplió, en primer lugar, sus cargas contractuales, de donde se sigue que procedía la excepción de contrato no cumplido contemplada en el artículo 1609 del Código Civil. En este sentido, puesto que se presentaron varios incumplimientos por parte de la Administración, entre otros, el no haber entregado a tiempo la lista de beneficiarios, a pesar de las múltiples solicitudes del contratista, no podía imputar responsabilidad alguna a su contraparte, ni declarar unilateralmente el incumplimiento de las obligaciones, cuando la entidad había incumplido primero las suyas.

21. Sostuvo que existió, igualmente, falsa motivación por violación de los artículos 1054, 1072 y 1077 del Código de Comercio. En punto al artículo 1077, recordó que la disposición comercial estableció la obligación del asegurado de demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida. De manera adicional, la cláusula 5 del contrato de seguro señaló que para acreditar el siniestro, se debía: *“[P]ara los contratos celebrados por la entidad estatal asegurada en los cuales no resulte obligatoria ni se hubiere convenido las cláusulas excepcionales, mediante remisión a Liberty de los documentos o pruebas que acrediten la ocurrencia del siniestro y cuantía de los perjuicios directos objeto de reclamación, de conformidad con el artículo 1077 del Código de Comercio”*.

22. Agregó que la EAAY no solo terminó irregularmente el contrato, sino que no demostró la ocurrencia y la cuantía del siniestro, pues se limitó a hacer afirmaciones generales sobre el incumplimiento y la indebida inversión del anticipo, para lo que afectó la totalidad de la póliza, sin tener en cuenta que el valor de la pretendida indemnización no correspondía necesariamente con el valor total asegurado.

23. Afirmó que si, en gracia de discusión, se entendiera que procedía el pago de la cláusula penal pecuniaria, en el presente asunto no se dio un incumplimiento total del contrato, por lo que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1596 del Código Civil y 867 del Código de Comercio, dicho pago debe ser proporcional al porcentaje de cumplimiento del contrato que, para el caso, radicaba en un 33,57%. De esta forma, se imponía seguir la misma consecuencia en relación con el cubrimiento del seguro, para lo que recordó que la naturaleza del seguro de daños es meramente indemnizatoria. Por esto, como la entidad contratante no había probado la producción de perjuicios mayores a los tasados en la cláusula penal pecuniaria, no podía hacer efectiva en su totalidad la póliza.

24. En relación con el cobro de la multa, aseveró que la misma no generaba a su cargo una obligación, puesto que, dado que las partes se reunieron y efectuaron un acuerdo de arreglo directo, sin citarla a ella como compañía aseguradora, se vulneraron sus derechos al debido proceso y de defensa, lo que hizo que lo resuelto en esa actuación no le fuera vinculante.

25. Finalmente, señaló que la entidad contratante tampoco podía ejecutar la totalidad del valor asegurado por concepto del siniestro de buen manejo y correcta inversión del anticipo, ya que la contratista evidentemente había amortizado parte de lo que le fue entregado en esa calidad, y aquélla no había probado que esta se hubiese apropiado ilegal e indebidamente de ese dinero.

26. El 13 de noviembre de 2008, el Tribunal Administrativo de Casanare **admitió la demanda**².

27. La EAAY **contestó la demanda** oportunamente³ y se opuso a la totalidad de las pretensiones elevadas por la parte actora.

² Folios 289 del cuaderno 1.

³ Folios 295-310 del cuaderno 1.

28. En síntesis, afirmó que, si bien, mediante acto administrativo se declaró la terminación del contrato, no era cierto que ello lo hubiese hecho con fundamento en el ejercicio de potestades exorbitantes, en consideración a que, tal y como lo afirmó la demandante, dicho negocio jurídico ya había finalizado por vencimiento del plazo contractual, de donde se infería que tal declaración la hizo para *“formalizar la terminación del mismo y dar solución a una situación inconclusa (...) para dar certeza a la misma, para constatar o ratificar el hecho”*, mas no implicó realmente su culminación; lo que hizo, por demás, *“por medio de un acto administrativo que es el medio como se manifiesta la administración”*.

29. Como conclusión de los argumentos expuestos, sostuvo que *“se puede colegir que no existe falta de competencia por cuanto mi representada no acudió a ninguna potestad excepcional; sencillamente mediante acto administrativo, que es la forma como se pronuncia la administración, dio certeza a una situación inconclusa y declaró la ocurrencia de los siniestros porque se presentaron las condiciones reales para hacerlo”*.

30. Ahora bien, indicó que, si el juez del caso llegase a considerar que la EAAY actuó en ejercicio de alguna potestad exorbitante en los actos contractuales objeto de discusión; en virtud de las disposiciones contenidas en la Ley 142 de 1994 (artículos 31 y 32), le estaba permitido a la entidad pública hacer uso de ellas, y *“que por esta razón incluyó la cláusula vigésima cuarta del contrato en la cual se estableció la facultad de la Entidad para dar por terminado el contrato ante el incumplimiento del contratista, sin importar la denominación asignada”*.

31. En lo que respecta a la señalada falsa motivación de los actos, fundada en que la Administración no podía terminar unilateralmente el contrato cuando ella misma había incumplido inicialmente sus obligaciones, la demandada señaló que fue, precisamente, producto del retraso en el cumplimiento que se había ampliado el plazo de ejecución del contrato, *“tiempo suficiente para culminar las obras que en el momento de la suscripción de la prórroga se encontraban ya adelantadas”*. En todo caso, el incumplimiento endilgado a la EAAY no era determinante para el incumplimiento del contratista, pues no fue grave, ni lo imposibilitó para cumplir con las obligaciones a su cargo.

32. Propuso la **excepción** de inepta demanda por trámite inadecuado de la acción, pues consideró que, al ser el contrato objeto de controversia un contrato sometido al derecho privado, no sujeto a las disposiciones de la Ley 80 de 1993,

“no es dable acudir ante la jurisdicción por vía de la acción contractual puesto que los actos administrativos atacados tampoco se encuentran sometidos a dicho régimen por no haberse proferido en virtud de una contrato de naturaleza estatal”; por ello el demandante debió acudir a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho para desvirtuar la presunción de legalidad de los actos expedidos.

33. El 5 de agosto de 2010 el Tribunal Administrativo de Casanare profirió **sentencia de primera instancia** mediante la cual declaró: 1) no probada la excepción de inepta demanda; 2) la nulidad de los actos demandados en lo relacionado con la multa impuesta por la suma de \$48.540.316; 3) la rebaja del monto del valor de los riesgos asegurados por concepto de incumplimiento y buen manejo del anticipo; 4) negadas las demás pretensiones.

34. Señaló el Tribunal que era competente para decidir el asunto por tratarse de una empresa prestadora de servicios públicos.

35. En lo que respecta a la excepción referida a la ineptitud de la demanda por el trámite inadecuado, propuesto por la demandada, sostuvo que, independientemente de que se tratara de una acción contractual o de nulidad y restablecimiento del derecho, ambas se tramitaban por el procedimiento ordinario.

36. En relación con la naturaleza jurídica del contrato, advirtió que era de carácter público, ya que fue fruto del convenio interadministrativo por medio del cual el departamento de Casanare se obligó a transferirle recursos a la EAAY para la perforación e interventoría de pozos en piedemonte y sabana.

37. Para sustentar la anterior conclusión, el Tribunal señaló que: 1) el objeto del convenio interadministrativo y del contrato eran el mismo, esto es, la construcción de obra pública a precios unitarios y a todo costo; 2) los recursos del contrato en su totalidad fueron suministrados por el departamento del Casanare; 3) la EAAY no celebró el contrato N° 102 de 2006 dentro de la órbita ordinaria de su objeto social, sino que se redujo a una mera ejecutora del convenio interadministrativo pactado; 4) la invitación a contratar fue pública.

38. Con fundamento en lo señalado, precisó que el contrato debió regirse por el Estatuto de Contratación Pública, al ser su objeto la realización de una obra pública, por lo que debieron *“pactarse expresamente las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de*

sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad. Pero si ellas no se pactaron expresamente, se entienden incorporadas sin necesidad de pacto expreso (artículo 14 numeral 2 de la Ley 80/93)". Así, el juzgador de primera instancia concluyó que estaban implícitas en el contrato las cláusulas "*exorbitantes de interpretación, modificación, terminación y caducidad*", pues, de la mano del artículo 31 de la Ley 142 de 1994 y la Resolución 293 de 2004 de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico (que modificó la Resolución 151 de 2001), al ser un contrato de obra, en él eran obligatorias las citadas cláusulas.

39. Afirmó que estaba demostrado que la Unión Temporal Llano Pozos solo ejecutó un 33,57% del contrato, además, aunque la EAAY también incumplió parcialmente sus obligaciones, al demorarse en entregar las listas de beneficiarios de las perforaciones, dicho retraso no fue determinante para el incumplimiento del contratista; concluyó entonces que no eran de recibo, la excepción de contrato no cumplido, ni la falsa motivación en relación con la declaratoria del siniestro de incumplimiento.

40. En similar sentido despachó las pretensiones sobre el anticipo, pues, una vez recibido, el contratista no había presentado informe de inversión del valor anticipado, si bien se había amortizado una proporción del mismo.

41. Por lo anterior el Tribunal concluyó que existían "*legales y justas razones*" para dar por terminado el contrato y declarar la ocurrencia de los respectivos siniestros.

42. El Tribunal también se pronunció sobre el monto al que debía ascender la cuantía de los riesgos cubiertos, pues, podría haber lugar al 100% del valor asegurado si el incumplimiento hubiera sido total; sin embargo, dado que se ejecutó un 33,57% del contrato, debía rebajarse ese porcentaje en la liquidación del monto a pagar. Lógica que también aplicó para la cobertura del riesgo del anticipo, al que le descontó el valor que había sido amortizado.

43. Finalmente, declaró la nulidad de la multa impuesta al contratista, puesto que Liberty Seguros no conoció de la misma, "*no fue citada para darle la posibilidad de participar en el procedimiento adelantado para concertar la multa*".

44. El Tribunal Administrativo de Casanare decidió compulsar copias a la Procuraduría General de la Nación y a la Fiscalía General, pues consideró que la

EAAAY se amparó en el régimen privado de los contratos para ejecutar un contrato que debió regirse por el Estatuto de Contratación, situación que, en sentir del Tribunal, se hacía para “*evadir el juez natural (jurisdicción contencioso administrativa)*”, además de considerar que ambas entidades (contratante y contratista) utilizaron “*la triangulación en la forma que se acaba de exponer para evadir los principios de transparencia y las normas de contratación que regulan el contrato de obra pública*”.

1.2. Recurso de apelación y trámite de segunda instancia

45. El 27 de agosto de 2010, el demandante interpuso **recurso de apelación**⁴ en contra de la sentencia de primera instancia, en el que insistió en algunas de las consideraciones de la demanda y, en especial:

46. Señaló que la demanda no era contradictoria al solicitar la nulidad de los actos administrativos demandados por falta de competencia de la EAAAY, en la medida en que ello era un asunto que le correspondía a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, la cual estaba encargada de conocer sobre la legalidad de las decisiones de la Administración.

47. Indicó que el contrato de obra N° 102 de 2006 se rigió por el derecho privado y, como consecuencia, a la EAAAY no le era dable adoptar las decisiones contenidas en los actos administrativos demandados.

48. Adujo que resultaba improcedente señalar, como lo hizo el Tribunal, que el contrato celebrado era un contrato regido por la Ley 80 de 1993, pues, ni el que la invitación fuese pública, ni el que se hubiera celebrado previamente un convenio interadministrativo, convertían a público el régimen jurídico del contrato, entre otras razones, porque no era cierto que el convenio interadministrativo y el contrato tuvieran el mismo objeto.

49. En consecuencia, el régimen jurídico aplicable era “*la normatividad especial que rige a las empresas de servicios públicos domiciliarios, y en general el derecho privado, por lo que en este escenario no era procedente la inclusión de cláusulas excepcionales, ni el pacto de potestades especiales para uno de los contratantes, pues, ello es contrario al principio de igualdad que debe regir en los contratos regulados por el derecho privado*”.

⁴ Folios 476-508 del cuaderno del Consejo de Estado.

50. Insistió en la falta de competencia de la EAAY para expedir los actos administrativos demandados (que los hacía estar viciados de nulidad), pues la entidad no podía *“terminar unilateralmente el contrato, calificar la conducta del contratista, ni mucho menos declarar la ocurrencia del siniestro de manera unilateral, por cuanto, dicha facultad excepcional no se encontraba prevista en tratándose de contratos de derecho privado”*.

51. Indicó que el contrato celebrado era de aquellos regidos por el derecho privado, donde no era forzosa la inclusión de cláusulas exorbitantes, pues no se adecuaba a ninguna de las causales que la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico estimó obligatorias. Al respecto, analizó cada una de las previsiones contenidas en la Resolución 293 de 2004 sobre la materia y, al abordar lo referente a los contratos de obra, indicó que la misma norma estableció que solo era obligatorio pactar dicho tipo de cláusulas en el evento en que el incumplimiento del contrato conllevara a la paralización o interrupción del servicio público, lo que no se configuraba en el caso objeto de estudio.

52. De otro lado, reiteró que el incumplimiento del contrato por parte del contratista se debió al incumplimiento de la entidad contratante para entregar la lista de beneficiarios.

53. Finalmente, el apelante alegó que la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida no podía efectuarse a través de acto administrativo, pues el contrato no contemplaba cláusula excepcional alguna, por lo que se debió recurrir a lo dispuesto por el artículo 1077 del Código de Comercio. Lo anterior hizo que la EAAY, además de terminar irregularmente el contrato, no demostrara la ocurrencia del siniestro, y solo se limitara a realizar una afirmación general sobre el pretendido incumplimiento; esto, cuando a la Administración le correspondía, en realidad, demostrar debidamente los perjuicios ocasionados, no presumirlos y, menos aún, entender que correspondían al valor total asegurado.

54. Mediante Auto de 16 de septiembre de 2010, el Tribunal Administrativo de Casanare **concedió el recurso de apelación** sin haberse tramitado la audiencia de conciliación prevista en el artículo 70 de la Ley 1395 de 2010, al no considerarlo pertinente, por entender que la sentencia proferida no era de carácter condenatorio⁵.

⁵ Folio 510 del cuaderno del Consejo de Estado.

55. A través de Auto de 23 de noviembre de 2010, esta Corporación **dispuso la devolución del expediente al Tribunal**⁶, toda vez que la sentencia fue condenatoria y, por tanto, se imponía la realización de la audiencia de conciliación⁷.

56. El Tribunal Administrativo de Casanare, a través de Auto de 3 de marzo de 2011, fijó fecha para llevar a cabo la audiencia de conciliación, la cual se celebró el 24 de marzo siguiente, audiencia en la que **se declaró fracasada la conciliación** ante la falta de ánimo conciliatorio de las partes, y donde el Tribunal ordenó remitir nuevamente el proceso Consejo de Estado para que conociera del recurso⁸.

57. El **recurso de apelación** fue finalmente **admitido** por Auto de 18 de mayo de 2011⁹.

58. La parte demandante presentó los respectivos **alegatos de conclusión** en los que reiteró los argumentos expuestos a lo largo del proceso¹⁰. La parte demanda guardó silencio.

59. El **Ministerio Público** emitió **concepto** dentro del proceso de la referencia, en el que concluyó que *“la cláusula del contrato que contenía la condición resolutoria, fue pactada de manera facultativa para que la entidad pudiera declararla en cualquier momento y una vez se generara el incumplimiento por parte del contratista. Por ello, bien pudo la entidad hacer dicha declaración mediante la resolución como lo hizo o a través de una simple comunicación”*¹¹.

60. La Procuraduría consideró que la entidad no hizo uso de una cláusula excepcional de terminación unilateral del contrato sino de la condición resolutoria

⁶ Folio 514 del cuaderno del Consejo de Estado.

⁷ Ley 1395 de 2010, artículo 70: “En materia de lo contencioso administrativo, cuando el fallo de primera instancia sea de carácter condenatorio y contra el mismo se interponga el recurso de apelación, el juez o magistrado deberá citar a audiencia de conciliación, que deberá celebrarse antes de resolver sobre la concesión del recurso. La asistencia a esta audiencia será obligatoria.

Parágrafo. Si el apelante no asiste a la audiencia, se declarará desierto el recurso.”

⁸ Folio 522 y 523 del cuaderno del Consejo de Estado.

⁹ Folio 531 del cuaderno del Consejo de Estado.

¹⁰ Folios 535-598 del cuaderno del Consejo de Estado.

¹¹ Folios 599-606 del cuaderno del Consejo de Estado.

pactada por las partes. Indicó, además, que la declaratoria del siniestro podía hacerse de la manera en la que se hizo, mediante la resolución que se demanda, en la medida en que el mencionado acto administrativo daba cuenta de las razones en las que había sustentado su declaración.

2. CONSIDERACIONES

Contenido: 2.1. Jurisdicción y competencia - 2.2. Hechos probados - 2.3. Caso concreto - 2.4. Sobre el régimen jurídico del contrato celebrado - 2.5. Sobre la cláusula que contiene la condición resolutoria y la terminación unilateral del contrato regido por el derecho privado - 2.6. Sobre las actuaciones de las empresas regidas por el derecho privado, la naturaleza de sus actos y los vicios derivados de la falta de competencia – 2.7. Sobre la declaratoria del siniestro por parte de empresas públicas regidas por el derecho privado - 2.8. Sobre la pretensión de restitución de los dineros que se hubieran pagado o llegaren a pagarse – 2.9. Sobre la condena en costas

2.1. Jurisdicción y competencia

61. El conocimiento de los litigios (contractuales y extracontractuales) de los prestadores de los servicios públicos domiciliarios ha sido un aspecto controvertido en la doctrina y la jurisprudencia, en el que no ha existido, en absoluto, una línea unívoca; sin embargo, en época reciente ha obtenido, en opinión de esta Sala, una posición coherente, aparentemente ausente de discusión, que encuentra solución en el derecho positivo.

62. El problema tuvo origen en un vacío normativo. En efecto, la Ley 142 de 1994, contenedora de un régimen jurídico mixto, y prevalentemente privado para los prestadores de estos servicios, nada indicó sobre el juez de las controversias de los sujetos prestadores, en general, y se limitó a presentar, para situaciones muy concretas, soluciones de competencia en cabeza de la jurisdicción de lo contencioso administrativo y, en ocasiones, de la jurisdicción ordinaria¹².

¹² Por ejemplo, en materia de controversias relativas a cláusulas excepcionales, debidamente incorporadas en contratos celebrados por prestadores de servicios públicos domiciliarios (artículo 31); o el ejercicio de prerrogativas propias de las autoridades públicas (artículo 33); dispuso que su conocimiento sería de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Por su parte, para el caso de procesos ejecutivos adelantados por prestadores de servicios públicos domiciliarios para hacer efectivo el pago de sus acreencias (artículo 130) se dispuso que su conocimiento sería de la jurisdicción ordinaria.

63. Frente a este vacío, y con el trasfondo lógico de la, no poco frecuente, fundamentación histórica de la jurisdicción de lo contencioso administrativo como juez de los servicios públicos, esta Corporación intentó darle solución al problema con tesis no uniformes, aunque construidas en un considerable espacio de tiempo. Con ánimos de síntesis se pueden recoger tres:

64. En un primer momento, se concibió que, como la regla general en servicios públicos domiciliarios era el régimen jurídico privado, su conocimiento correspondería a la jurisdicción ordinaria, mientras que, en los casos en los que, excepcionalmente, se tratara de controversias que debían ser resueltas con derecho público, su conocimiento correspondería a la jurisdicción de lo contencioso administrativo¹³.

65. En un segundo momento y, circunscrito, exclusivamente, para controversias de naturaleza contractual, se indicó que, cuando los servicios públicos domiciliarios fueran prestados por entidades estatales, se constataba su calidad de contratos estatales especiales ya que, por regla general, no se regían por la Ley 80 de 1993 sino por el derecho privado, situación que no obstaba para que dejaran de ser contratos estatales y el juez de sus controversias la jurisdicción de lo contencioso administrativo¹⁴. Vale la pena recordar que esta tesis exigía del juez el reconocimiento de entidad estatal (o pública) del prestador de servicios públicos domiciliarios; situación nada pacífica a la luz de la jurisprudencia de entonces, en atención a la existencia de capital público en todas las empresas de servicios públicos mixtas y, en muchas oportunidades, aún en las privadas¹⁵.

66. Finalmente, y esta se entiende como la posición vigente, se construyó una tesis que encuentra fundamento en una solución de derecho positivo: si el problema surge frente a un vacío normativo, todas las situaciones en que la Ley no sea clara sobre el conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo o la jurisdicción ordinaria, deben solucionarse de la mano de la norma contentiva de la cláusula general de competencias de la primera, ya que

¹³ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Auto de 23 de septiembre de 1997, expediente S-701.

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 8 de febrero de 2001, expediente 16.661.

¹⁵ La naturaleza de entidad pública de todas las empresas de servicios públicos donde se constatará la presencia de capital público, fue señalada primero por el Consejo de Estado (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 2 de marzo de 2006, expediente 29.703) y luego por la Corte Constitucional (Sentencia C-736 de 2007).

esta existe, entre otras, para cubrir este tipo de lagunas interpretativas. En virtud de esto, de la aplicación de la cláusula general de competencias de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, puede resultar que la controversia sea de su conocimiento y, en caso contrario, se deberá acudir a la jurisdicción ordinaria que es la regla general¹⁶ de conocimiento en los distintos órdenes jurisdiccionales que existen en Colombia.

67. La cláusula general de competencia vigente para la época del caso objeto de conocimiento era el artículo 82 del CCA (hoy contenida en el artículo 104 del CPACA) con la reforma que le introdujo la Ley 1107 de 2006. Esta última norma le imprimió un talante prevalentemente orgánico a esta importante norma del CCA, en virtud del cual, si el sujeto prestador de servicio público domiciliario involucrado en la controversia es una entidad pública, el conocimiento de esta correspondería a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

68. En el presente caso la EAAY, en su condición de parte pasiva de este litigio, detentaba la condición de empresa industrial y comercial del estado y, por ende, no existen dudas de su naturaleza pública, motivo por el cual el conocimiento de esta controversia le corresponde a esta jurisdicción.

69. Sumado a lo anterior, el Consejo de Estado es **competente** para conocer de los recursos de apelación interpuestos contra las sentencias dictadas por los Tribunales Administrativos en primera instancia, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo.

2.2. Hechos probados

70. En consideración a los **medios de prueba** regularmente aportados al proceso, se acreditaron, en síntesis, los siguientes hechos relevantes:

71. Entre el departamento de Casanare y la EAAY se celebró el convenio interadministrativo N° 114 de 2006, cuyo objeto consistió en la transferencia de recursos para la perforación e interventoría de pozos, análisis físico-químicos de

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 17 de febrero de 2005, expediente 27.673.

las aguas subterráneas y la implementación de mecanismos para el tratamiento del agua¹⁷.

72. Como resultado de lo anterior, la EAAY realizó una invitación pública para celebrar un contrato que desarrollara el objeto del convenio, a la cual acudieron las uniones temporales Llano Pozos e Ingenieros de Pozos¹⁸.

73. Se decidió aceptar la oferta de la primera, por un valor de \$4.854.031.664, y se celebró el contrato de obra N° 102 de 2006¹⁹, contrato que fue objeto de una modificación, mediante otrosí N° 1 de 2006, por el que se adicionaron las cláusulas tituladas *multas* y *condición resolutoria*²⁰; y de prórroga, mediante otrosí N° 2 de 2007, por el que se amplió el plazo de ejecución²¹.

74. Como garantía para la ejecución del contrato, Liberty Seguros expidió la póliza de seguros de cumplimiento a favor de entidades estatales N° 835437, de 26 de septiembre de 2006, la cual fue aprobada por la entidad en la misma fecha²².

75. Se celebró el “*acta de arreglo directo*”, de 12 de septiembre de 2007, en la cual se impuso multa al contratista por valor de \$48.540.316,44²³.

76. Mediante Resolución 172 de 2008 se resolvió, entre otras consideraciones, terminar el contrato y declarar la ocurrencia del siniestro de incumplimiento y de buen manejo y correcta inversión del anticipo²⁴.

77. Luego de interponer recurso de reposición contra la anterior Resolución²⁵, la EAAY, mediante Resolución 220 de 6 de mayo de 2008, resolvió confirmarla²⁶.

2.3. Caso concreto

78. En consideración a los hechos probados y a los motivos de la apelación, la Sala deberá establecer si, de las actuaciones demandadas pueda predicarse un

¹⁷ Folios 69-71 del cuaderno 2.

¹⁸ Folios 72-108 del cuaderno 2.

¹⁹ Folios 110-115 del cuaderno 2.

²⁰ Folios 118 y 119 del cuaderno 2.

²¹ Folio 118 del cuaderno 2.

²² Folios 119-126 del cuaderno 2.

²³ Folios 182 y 183 del cuaderno 2.

²⁴ Folios 184 y 193 del cuaderno 2.

²⁵ Folios 207-251 del cuaderno 2.

²⁶ Folios 252-270 del cuaderno 2.

vicio de nulidad por falta de competencia, para lo que corresponde, en primer lugar, pronunciarse sobre el régimen jurídico aplicable al contrato celebrado y las consecuencias que de ello se deriva. La Sala se pronunciará, además, sobre la condición resolutoria que fue pactada en el contrato y sobre la declaratoria que realizó la entidad, empresa prestadora de servicios públicos, regida por la Ley 142 de 1994, de la ocurrencia del siniestro y la tasación del monto de los perjuicios.

2.4. Sobre el régimen jurídico del contrato celebrado

79. Constituye un asunto previo, para el estudio del recurso de apelación, precisar cuál debía ser el régimen jurídico aplicable al contrato celebrado entre la EAAY y la Unión Temporal Llano Pozos, pues, de su definición se deriva un conjunto de consideraciones relevantes, razonamiento que cobra mayor importancia dado el alcance desviado que decidió otorgarle el juez de primera instancia al pacto celebrado por las partes.

80. Con la adopción de la Constitución Política de 1991, de la mano de la libertad económica, la iniciativa privada y la libre competencia²⁷, se erigieron los servicios públicos como una categoría inherente a la finalidad social del Estado²⁸. Una nueva concepción fue configurada, toda vez que, unido a la libre entrada en materia de servicios públicos, al Estado, más que ser un prestador de dichos servicios (que lo puede ser), le fue asignado el deber constitucional de asegurar su prestación, así como desarrollar funciones de “regulación, control y vigilancia”.

²⁷ Constitución Política de Colombia, artículo 333. “La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial. El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación”.

²⁸ Constitución Política de Colombia, artículo 365: “Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita”.

81. El artículo 365 constitucional dejó en manos del legislador la disposición para definir el régimen jurídico aplicable a la prestación de los servicios públicos. Legislador que, a través de la Ley 142 de 1994, decidió someter a un régimen privado (salvo puntuales excepciones) los actos y los contratos de los prestadores de servicios públicos domiciliarios²⁹. Así, los artículos 32³⁰ y 31³¹ de la Ley 142 de 1994, establecieron un régimen de derecho privado para los actos, los cuales “se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado”, y los contratos, que “no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”.

82. La Corte Constitucional, al estudiar el régimen jurídico de estos actos y contratos de las empresas de servicios públicos domiciliarios, se pronunció sobre la decisión legislativa de someterlos a un régimen privado, y señaló que, en observancia de la libre configuración del legislador, resultaba constitucional la opción acogida, por ello estableció que: “el legislador, en uso de la facultad constitucional consagrada en los artículos 365 y 367 de la Carta, (...) entregó a las normas que regulan la conducta de los particulares la forma de actuar y contratar de las empresas prestadoras de los servicios tantas veces citados, sin transgredir con ello la normatividad Superior”³².

83. Ahora bien, la propia Ley 142 de 1994, al disciplinar la materia, decidió reservar un reducto de derecho público. Así, de la mano de otras disposiciones consagradas en la misma ley (como el artículo 154 que establece los recursos procedentes contra los actos de negativa del contrato, suspensión, terminación, corte y facturación que realice la empresa, o el artículo 33 que atribuye potestades como la expropiación), el propio artículo 31 reservó la aplicación de las

²⁹ Se alude a prestadores en general, aunque la ley, las más de las veces, haga referencia a las Empresas de Servicios Públicos. Es evidente que aunque se trate de casos excepcionales, de otros tipos de prestadores, ello no significa que cambie la orientación de su régimen (derecho privado) en virtud de la igualdad entre prestadores en el marco de la libre competencia. Así se deriva de la lectura de los artículos 365, en concordancia con los artículos 333 y 13 de la Constitución Política. Ver: Corte Constitucional, Sentencia C- 066 de 1997.

³⁰ Artículo 32. “Salvo en cuanto la Constitución Política o esta Ley dispongan expresamente lo contrario, la constitución, y los actos de todas las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, en lo no dispuesto en esta Ley, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado”.

³¹ Artículo 31. “Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa (...)”

³² Corte Constitucional, Sentencia C- 066 de 1997.

disposiciones pertinentes de la Ley 80 de 1993 a los actos y contratos donde se utilicen cláusulas exorbitantes, cuya inclusión puede convertirse en obligatoria, para ciertos contratos, por consideración de las comisiones de regulación, o facultativa, para otros, previa consulta expresa por parte de las propias empresas prestadoras³³.

84. En atención a la citada disposición legislativa, la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico (CRA), mediante Resolución 151 de 2001 (modificada por la Resolución 293 de 2004), estableció un deber de pacto de *“cláusulas exorbitantes o excepcionales a que se refiere el artículo 14 de la Ley 80 de 1993”*, entre otros, en los contratos que se deben adjudicar por licitación, o en los contratos de obra, consultoría, suministro de bienes y compraventa, siempre que el objeto del contrato, *“de no ser cumplido en la forma pactada, pueda traer como consecuencia necesaria y directa la interrupción en la prestación del servicio público domiciliario de acueducto, alcantarillado y aseo o la reducción en los niveles de calidad y continuidad debidos”*.

85. Si se observa en detalle, para que su inclusión sea obligatoria, se requiere de una condición dual, pues, de la mano del tipo de contrato a celebrar (como el contrato de obra), se debe considerar que su incumplimiento pueda llegar a interrumpir la prestación adecuada del servicio público o la reducción en los niveles de calidad y continuidad.

86. De manera que no resulta cierto, tal y como lo afirmó el Tribunal Administrativo de Casanare, que el contrato celebrado haya debido regirse por la Ley 80 de 1993. La afirmación del Tribunal resulta doblemente errada, pues, primero que todo, la naturaleza de los recursos no hace que un contrato estatal deba estar regido por las disposiciones del Estatuto Contractual, esto, pues, la categorización de estatal al contrato se lo otorga el que haya sido celebrado por una entidad estatal y no que el régimen aplicable sea el derecho público; tampoco es cierto que, al tratarse de un contrato de obra, de la mano del artículo 31 de la Ley 142 de 1994 y la citada Resolución 293 de 2004, se convirtiera en un contrato

³³ Artículo 31. *“(…) Las Comisiones de Regulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y podrán facultar, previa consulta expresa por parte de las empresas de servicios públicos domiciliarios, que se incluyan en los demás. Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos y contratos en los que se utilicen esas cláusulas y/o se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa (...)”*.

regido por el Estatuto Contractual, pues, entre otras consideraciones, bastará con recordar que en los contratos en los que la inclusión de las cláusulas resultare obligatoria (o en los que se solicite su inclusión a la respectiva comisión de regulación), lo que ocurre, es que *“todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993”*; esto es, el que la inclusión resulte forzosa, no convierte al contrato en una convención regida por el Estatuto Contractual, pues este solo rige lo relativo a las cláusulas. Por ello, no resulta de recibo el haberle dado la calificación de contrato estatal gobernado por el derecho público, a un contrato que, en realidad, desde la lectura adecuada de las normas especiales que lo norman, se rige por el derecho privado.

87. En conclusión, el régimen aplicable al contrato celebrado por la EAAY, una empresa prestadora de servicios públicos, regida por la Ley 142 de 1994, en el que no se pactaron cláusulas excepcionales, debe ser, para todas sus consideraciones, el derecho privado, por lo que, a diferencia del alcance que pretendió darle el juzgador de primera instancia, el contrato debía regirse por el derecho común; situación que, además, deja sin piso las consideraciones que llevaron al Tribunal a compulsar copias a la Procuraduría General de la Nación y a la Fiscalía General para que adelantaran las investigaciones correspondientes.

2.5. Sobre la cláusula que contiene la condición resolutoria y la terminación unilateral del contrato regido por el derecho privado

88. Las partes del contrato de obra en estudio decidieron incluir en su acuerdo la cláusula 24, titulada “condición resolutoria”, cuyo contenido literal es el siguiente: *“El incumplimiento de una cualquiera de las obligaciones que contrae el contratista, deja en libertad a la EAAY para declarar la terminación del contrato e iniciar ipso facto el cobro ejecutivo de las obligaciones a que haya lugar, sin que deba mediar reconvención alguna. Por tanto, el contratista manifiesta conocer la existencia de cada una de las presentes cláusulas, quien manifiesta que se allana a las mismas y renuncia a los requerimientos privados legales a que hubiera lugar, incluyendo, la constitución en mora”*.

89. Para el demandante, la citada cláusula 24 (se transcribe):

“mediante la cual se pactó la condición resolutoria, es decir, la facultad para que la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de

Yopal, declarara terminado el contrato suscrito, cuando se presentaran incumplimientos de las obligaciones por parte del contratista, resulta ser una facultad exorbitante que no podía pactarse dentro de los contratos que suscriben las empresas de servicios públicos, pues están excediendo el límite de la libertad contractual (...) Es claro que no puede pretenderse otorgar a una sola de las partes contratantes la facultad para resolver el contrato por incumplimiento, pues ello rompería con los principios de la contratación privada, en los cuales se predica la relación de igualdad entre las partes. Es así como dicha cláusula excedió los límites de la autonomía de la voluntad de las partes, y con ella creando facultades excepcionales para la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Yopal, lo cual no se puede aceptar en tratándose de contratos de derecho privado, por lo que se tiene que dicha cláusula es ilícita e ineficaz, y por ello, no puede darse aplicación a la misma, lo que conlleva a que no pueden servir de fundamento para los actos administrativos demandados (...)"

90. Es resumen, el reproche del demandante se concreta en señalar que la EAAY no podía acudir a la condición resolutoria en la forma en la que lo hizo, pues su pacto resultaba en la constitución de una facultad excepcional que rompía la igualdad de las partes, lo que la hacía ilícita e ineficaz. Por lo anterior, la propia ineficacia de la cláusula impedía que se pudiera acudir a ella para que, sobre su aplicación, se erigiera el fundamento de los actos demandados en los que se declaró la terminación del contrato.

91. Debe recordarse que, en la propia contestación de la demanda, la EAAY indicó que, al hacer uso de la condición resolutoria, no se estaba acudiendo al ejercicio de facultad excepcional alguna. Oportunidad en la que además señaló que, si el juez llegase a considerar que se trataba de una cláusula de la Ley 80 de 1993, debía estimarse que estas, en todo caso, estaban permitidas, dado que se había celebrado un contrato de obra, de manera que *"no existía ningún obstáculo para que la Empresas de Acueducto y Alcantarillado de Yopal acudiera a las normas del Estatuto de Contratación de la Administración Pública e incluyera las llamadas cláusulas exorbitantes"*, por lo que a la EAAY sí le estaba permitido pactar y hacer uso de la facultad de terminación unilateral, ante el incumplimiento del contratista.

92. La anterior consideración, presentada por la entidad demanda, lleva a la Sala a recordar que, para que las cláusulas excepcionales, consagradas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, puedan considerarse de inclusión obligatoria, o puedan pactarse como resultado de la respectiva solicitud a la entidad competente, se debe observar la citada normativa de la Comisión de Regulación de Agua Potable

y Saneamiento Básico, es decir, se deben cumplir los supuestos allí contemplados; por lo que no puede resultar ser un espacio de indiferencia para una entidad estatal el entender que, o bien se ha incluido en el contrato una cláusula excepcional que se rige, para todos efectos, por el Estatuto Contractual, o bien, la misma cláusula se pactó en ejercicio de la autonomía dispositiva de las partes.

93. De la lectura detallada del acuerdo celebrado, aunque en el contrato no se entendían incluidas, de manera obligatoria, las potestades excepcionales a las que refiere el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, ni se probó en el proceso que se hubiera solicitado a la Comisión de Regulación la autorización para su inclusión; el que el contrato de obra celebrado no haya contenido las facultades excepcionales del Estatuto Contractual (puntualmente la terminación unilateral, cuya regulación expresa, en el artículo 17 de la Ley 80 de 1993, la ata a la configuración de determinados supuestos), no impedía que las partes pudieran pactar, como en efecto lo hicieron, una cláusula que contuviera una condición resolutoria. Lo anterior pues, este tipo de acuerdos entre sujetos de derecho privado resulta un pacto perfectamente válido, de manera que, cuando la Administración actúa como tal, esto es, cuando actúa como un sujeto regido por el derecho privado, no debe entenderse nada diferente a que, en igual sentido, está en la facultada de celebrar este tipo de pactos y los demás acuerdos que permita el ejercicio de la autonomía de la voluntad.

94. Cuando se estudia en detalle el contenido de la cláusula pactada, que se dio en llamar “condición resolutoria”, se observa que, más allá de su poco afortunada redacción, en realidad, la misma se trataba de una terminación unilateral por incumplimiento de la contraparte, esto, pues, en el ordenamiento colombiano, la doctrina mayoritariamente ha entendido que la llamada condición resolutoria, contenida en el artículo 1546 del Código Civil y en el artículo 870 de Código de Comercio, requiere obligatoriamente la intervención judicial. Así, la cláusula pactada se ajusta más a un acuerdo de terminación unilateral, cláusula que, en todo caso, puede ser pactada entre sujetos de derecho privado.

95. La terminación unilateral es una facultad que le permite a un extremo de la relación contractual, ante el incumplimiento de su contraparte (en los casos en los que ese haya sido el supuesto que permita la terminación), dar por terminado el contrato, sin necesidad de acudir al juez. Las disposiciones civiles y comerciales contienen algunos ejemplos de terminaciones unilaterales, como el que consagra

el artículo 973 del Código de Comercio, para el caso de un contrato de suministro cuyo incumplimiento le haya causado perjuicios graves a una parte, o un ejemplo de “terminación automática”, como la terminación del contrato de seguro por mora en el pago de la póliza (artículo 1068 del Código de Comercio), a lo que se suman otros ejemplos contenidos en los artículos 1325, 1279 y 1420 del Código de Comercio.

96. La terminación unilateral es un pacto válido entre privados, posibilidad que se basa en el entendimiento cabal de los alcances de la autonomía de la voluntad, que llega al punto de permitirle a la contraparte, cuando una de ellas ha prestado su concurso, para que, sin necesidad de declaratoria judicial, dé por terminado el contrato cuando se cumplan los supuestos que han sido previamente estipulados; esto, sin perjuicio de que la parte afectada pueda luego acudir al juez para discutir las razones que llevaron a realizar la mencionada declaratoria. *“Esa innovación, que prescinde del presupuesto de la decisión judicial, aun cuando no elimina la calificación a posteriori por el juez, ha llevado a hablar de ‘unilateralismo contractual’, para aludir a la prerrogativa de cualquiera de las partes de acabar con la eficacia del contrato por su sola decisión; acá en caso de incumplimiento grave, sin necesidad de pronunciamiento judicial constitutivo”*³⁴

97. La autonomía de la voluntad contractual está al origen del pacto y el ejercicio de este tipo de cláusulas unilaterales, de manera que, cuando es la entidad estatal la que actúa regida por las normas del derecho privado, se discute si, en igual sentido, puede entenderse investida de las mismas posibilidades para celebrar este tipo de pactos.

98. Inicialmente, la jurisprudencia consideró que a una entidad regida por el derecho privado no le era dado pactar cláusulas unilaterales, pues no tenía habilitación legal³⁵, una línea que dejaba en evidencia la consolidación de una posición jurisprudencial que rechazaba, por falta de competencia, el pacto y ejecución de cláusulas excepcionales, exorbitantes o unilaterales en contratos regidos por el derecho común. No obstante, con posterioridad, en reconocimiento de los efectivos alcances que tiene la autonomía dispositiva o negocial, propia de las normas de derecho privado, la anterior posición ha cedido terreno a otra

³⁴ Hinestrosa, Fernando, “Tutela del acreedor incumplido”, en: *Revista de Derecho Privado*, nº 31, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2016, p. 15.

³⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 9 de septiembre de 2013, expediente 25.681. Ver también, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 20 de febrero de 2014, expediente 45.310.

perspectiva que concluye que en los contratos estatales que no se rigen por la Ley 80 de 1993, *“el pacto de cláusulas accidentales mediante las cuales se prevé el ejercicio de facultades tales como la terminación unilateral o la liquidación unilateral, entre otros se funda primordialmente de la autonomía dispositiva [por lo que] resulta viable que las partes del contrato puedan pactar cláusulas accidentales que impliquen la utilización de mecanismos tales como la cláusula penal, la imposición de multas, la terminación unilateral o la liquidación unilateral del contrato, entre otros, siempre y cuando que esas estipulaciones no vayan en contra de normas imperativas, de las buenas costumbres, del principio de buena fe objetiva, ni mucho menos que comporten un ejercicio abusivo de un derecho, ni contraría el orden público”*³⁶.

99. El cambio de concepción ha significado entonces el pasar de entender que las entidades estatales exceptuadas del Estatuto Contractual no podían pactar cláusulas unilaterales, pues no contaban con la habilitación legal para hacerlo, a un entendimiento que, por el contrario, considera que, al igual que los privados, la habilitación deviene de la propia autonomía contractual.

100. De esta manera, cuando una entidad estatal, regida por derecho privado, pacta una cláusula que confiere una facultad unilateral, al igual que ocurre con los privados, no debe entenderse nada diferente a que, en igual sentido, está habilitada para acudir a este tipo de pactos. Lo anterior pues, cada vez será más difícil entender cómo, aunque los privados puedan pactar este tipo de cláusulas, cuando la Administración se comporta como un privado más, ella no pueda celebrar estos mismos acuerdos.

101. Se concluye así que, lo que hicieron las partes del contrato de obra fue pactar, con otro nombre, una terminación unilateral del contrato, terminación que resultaba válida para los contratos que celebra una entidad estatal que se rija por el derecho privado. Por esto, no resultan de recibo las afirmaciones de la demandante cuando indicó que el tipo de pacto celebrado excedería los límites de la autonomía de la voluntad, o resultaba ser una cláusula ilícita o ineficaz que le impidiera a las partes darle aplicación a la misma.

³⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 19 de julio de 2017, expediente 57.934. Ver también, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 24 de agosto de 2016, expediente 41.783.

2.6. Sobre las actuaciones de las empresas regidas por el derecho privado, la naturaleza de sus actos y los vicios derivados de la falta de competencia

102. Que el régimen aplicable al caso en estudio, para los actos y los contratos, sea el derecho privado, conlleva importantes consecuencias, siendo la más obvia, natural y significativa (aunque muchas veces olvidada), el que, en efecto, los actos se rijan por ese derecho, y no por el derecho público. La anterior conclusión, que se erige como una de las consecuencias más evidentes, en ocasiones inadvertida, en todo caso no ha sido ajena a las pronunciamientos de esta Corporación; por el contrario, ya desde la citada providencia S-701 de 23 de septiembre de 1997, se señaló que *“los actos de las empresas de servicios públicos domiciliarios son, por regla general, actos privados (32), salvo los enunciados en el antecitado inc. 1 del art. 154, que serán materialmente actos administrativos”*³⁷.

103. En similar sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado en providencias más recientes. Precisamente, la Corporación, en Sentencia de 20 de febrero de 2017, señaló (se transcribe):

“[...] aunque el contrato establezca la posibilidad de ejercer de manera unilateral algunas de las facultades allí otorgadas o, incluso, prevea la posibilidad de hacerlas efectivas directamente, bien sea mediante la compensación u otros mecanismos legales, ello no conlleva la concesión de un poder anormal para la entidad contratante, quien en el ejercicio de sus derechos convencionales está obligada a observar las formas contractuales so pena de incurrir en un incumplimiento del contrato, que a su turno conllevará la indemnización de los perjuicios causados al contratista.

*Bajo este escenario, debe igualmente anotarse que los actos emitidos por la entidad contratante, con fundamento en las facultades otorgadas por el pacto negocial, cuyo régimen corresponde al derecho privado, esto es, a la autonomía negocial particular, configuran un mero acto contractual que no administrativo”*³⁸.

104. En oportunidad más próxima, en igual sentido, se concluyó (se transcribe):

³⁷ Otra consecuencia de la actual configuración, que había sido identificada con anterioridad, es que la disciplina actual, unida al juez de conocimiento que se ha decidido, lleva a algunas perplejidades, como la verificación de casos que se rigen en su integridad por el derecho privado, cuyo conocimiento terminará siendo enteramente por parte de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

³⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 20 de febrero de 2017, expediente 56.562.

“[...] si lo que ocurre en un determinado asunto es que en un contrato del Estado que se rige por normas de derecho privado las partes convienen la facultad de la administración para darlo por terminado unilateralmente, de imponer multas u ordenar su liquidación ante los incumplimientos en los que incurra el contratista, y en la ejecución del contrato la entidad contratante decide darlo por terminado anticipadamente y ordenar su liquidación mediante unos actos, es evidente que en ésta hipótesis estos se constituyen en actos contractuales, más no administrativos”³⁹.

105. Se observa entonces que la naturaleza de actos privados, y su correspondiente exclusión de la categoría de acto administrativo, fue definida desde las primeras manifestaciones jurisprudenciales que se ocuparon del tema; sin embargo, la categoría jurídica parece haberse echado al olvido, o mejor, pareciera recurrirse a ella a conveniencia, pues a veces se hace para señalar que los actos expedidos, al no tener la categoría de administrativos, no pueden ser objeto de los recursos administrativos, lo que tiene la consecuencia material de impedir su control, al tiempo que, en ocasiones, se acude a una categoría como la de “resolución” (o denominaciones similares), para adoptar aquello que materialmente termina teniendo la condición de acto administrativo.

106. Debe retomarse y dársele valor real al mensaje del legislador de 1994, esto es, debe tomarse en serio el régimen jurídico aplicable. Si ello es así, una de las primeras consecuencias necesarias viene dada por evidenciar que, actos como los expedidos por la EAAY, en los que se terminó el contrato, no son, en realidad, actos administrativos, en otras palabras, no son actuaciones que concreten una función administrativa a través del ejercicio legítimo del poder.

107. La anterior consideración se corresponde, precisamente, con los vicios de competencia que fueron alegados por la demandante, los cuales se pueden sintetizar de la siguiente manera:

- 1) Nulidad de las Resoluciones por falta de competencia ya que la Administración no podía, a través de acto administrativo, terminar el contrato, calificar la conducta del contratista ni declarar la ocurrencia del siniestro

³⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 19 de julio de 2017, expediente 57.394.

108. El demandante sostuvo, tanto en la demanda, como en el recurso de apelación, que la entidad, al haber adoptado la Resolución 172 de 7 de abril de 2008, y la Resolución confirmatoria 238 de 27 de mayo de 2008, incurrió en un vicio de nulidad *“por violación a las atribuciones de competencia que la ley le asigna expresamente a los funcionarios públicos”*.

109. Para el actor, la EAAY, con la expedición de las respectivas resoluciones, se atribuyó irregularmente un principio de autotutela administrativa, esto es, el privilegio de tutelarse a sí misma determinadas situaciones jurídicas sin necesidad de acudir al juez. Sumado a lo anterior, la entidad demanda, al investir su actuación de derecho privado bajo el ropaje de un acto administrativo, terminó por gozar, igualmente, de la decisión ejecutoria, facultades que son *“privilegio exclusivo y excluyente para la administración, cuando está actuando en su calidad de administrador, mas no como sujeto regido por el derecho de los particulares”*. Consideraciones que llevaron a Liberty Seguros S.A. a concluir que la EAAY había *“violado abiertamente el marco de competencia asignado”*, por la constitución y la ley.

110. Ahora, si bien le asiste razón al demandante, en el sentido de afirmar que la EAAY no podía adoptar actos administrativos, pues sus actos, en concordancia con el citado artículo 32 de la Ley 142 de 1994, son actos privados, la Sala advierte una consecuencia que resultaría, a todas luces, odiosa además de inaceptable, pues, concluir que, como aquellos no son, en puridad, actos administrativos, no estarían en consecuencia sujetos a control judicial, sería injusto, y permitiría además la caracterización de un reducto de la actuación de la Administración que estaría exento del control judicial. Nada más alejado de la realidad.

111. La aproximación que el juez de lo contencioso administrativo debe tener hacia la actuación desviada de la Administración (o de particulares en ejercicio de función administrativa) está dada, primero, por observar el ropaje que la entidad acogió para calificar sus actuaciones, sumado al hecho de que el demandante, a su vez, se vio compelido a atacar la conducta de la Administración bajo el mismo vestimento que ella le había dado, esto es, como actos administrativo. Cuando la Administración, o los particulares en ejercicio de función administrativa, le han querido dar características de acto administrativo, sin estar legalmente habilitados para ello, esto es, cuando han querido darle visos y el ropaje de acto

administrativo a sus actuaciones, el juez debe, en igual medida, aproximarse al análisis como un acto administrativo.

112. Para el efecto no pueden olvidarse las palabras de quien, acertadamente, identificaba al poder administrativo como un poder esencial y universalmente justiciable, cuando recordaba que *“la historia de la reducción de las inmunidades, de esta constante resistencia que la Administración ha opuesto a la exigencia de un control judicial plenario de sus actos mediante la constitución de reductos exentos y no fiscalizables de su propia actuación, podemos decir que es, en general, la historia misma del Derecho Administrativo”*⁴⁰. Una reflexión que, por encima de otras muchas consideraciones, recuerda la justificación de la existencia de un juez de la Administración, la existencia misma de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

113. De este modo, la jurisdicción de lo contencioso administrativo debe conocer de las decisiones unilaterales que afecten a un particular y que tengan la forma y el contenido de un acto administrativo, esto es, que sean susceptibles de ser ejecutables, como ocurre en sede de jurisdicción coactiva o como sucede cuando se pretende adelantar, con base en el mérito ejecutivo que prestan, un proceso de naturaleza ejecutiva. La anterior situación permite que estas actuaciones de la administración sean demandables y anulables por la falta de competencia para su expedición.

114. En consecuencia la Sala realizará el análisis de la actuación de la Administración, bajo la misma consideración que ella pretendió darle, por lo que despachará, de este modo, la pretensión del demandante de la falta de competencia.

115. Cuando se observa el régimen jurídico aplicable al contrato en estudio, lo que le hubiese permitido a la EAAY la adopción de un acto administrativo, sería el pacto y ejecución de una cláusula excepcional del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, pues, se recuerda, el artículo 31 de la Ley 142 de 1994 indica que los actos y contratos en los que se utilicen esas cláusulas se regirán por el Estatuto Contractual, y su ejercicio estará sujeto al control de la jurisdicción de lo contencioso administrativo; sin embargo, se insiste, lo que ocurrió en el caso que se analiza, no fue el pacto de una facultad excepcional consagrada en la Ley 80

⁴⁰ García de Enterría, Eduardo, “La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo”, en: *Revista de Administración Pública*, nº 38, 1962, p. 166.

de 1993, sino una terminación unilateral que pueden pactar los sujetos de derecho privado, situación que impide que se pueda recurrir a los actos que, por su naturaleza, serían típicamente administrativos.

116. En consecuencia, se observa que la EAAY no contaba con la habilitación legal para expedir actos administrativos, pues la terminación que tuvo lugar no traía causa del ejercicio de una facultad excepcional originada en el Estatuto Contractual, lo que permite identificar para el caso una actuación de una entidad estatal sin la habilitación legal correspondiente.

117. Precisamente, el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo señala que la declaratoria de nulidad *“procederá no sólo cuando los actos administrativos infrinjan las normas en que deberían fundarse, sino también cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió”*.

118. En este caso, las llamadas “resoluciones”, en las que se terminó el contrato y se declaró la ocurrencia de los siniestros de incumplimiento y de buen manejo y correcta inversión del anticipo, se adoptaron mediante actos administrativos, que llevaron incluso a la propia entidad pública a adelantar un proceso ejecutivo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo para que, con base en los señalados actos, se librara mandamiento de pago a favor de la EAAY⁴¹. No obstante las consideraciones de la entidad, esta no contaba con la habilitación legal para expedir este tipo de actos administrativos, lo que obliga a la Sala a acceder a pretensión de declarar la nulidad de la Resolución N° 172 de 7 de abril de 2008 y de la Resolución N° 238 de 27 de mayo de 2008, pues fueron adoptados sin competencia y en desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió.

2) Falta de competencia por haberse pactado una cláusula compromisoria

119. En punto a esta pretensión, señaló el demandante que existiría un vicio adicional de competencia, *“en tanto y en cuanto, la determinación del incumplimiento debieron ser señalados por un tribunal de arbitramento, previo el agotamiento del mecanismo de conciliación o la transacción”*.

⁴¹ Proceso número:85001-23-31-000-2009-00090-01 (51986)

120. Dada la declaratoria de nulidad que hará la Sala en la parte resolutive, por la falta de competencia de la EAAy para adoptar actos administrativos en la ejecución de contratos que se rigen exclusivamente por derecho privado, con relación a esta segunda causal de nulidad bastará con señalar que, la misma no tendría sustento, pues las partes, llegado el caso, deberían acudir a un tribunal de arbitramento para que resolviera sus diferencias, no a que, tal y como pareciera entenderlo el demandante, las definiere y concretara el propio tribunal, especialmente cuando los extremos de la relación contractual habían pactado una cláusula de terminación unilateral.

121. En todo caso, en relación con la existencia de la citada cláusula compromisoria, debe recordarse que, para el caso, operó la renuncia tácita a la cláusula, al tratarse de un asunto anterior al fallo de unificación jurisprudencial sobre la materia⁴².

2.7. Sobre la declaratoria del siniestro por parte de empresas públicas regidas por el derecho privado

122. Si bien la declaratoria de nulidad por falta de competencia de los pretendidos actos administrativos haría innecesario cualquier pronunciamiento sobre su contenido, para la Sala resulta fundamental una consideración adicional, derivada de las pretensiones de la demanda.

123. En lo referente a declaratoria del siniestro, la jurisprudencia ha entendido que, las entidades estatales, con apoyo en el artículo 68 numerales 4 y 5, del Código Contencioso Administrativo, pueden declarar unilateralmente el siniestro cuando se materializa un riesgo cubierto por la garantía del contrato celebrado⁴³, facultad de la que gozarían incluso las entidades estatales regidas por el derecho privado. En efecto, se ha afirmado que: *“la declaración de un siniestro no es (...), producto del ejercicio de los poderes exorbitantes, sino un privilegio administrativo de naturaleza diferente. De hecho, su origen no se encuentra en la ley de contratación estatal, sino en el Código Contencioso Administrativo (...) el Estado, que al contratar con particulares pretende satisfacer los intereses públicos, actúa*

⁴² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 18 de abril de 2013, expediente 17.859.

⁴³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 10 de julio de 1997, expediente 9286.

*investido de prerrogativas para el ejercicio de sus funciones, privilegios que no surgen de la celebración del contrato, sino que son atributos de la administración, inherentes al imperio del Estado, conferido por la ley*⁴⁴.

124. De esta manera, se ha aceptado la declaratoria del siniestro por entidades estatales regidas por el derecho privado, pues se ha entendido que, con su ejercicio, no se está haciendo uso de una prerrogativa contenida en el Estatuto Contractual sino de una potestad consagrada en el artículo 68 del Código Contencioso Administrativo, posición jurisprudencial que debe ser revisitada para comprender sus verdaderos alcances y real posibilidad de configuración.

125. En algunas providencias en las que se ha aceptado la declaratoria del siniestro y la cuantificación de los perjuicios por entidades estatales sometidas al derecho privado, se suele citar un antecedente jurisprudencial, en el que se indicó que: *“la Administración sí tiene una facultad especial consagrada en la ley, de declarar ocurrido el riesgo amparado en virtud de las garantías que en su favor se hayan otorgado, facultad que no tienen los particulares en el desarrollo de su actividad contractual y que, por esa razón, constituye una auténtica prerrogativa del poder público, que no es más que un privilegio de que goza la administración*”⁴⁵.

126. Se observa entonces cómo, la propia jurisdicción, había identificado en la declaratoria del siniestro una facultad que no tienen los particulares en desarrollo de su actividad contractual, lo que obliga a razonar, en pro de un examen de igualdad, que cuando la Administración actué como un sujeto de derecho privado, la misma consideración debería de serle aplicable, pues lo contrario implicaría que, en espacios donde se le ha dado a la Administración el mismo derecho que rige a los particulares (lo que obedece, las más de las veces, a las consideraciones del mercado en el que debe actuar la Administración, como en los mercados competidos o de libre acceso), el que se mantengan privilegios, como la declaratoria unilateral del siniestro, representa una clara situación de desigualdad frente al resto de actores, que, en algunos casos, son sus propios competidores, lo que supondría una flagrante violación del artículo 365 constitucional, en concordancia con los artículos 333 y 13 de la misma Carta Política.

⁴⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 21 de marzo de 2007, expediente 29.102.

⁴⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 114 de abril de 2005, expediente 13.599.

127. Ahora bien, no obstante se ha reconocido que la anterior posición (que basa la facultad de declaratoria del siniestro en el artículo 68 del CCA) ha sido la tesis más reiterada por la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, incluso frente a entidades estatales que se rigen por el derecho privado, a su vez, se ha reconocido que:

“(...) teniendo en cuenta las disposiciones de la Ley 142 de 1994, para la época de los hechos en este proceso, resulta pertinente observar que, como regla general, no existía competencia de las entidades prestadoras de servicios públicos para expedir actos administrativos mediante los cuales, de manera unilateral, se impusiera la efectividad de la póliza de seguros en los contratos que se regían por el derecho privado.

Se debe aceptar que la Ley 142 de 1994 estableció un régimen especial para las empresas de servicios públicos, en el cual no consagró la competencia para expedir actos unilaterales destinados a declarar el riesgo y hacer efectiva la póliza de seguro de cumplimiento por la vía administrativa.

Por tanto, en el análisis de los actos que se juzgan en este proceso no resulta viable identificar la competencia de la entidad contratante con fuente en el artículo 68 del CCA o en la Ley 489 de 1998 que invocó EPM, en cuanto a la declaratoria del siniestro y el cobro de las pólizas de seguros mediante acto administrativo, por referirse al contrato de una empresa de servicios públicos domiciliarios sometido al régimen especial de la Ley 142 de 1994

(...)

Examinando los supuestos del derecho privado se llega a distinguir que la configuración del riesgo por incumplimiento no puede construirse a través de un acto unilateral de la entidad asegurada, en tanto, a falta de disposición legal específica, el riesgo no puede depender de la voluntad unilateral de la entidad asegurada⁴⁶.

128. El anterior constituye un significativo antecedente que refuerza la necesidad de visitar la posición jurisprudencial que apoya la pretendida declaratoria unilateral del siniestro en el artículo 68 del CCA, disposición que se ubica, por demás, en la primera parte del citado código.

129. Precisamente, no se comprende bien porqué, cuando la jurisprudencia ha dicho que deben aplicar las normas procesales que le son propias (CCA y CPACA

⁴⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 5 de julio de 2018, expediente 54.688.

respectivamente), cuando juzga las actuaciones de entidades estatales regidas por el derecho privado, en especial cuando conoce de los asuntos en los que está involucrada una Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios, se olvida la connotación dual que tiene una norma como el Decreto 1 de 1984 (al igual que la Ley 1437 de 2011), cuya primera parte desarrolla los procedimientos administrativos, y la segunda, el control jurisdiccional de la actividad administrativa.

130. De esta manera, lo procedente es que la jurisdicción de lo contencioso administrativo acuda a las normas propias sobre el control de la actividad administrativa para el juicio de las actuaciones, incluso a las que la ley les ha dado un régimen privado, y no que ello se haga extensible al resto de disposiciones públicas que contiene el CCA en su primera parte, que rige los procedimientos administrativos.

131. Un sujeto de derecho privado debe acudir a las disposiciones especiales sobre el contrato de seguros, contenidas en el Código de Comercio, en especial, al artículo 1077, que indica que le *“corresponderá al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida, si fuere el caso”*. Así mismo, tal y como lo indicó el demandante en su recurso de apelación, la entidad demandada *“debía demostrar la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida”*, y no ampararse en un acto administrativo, para derivar de allí, entre otras consideraciones, su presunción de legalidad, y declarar unilateralmente la ocurrencia del siniestro de incumplimiento y de buen manejo y correcta inversión del anticipo.

132. En conclusión, una entidad estatal cuyos actos y contratos se rijan por el derecho privado, deberá realizar las mismas actuaciones que el resto de sujetos de derecho privado; así, para el caso del contrato de seguros, deberá acudir a la aseguradora a demostrar la ocurrencia del siniestro y la cuantía de los perjuicios.

133. Es en esos precisos términos que, por demás, se pactó la póliza única de seguro de cumplimiento en favor de entidades estatales, que está en el origen del asunto que acá de despacha. En la cláusula quinta del contrato de seguro celebrado se señaló que *“5.1. Se acreditará la ocurrencia del siniestro así: 5.1.2. Para los contratos celebrados por la entidad estatal asegurada en los cuales no resulte obligatoria ni se hubiere convenido las cláusulas excepcionales, mediante remisión a Liberty de los documentos o pruebas que acrediten la ocurrencia del*

siniestro y cuantía de los perjuicios directos objeto de la reclamación, de conformidad con el artículo 1077 del Código de Comercio”.

134. De manera que la EAAY no solo, no contaba con la facultad de declarar unilateralmente el siniestro, pues sus actos y contratos se rigen por el derecho privado; ni podía acudir a la expedición de actos administrativos para realizar la señalada declaratoria; sino que, en virtud del propio contrato de seguro, debía acreditar ante la compañía aseguradora la ocurrencia del siniestro y la cuantía de los perjuicios.

2.8. Sobre la pretensión de restitución de los dineros que se hubieran pagado o llegaren a pagarse

135. Finalmente, la demandante pretendió que le fueran “*restituidos los dineros que se haya pagado o llegare a pagar*”. Al respecto se señala que, ni en la demanda, ni en la oportunidad procesal en segunda instancia, de acuerdo con los supuestos del artículo 214 de CCA (que permiten la solicitud y el decreto de pruebas en segunda instancia), la compañía aseguradora Liberty Seguros S.A. acreditó haber realizado pago alguno. No obstante, el demandante allegó copia al expediente del Auto 243 de 11 de noviembre de 2004, en el cual la Contraloría General de la República resolvió decretar la terminación y el archivo del proceso de cobro por jurisdicción coactiva como consecuencia de un pago efectuado por Liberty Seguros S.A.⁴⁷, que se originó en un fallo con responsabilidad fiscal (de número ilegible) de 29 de abril de 2014, seguido por la propia Contraloría General de la República.

136. Al respecto se debe señalar que, en primer lugar, el mencionado pago se originó en un asunto adelantado en un proceso diferente de jurisdicción coactiva; el pago que indicó la aseguradora haber realizado, se hizo con base en un proceso de naturaleza y objeto autónomo de responsabilidad fiscal, cuyos actos administrativos de declaratoria de responsabilidad no han sido enjuiciados en el presente proceso, ni cuya presunción de legalidad ha sido desvirtuada. Los eventuales perjuicios que pueden derivarse de un proceso de responsabilidad fiscal, así como aquellos que surjan de su posterior ejecución en sede de jurisdicción coactiva, tal y como los pretendió acreditar el actor en fecha muy posterior a los alegatos de conclusión en segunda instancia, deben enjuiciarse

⁴⁷ Folios 628-660 del cuaderno del Consejo de Estado.

autónomamente a través de un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, por lo que no es esta la vía procesal pertinente para pretender la restitución de los pagos referidos, lo que impide acceder a la pretensión de restitución.

2.9. Sobre la condena en costas

137. La Sala se abstendrá de condenar en costas pues no se configuran los supuestos del artículo 171 del Código Contencioso Administrativo requeridos.

3. DECISIÓN

138. En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la Sentencia de 5 de agosto de 2010, del Tribunal Administrativo de Casanare.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad de la Resolución N° 172 de 7 de abril de 2008 y de la Resolución N° 238 de 27 de mayo de 2008, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: NEGAR el resto de las pretensiones.

CUARTO: Para el cumplimiento de esta Sentencia, **EXPEDIR** copias con destino a las partes.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARTÍN BERMUDEZ MUÑOZ

RAMIRO PAZOS GUERRERO
(Ausente con excusa)

ALBERTO MONTAÑA PLATA