

DAÑO DERIVADO DE LA EJECUCIÓN DE PRESTACIONES SIN CONTRATO / SUMINISTRO DE AGUA, USO Y MANTENIMIENTO DE REDES DE ACUEDUCTO / AMENAZA O LESIÓN INMINENTE DEL DERECHO A LA SALUD / DERECHO FUNDAMENTAL AL AGUA Y DERECHO A LA SALUD – Relación / ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA - Configurado

Está acreditado que la empresa de servicios públicos domiciliarios y el municipio de El Espinal resultaron favorecidos durante mucho tiempo con el suministro del volumen de agua entregado por el Distrito de Riego y el uso de las obras de captación, conducción y operación del Canal Gualanday hasta el sitio de la derivación de la bocatoma del acueducto municipal, sin mediar contraprestación económica alguna, con lo que se generó un beneficio patrimonial a su favor y un empobrecimiento correlativo a cargo del Distrito de Riego (...) [E]s preciso mencionar que si no se hubiere suministrado el líquido vital a las entidades demandadas, se habría suscitado un desconocimiento de las obligaciones que, tal como vimos anteriormente, proceden del derecho fundamental al agua, esto es, disponibilidad y accesibilidad, por cuanto, los habitantes de El Espinal se habrían visto restringidos de acceder al recurso hídrico y no habrían podido satisfacer las necesidades básicas vitales, como lo son la higiene personal, la preparación y consumo de alimentos, entre muchas otras (...) Conforme a esto, concluye la Sala que, en el caso *sub examine*, el Distrito de Riego, por resultar urgente y necesario para proteger el derecho fundamental a la salud de los habitantes de El Espinal, estaba constreñido por ministerio de la ley a suministrar el agua a la población y, así, evitar consecuencias nefastas en razón de un posible desabastecimiento”.

ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA COMO FUENTE DE OBLIGACIONES – Presupuestos

El enriquecimiento sin causa es fuente de obligaciones cuando reúne los siguientes requisitos: (i) la *existencia de un enriquecimiento*, es decir, que el obligado haya obtenido una ventaja o beneficio patrimonial —ventaja positiva— o, que su patrimonio no haya sufrido detrimento alguno —ventaja negativa—; (ii) el *empobrecimiento correlativo*, lo cual significa que la ventaja obtenida por el enriquecido se haya traducido consecuentemente en una mengua patrimonial para el empobrecido; y (iii) la ausencia de causa jurídica, que justifique el empobrecimiento sufrido por el afectado como consecuencia del enriquecimiento del beneficiado, es decir, que sea injusto.

EJECUCIÓN DE PRESTACIONES SIN CONTRATO / PRESTACIÓN DE SERVICIOS PARA EVITAR VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

[L]a jurisprudencia de la Sección Tercera previo, como regla general, que por la vía del enriquecimiento sin causa no se puede perseguir el pago de obras, bienes o servicios que se hayan ejecutado, sin amparo contractual, en beneficio de la administración; no obstante, conservó a título enunciativo y de manera excepcional la aplicación del principio de enriquecimiento sin justa causa, como fuente de la obligación de pagar el monto de las prestaciones ejecutadas sin vínculo de contrato estatal, en los siguientes casos: a) Cuando se acredite de manera fehaciente y evidente en el proceso, que fue exclusivamente la entidad pública, sin participación y sin culpa del particular afectado, la que en virtud de su supremacía, de su autoridad o de su imperium constriñó o impuso al respectivo particular la ejecución de prestaciones o el suministro de bienes o servicios en su beneficio, por fuera del marco de un contrato estatal o con prescindencia del mismo. b) En los que es urgente y necesario adquirir bienes, solicitar servicios, suministros, ordenar obras con el fin de prestar un servicio para evitar una amenaza o una lesión inminente e irreversible al derecho a la salud derecho este

que es fundamental por conexidad con los derechos a la vida y a la integridad personal, urgencia y necesidad que deben aparecer de manera objetiva y manifiesta como consecuencia de la imposibilidad absoluta de planificar y adelantar un proceso de selección de contratistas, así como de la celebración de los correspondientes contratos (...) c) En los que debiéndose legalmente declarar una situación de urgencia manifiesta, la administración omite tal declaratoria y procede a solicitar la ejecución de obras, prestación de servicios y suministro de bienes, sin contrato escrito alguno, en los casos en que esta exigencia imperativa del legislador no esté excepcionada conforme a lo dispuesto en el artículo 41 inciso 4º de la Ley 80 de 1993.

DERECHO AL AGUA – Fundamento jurídico

La Constitución Política no relaciona taxativamente el derecho al agua como un derecho de naturaleza fundamental, por tanto, la consagración expresa del derecho al agua no está en la Constitución; no obstante, su aparición en el ordenamiento jurídico surgió gracias a la figura jurídica del bloque de constitucionalidad. A la luz del artículo 93 de la Constitución Política, las normas internacionales en materia de Derechos Humanos ratificadas por Colombia —y que prohíben su limitación en los estados de excepción en el orden interno— prevalecen en el orden interno y, por ende, son aplicadas en forma directa, las cuales tienen como función integrar, ampliar, interpretar, orientar y limitar el orden jurídico. Por esta vía, el derecho al agua ingresó al ordenamiento jurídico, con lo que no solo se integró el ordenamiento con otras normas de estirpe supra legislativo, sino que también se modificó las modalidades de ejercicio del control de constitucionalidad abstracto y concreto.

PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS – Controversias / COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO / FACTOR ORGÁNICO / FUERO DE ATRACCIÓN

Al tenor de las pretensiones formuladas en el *sub judice*, se tiene que, al fundarse en las presuntas omisiones en las que habría incurrido el municipio de El Espinal —entidad pública—, en el ejercicio de las competencias de prestar los servicios públicos que, tal como será objeto de análisis, están a su cargo, de cara a garantizar, entre otros, el derecho fundamental al agua y el servicio público de acueducto a sus habitantes, inactividad administrativa alrededor de la cual surgió el daño reclamado, la imputación de responsabilidad en contra de dicha entidad territorial, resulta razonable y debidamente sustentada; de allí que se cumpla con el presupuesto exigido por la jurisprudencia para que opere el fuero de atracción, en virtud del cual la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo retiene la competencia para conocer de las pretensiones formuladas en contra de una empresa de servicios públicos domiciliarios”.

ESCOGENCIA DE LA ACCIÓN O MEDIO DE CONTROL / VÍA PROCESAL ADECUADA PARA RECLAMAR ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA / ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA Y ACTIO IN REM VERSO – Evolución jurisprudencial / APLICACIÓN DEL PRECEDENTE EN EL TIEMPO – Irretroactividad

Los cambios de velocidad o de revocatoria de la jurisprudencia, particularmente los que contienen asuntos de orden procesal —jurisdicción, la competencia, la caducidad, la escogencia adecuada de la acción o medio de control—, no pueden aplicarse de manera retroactiva cuando afecten el derecho de acceso a la administración de justicia. No sería lógico que al momento de presentarse la demanda, el usuario de la administración de justicia, habiendo puesto su confianza, desde un punto de vista histórico, en un criterio jurisprudencial que lo conducía plausiblemente a determinar la manera correcta de reclamar sus

derechos vulnerados ante la administración de justicia, posteriormente resulta dicho criterio modificado por esa misma autoridad judicial y el mencionado usuario afectado —*al hacer el cambio de velocidad jurisprudencial*— por el anunciado giro, con lo que se lo asaltaría en su buena fe y se le negaría, sobretodo, el libre acceso a la administración de justicia, ya que el juez, al amparo del nuevo criterio procesal, se inhibiría de fallar de fondo el litigio puesto a su consideración o negaría las pretensiones en atención al nuevo criterio procesal (...) [L]a acción ejercida fue la correcta, teniendo en consideración que el actor al formular la demanda se orientó por la tesis jurisprudencial vigente al momento de los hechos, conforme a la cual el enriquecimiento sin causa por ser un hecho de la administración constituía una pretensión que debía ser ventilada por la acción de reparación directa. Lo anterior, quedó confirmado por el juez de primera instancia al momento de admitir la demanda”.

CONTEO DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / OCURRENCIA DEL HECHO DAÑOSO / PAGO DE PRESTACIONES - Prescripción

En el caso concreto, se está frente a un hecho dañoso de ejecución instantánea consistente en el no pago de una contraprestación por parte de la entidad demandada desde 1996. Dicho de otro modo y siguiendo lo precisado por la Sección Tercera de esta Corporación en una causa de similares condiciones fácticas, el término de caducidad debe comenzar a contarse desde el momento en que la entidad demandada omitió el pago del beneficio recibido, esto es, los volúmenes del recurso hídrico que le fueron suministrados y el uso de las redes para la coducción del mismo (...) En conclusión, las pretensiones del demandante originadas con anterioridad al 20 de enero de 2006 debieron ser reclamadas en la oportunidad procesal prevista para ello, esto es, dentro de los dos años siguientes al hecho causante —contados a partir del día siguiente al plazo para pagar (30 días calendario siguientes al mes facturado)—, termino establecido para demandar en reparación directa. En consecuencia, la Sala solo se concentrará en estudiar aquellas que son posteriores a dicha fecha y hasta el 30 de junio de 2008 —fecha de presentación de la última cuenta de cobro—, toda vez que sobre ellas no operó el fenómeno de la caducidad”.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO

Bogotá, D.C., ocho (08) de junio de dos mil diecisiete (2017)

Radicación número: 73001-23-31-000-2008-00076-01(41233)

Actor: ASOCIACIÓN DE USUARIOS DEL DISTRITO DE TIERRAS DE LOS RÍOS DE COELLO Y CUCUANA -USOCOELLO-

Demandado: MUNICIPIO DE EL ESPINAL -TOLIMA- Y EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE EL ESPINAL -E.S.P.-

Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA

Temas a tratar: Competencia del Consejo de Estado para conocer de las controversias en contra de empresas de servicios públicos domiciliarios: a) factor orgánico y funcional; b) fuero de atracción. El cambio jurisprudencial sobre la vía procesal para reclamar el enriquecimiento sin causa. Los efectos de los cambios jurisprudenciales: la irretroactividad de los giros jurisprudenciales cuando se alteran los presupuestos procesales de la acción – acceso a la administración de justicia. El análisis del desplazamiento patrimonial a la luz de la sentencia de unificación de la Sección Tercera del 19 de noviembre de 2012. El fundamento jurídico del derecho al agua. Las obligaciones derivadas de instrumentos internacionales. Las obligaciones específicas de las entidades estatales en el ordenamiento interno.

SÍNTESIS DEL CASO

La Corporación Autónoma Regional del Tolima –CORTOLIMA– otorgó en el año 1996 concesión de aguas a la Asociación de Usuarios del Distrito de Adecuación de Tierras de los ríos Coello y Cucuana –USOCOELLO– para uso agropecuario, la cual fue prorrogada en el año 2006. El 4 de septiembre de 2006, el Gerente de USOCOELLO presentó cuentas de cobro al alcalde y al gerente de la E.A.A.A. –E.S.P– de El Espinal por los costos de suministro de agua, uso y mantenimiento de las redes para la conducción de dicho líquido, en el período comprendido desde el 24 de enero de 1996 hasta el 30 de junio de 2008; sin embargo, el municipio y la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de la mencionada entidad territorial fueron renuentes al reconocimiento y pago de las sumas reclamadas.

ANTECEDENTES

A. Lo que se demanda

1. El 21 de febrero de 2008, la Asociación de Usuarios del Distrito de Adecuación de Tierras de los Ríos Coello y Cucuana "USOCOELLO", persona jurídica de derecho privado sin ánimo de lucro con domicilio en El Espinal - Tolima, por intermedio de apoderado judicial (fl. 3, c.1) formuló demanda de reparación directa contra el municipio de El Espinal - Tolima, representado legalmente por su alcalde y contra la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de El Espinal E.S.P., por omitir, en los términos de la Ley 142 de 1994, tramitar y obtener la concesión de agua cruda para ser destinada a abastecer el acueducto de dicho municipio y las

necesidades de la población, lo cual le generó perjuicios materiales al haber tenido que asumir de modo injustificado el pago por la conducción del líquido hasta la bocatoma del acueducto, el mantenimiento, operación y conservación de las redes de conducción del mismo y los cobros ambientales efectuados por CORTOLIMA. Por lo anterior, solicitó que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

PRIMERA: Que se declare que el Municipio de El Espinal - Tolima, representado legalmente por el señor Alcalde Municipal Dr. MAURICIO ORTIZ MONRROY y/o quien haga sus veces, y la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de El Espinal E.S.P. representada legalmente por su representante legal (sic), hoy Agente Especial designado por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios Dr. GUSTAVO CASTRO PEÑA, y/o quien haga sus veces, son responsables por el daño antijurídico en los términos del artículo 90 de la Constitución Política, al omitir en los términos de la Ley 142 de 1994 la obtención de la respectiva concesión de agua cruda para ser destinada a abastecer el acueducto del Municipio de El Espinal y Chicoral (sic), debiendo asumir la entidad que represento judicialmente, el valor pagado al ente ambiental CORTOLIMA, así como la conducción del líquido hasta la bocatoma del acueducto, el mantenimiento, operación y conservación de los canales de conducción del mismo.

SEGUNDA: Que se condene al Municipio de El Espinal - Tolima y la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de El Espinal E.S.P., al pago de los perjuicios ocasionados por la omisión y el daño antijurídico ocasionados a USOCOELLO, según lo que se estima en esta demanda, teniendo como base las cuentas de cobro presentadas a las entidades respectivas en el mes de Octubre de 2006, 1 de noviembre de 2006, 14 de septiembre de 2007 y 30 de enero de 2008.

(...)

Para efectos procesales, estimo la cuantía en más de DOS MIL TRESCIENTOS MILLONES DE PESOS (\$2.300.000) Moneda de cobro a la (sic) entidades demandadas por el suministro de agua cruda en la cantidad ordenada suministrar (sic) por CORTOLIMA a igual que por el uso de las obras de captación, conducción y mantenimiento hasta la toma derivadora (sic) del acueducto.

- La cuenta de cobro de octubre 5 de 2006, (sic) contiene el valor del suministro de agua cruda en 0.674m³/seg, desde el 1º de febrero/96 al 11 de mayo de 2006, en forma continua e ininterrumpida, por valor de \$2.180.878.271.55 + \$294.959.360.00 por uso de las obras de captación, conducción y mantenimiento hasta la toma derivadora (sic) del acueducto.

- La cuenta de cobro del 1º de noviembre de 2006, (sic) contiene el valor del suministro de agua cruda en 0,674 m³/seg, desde el 12 de mayo de 2006 al 30 de octubre de 2006, en forma continua e ininterrumpida por valor de \$81.025.648.70 + \$29.496.936.00, por uso de las obras de captación, conducción y mantenimiento hasta la derivadora (sic).

- *La cuenta de cobro del 14 de septiembre de 2007, (sic) contiene el valor del suministro de agua cruda en 0.674m³/seg, desde el 1º de noviembre al 31 de diciembre de 2006 y del 1 de enero al 30 de septiembre de 2007, en forma continua e ininterrumpida por valor de \$220.714.079.00 + \$46.457.472.00, por uso de las obras de captación, conducción y mantenimiento hasta la toma derivadora (sic).*

- *La cuenta de cobro del 30 de enero de 2008, (sic) contiene el valor del suministro de agua cruda en 0.674 m³/seg, desde el 1º de octubre al 31 de diciembre de 2007, en forma continua e ininterrumpida por valor de \$56.307.232.52 + 2.580.970.66, por uso de las obras de captación, conducción y mantenimiento hasta la toma derivadora, por el mismo lapso.*

1.1. En apoyo de las pretensiones formuladas, la parte actora adujo los siguientes hechos que se resumen a continuación:

1.1.1. CORTOLIMA, mediante Resolución 0175 del 24 de enero de 1996, otorgó concesión de agua a USOCOELLO, la cual fue prorrogada el 12 de mayo de 2006, mediante Resolución 473, y en ella se ordenó al concesionario el suministro de agua a los acueductos de Chicoral, Coello y el Espinal, Tolima, entidades territoriales que, en contraprestación, debían pagar por el líquido suministrado, al igual que por el uso de las redes para su conducción y mantenimiento.

1.1.2. La referida concesión fue otorgada, inicialmente, para uso agropecuario y consumo humano, tal como lo señalaba expresamente la Resolución 0175 de 1996: *“USOCOELLO deberá garantizar en forma prioritaria y permanente el suministro de agua para los acueductos de Chicoral, Coello y Espinal, en cantidad suficiente que permita el abastecimiento óptimo para cada comunidad, mientras permanezcan como usuario del Distrito de riego”* —artículo segundo, párrafo primero—. Sin embargo, CORTOLIMA, tiempo después, revocó dicho acto administrativo mediante Resolución 011 del 2 de enero de 1997, donde señaló que la condición de usuario no se podía imponer unilateralmente. Al respecto y en lugar de la anterior disposición, se estableció: *“La presente concesión se otorga para uso agropecuario, pero, corresponderá al Distrito de riego conceder el derecho para otros usos de agua dentro del área del Distrito, de conformidad con lo establecido en el artículo segundo de la Ley 41 de 1993”*¹.

¹ Artículo 2o. Concesiones de agua. *“La autoridad administradora de las obras de adecuación de tierras, será la encargada de obtener las concesiones de aguas superficiales y subterráneas correspondientes para el aprovechamiento de éstas en beneficio colectivo o individual dentro de un área específica. Corresponderá a la entidad*

1.1.3. El gerente de USOCOELLO solicitó, mediante oficio n.º 2796 del 4 de septiembre de 2006, al alcalde y al gerente de la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo (E.A.A.A.) del municipio de El Espinal tanto el pago por el suministro de agua cruda proveniente del río Coello, como por el uso y mantenimiento de la infraestructura por él administrada. No obstante, en respuesta a dicha petición, se le requirió a USOCOELLO aportar documentos adicionales, incluida la liquidación de los cobros pretendidos, los cuales fueron oportunamente remitidos por la acreedora a dichas entidades.

1.1.4. El 24 de octubre de 2006, el alcalde municipal de El Espinal señaló: *“[N]o es posible acceder a su solicitud (...) por la cual pide que se reconozca y pague el suministro de agua y el uso de las obras de conducción y operación por el acueducto municipal del (sic) Espinal, por los siguientes motivos: 1.- La empresa de Acueducto, alcantarillado y Aseo del Espinal (sic), que es una entidad descentralizada, es quien presta directamente tal servicio y al poseer personería jurídica y autonomía administrativa, sería el ente encargado de adelantar dichos reconocimientos en caso de que procediera (...). 3.- Aporta usted los estatutos de marzo 3 de 1998, y como quiera que pide pagos desde 1996 dicha norma no sería aplicable ya que esto sería efectuar una aplicación retroactiva de tales disposiciones lo cual es violatorio del debido proceso. 4.- Finalmente se estima que siendo el recurso hídrico de la Nación, no resulta viable el cobro por parte de USOCOELLO de los emolumentos que usted reclama, por lo cual y bajo ningún título legal ni mucho menos estatutario procedería tal pago a favor de la asociación”*.

1.1.5. El municipio de El Espinal y la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo (E.A.A.A.) tienen la obligación, en virtud de la Ley 99 de 1993, de obtener concesión de CORTOLIMA; sin embargo, ni el municipio ni el instituto descentralizado lo han hecho y, de forma continua e ininterrumpida, han disfrutado del volumen suministrado por USOCOELLO, sin contraprestación económica.

1.1.6. USOCOELLO ha remitido al municipio de El Espinal y a la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo (E.A.A.A.), mediante varios oficios, las cuentas de cobro por los servicios de suministro de agua y por el uso de obras en distintos periodos de tiempo; sin embargo, los deudores se han mantenido renuentes al

administradora de cada distrito de riego la función de conceder el derecho de uso de aguas superficiales y subterráneas en el área de los distritos de adecuación de tierras”.

pago por dichos conceptos y han manifestado no estar interesados en afiliarse como usuarios de USOCOELLO ni en suscribir convenio administrativo alguno con el Distrito de Riego para la referida prestación del servicio.

1.1.7. El 8 de junio de 2006, el alcalde y la gerente de la E.A.A.A. del municipio de El Espinal solicitaron a CORTOLIMA la revocatoria de la Resolución 473 del 12 de mayo de 2006 para que, en su lugar, la concesión de agua les fuera adjudicada directamente a dichas entidades; sin embargo, la autoridad ambiental mantuvo la concesión a favor de USOCOELLO.

1.1.8. En el acto administrativo de prórroga de la concesión a favor de USOCOELLO se precisó que el volumen concesionado de 8.884 L.P.S. y/o el 63.45% del caudal del río Coello se conservaría incólume, salvo si los acueductos de El Espinal y Coello obtienen concesión de CORTOLIMA. Igualmente, se fijó el beneficio del caudal en favor del municipio de El Espinal en 674 L.P.S., o 0.674 m³/segundo, coeficiente que debía ser reservado por USOCOELLO a efectos de abastecer suficientemente de líquido al respectivo acueducto de esta entidad territorial.

1.1.9. El municipio y la E.A.A.A. de El Espinal están obligados a pagar el valor por el suministro del volumen de agua y uso de las obras de captación, conducción, operación y mantenimiento del Canal Gualanday hasta el sitio de la derivación de la bocatoma del acueducto, habida cuenta de que son los prestadores directos del servicio de acueducto en dicho municipio; y USOCOELLO no debió incurrir en el pago excesivo de tasas de compensación en favor de la Corporación Autónoma Regional del Tolima sin que las entidades demandadas hayan hecho contraprestación alguna, lo que constituye, a todas luces, un enriquecimiento y un empobrecimiento correlativo injustificado que debe indemnizarse por vía de reparación directa.

B. Trámite procesal

2. Las demandadas presentaron escritos de **contestación de la demanda**, así:

2.1. El municipio de El Espinal presentó escrito de contestación de la demanda en el que se opuso a las pretensiones allí formuladas y, adicionalmente, argumentó la prosperidad de las excepciones de trámite inadecuado de la demanda e inexistencia de la obligación de pago.

2.1.1. Frente a la primera excepción, expuso que, si bien la acción de reparación directa fue prevista por el legislador como un mecanismo idóneo que permite a la parte interesada solicitar la reparación de un daño antijurídico que no está en la obligación de soportar, no es posible utilizar este cauce procesal para reclamar el pago de unas cuentas de cobro o de unas supuestas tarifas pagadas a una autoridad ambiental por el uso del agua en nombre del municipio y la Empresa de Acueducto, o para exigir el pago por el uso de las obras para la conducción de agua hasta el acueducto de El Espinal, ya que la vía idónea es la acción contractual o, en su defecto, el proceso ordinario, a través del cual se debe debatir la supuesta configuración de un vínculo contractual y si hay lugar o no al cobro de lo que el actor está solicitando.

2.1.2. Frente a la segunda excepción, manifestó que: *i)* la prestación del servicio público domiciliario de agua estaba a cargo de la E.A.A.A. de El Espinal, instituto del sector descentralizado del nivel territorial con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera, lo que en principio, la constituye como única legitimada en la causa por pasiva y responsable de daño a resarcir; *ii)* USOCOELLO no está legitimado por activa para solicitar el pago que aspira en la demanda ni cuenta con convenio o acuerdo suscrito con las entidades públicas demandadas a fin de exigirles el cumplimiento de una obligación; *iii)* el municipio de El Espinal no ha sido usuario del Distrito de Riego; *iv)* a USOCOELLO se le otorgó una concesión para el uso y aprovechamiento del agua y no para ejercer derechos patrimoniales, máxime cuando las aguas son de dominio y uso público; *v)* el beneficiario de la concesión debía pagar por concepto de utilización de agua las tarifas que le fijara el Gobierno Nacional, y CORTOLIMA, por ende, no puede trasladar dicha obligación en forma solidaria al municipio; *vi)* USOCOELLO obtuvo la concesión exclusivamente para uso agropecuario y no para consumo humano, tal como lo mencionan las Resoluciones n.º 473 de 2006 y 849 de 2006; *vii)* las aguas con las que se abastece el municipio, si bien son captadas y conducidas por una infraestructura de propiedad de USOCOELLO, con lo que se garantiza la prestación del servicio público a los habitantes del municipio de El Espinal, no da lugar al cobro de lo que pretende el actor en la demanda (fl. 137 a 147, c.1).

2.2. Por otra parte, la empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de El Espinal —E.A.A.A.— formuló las siguientes excepciones: *i)* caducidad de la acción, *ii)* ineptitud sustancial de la demanda, *iii)* falta de claridad en las declaraciones, *iv)*

hecho de un tercero, v) culpa exclusiva de USOCOELLO y vi) ausencia de causa para demandar.

2.2.1. Frente a la primera excepción, precisó que el plazo de los dos años para instaurar legítimamente la demanda de reparación directa empezó a transcurrir a partir del 24 de enero de 1996, fecha en que CORTOLIMA expidió la Resolución 0175 que resolvió en el parágrafo uno del artículo 1º que USOCOELLO debía garantizar de manera permanente el suministro de agua al acueducto de El Espinal. Lo anterior, teniendo en cuenta que en la demanda se exige el pago de unos perjuicios referentes a unas cuentas de cobro suscritas por USOCOELLO en los años 2006, 2007 y 2008, por hechos acontecidos el 24 de enero de 1996, es decir, 12 años atrás, lo que permite inferir claramente que operó el fenómeno de la caducidad.

2.2.2. Frente a la segunda excepción, argumentó que el cauce procesal idóneo era la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, si se tiene en cuenta que los perjuicios a través de los cuales se fundaron las pretensiones tuvieron origen en los actos administrativos —Resoluciones 0175 de 1996 y 473 de 2006— expedidas por CORTOLIMA, habida consideración de que en ellos se le ordenó a USOCOELLO garantizar el suministro de agua cruda al acueducto de El Espinal.

2.2.3. Frente a la tercera excepción, señaló que no existe claridad ni precisión en la formulación de las pretensiones de la demanda, máxime cuando se enlista una cuenta de cobro del año 2006 cuyo servicio se generó aparentemente el 24 de enero de 1996.

2.2.4. Frente a la cuarta excepción, adujo que el presunto daño se originó en las resoluciones proferidas por CORTOLIMA, en las que se otorgó la concesión condicionada de aguas al actor y se le ordenó garantizar el suministro prioritario de agua al acueducto de El Espinal.

2.2.5. Frente a la quinta excepción, precisó que la controversia litigiosa tiene su punto medular en dos actos administrativos expedidos por CORTOLIMA contra los cuales procedían el recurso de reposición, en sede administrativa, y su impugnación, en sede de nulidad y restablecimiento del derecho, medios de impugnación que no fueron ejercidos oportunamente por USOCOELLO, con lo cual se configuró la culpa exclusiva del demandante en los hechos perjudiciales que reclama en el trámite contencioso administrativo de reparación directa,

máxime cuando fue la junta directiva de USOCOLLEO, quien mediante acta n.º 753 del 22 de noviembre de 2001 autorizó el suministro de agua a la parte demandada y la utilización de su infraestructura en la bocatoma de la ventana.

2.2.6. Frente a la última excepción, argumentó que USOCOELLO pretende el pago de unos perjuicios ocasionados por la utilización de la infraestructura existente en la bocatoma de la ventana sin aportar pruebas o documentos idóneos que certifiquen su titularidad sobre el predio donde se encuentra dicha infraestructura que capta el agua del río Coello, lo que origina una ausencia de causa para demandar, más aún cuando el art. 46 del Decreto 1382 de 1940 y el art. 115 del Decreto 1541 de 1978 disponen que, para el efecto de la distribución o reparto de aguas de uso público, todo predio que esté atravesado por una derivación, se presume gravado con servidumbre de acueducto.

2.2.7. Finalmente, señaló que, mediante Resolución n.º 849 de 2006 proferida por CORTOLIMA, *"por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa"*, formulada por el entonces alcalde y la gerente de la E.A.A.A. de El Espinal, se encuentra acreditada la solicitud de concesión de aguas elevada por las entidades accionadas y, en consecuencia, no existe omisión alguna respecto a dicha petición, de conformidad con la Ley 142 de 1994 (fl. 149 a 165, c.1).

3. El demandante se pronunció frente a los medios exceptivos, así:

3.1. Respecto al trámite inadecuado de la demanda señaló que, a raíz de la omisión de las entidades públicas accionadas de cumplir con la obligación legal de lograr una concesión de agua para atender la prestación del servicio a su comunidad, se produjo un daño a USOCOELLO, derivado de la condición impuesta de suministrar y conducir el agua al acueducto del municipio sin contraprestación alguna, lo cual ocasionó un enriquecimiento injustificado a favor de quienes tenían la obligación constitucional y legal de prestar dicho servicio público. Afirmó que no se trataba de una acción contractual ni de una acción ordinaria, por cuanto, respecto a la primera, no había convenio suscrito entre las partes y, en cuanto a la segunda, se había generado un detrimento patrimonial a USOCOELLO que no estaba en la obligación de soportar. Así las cosas, reiteró que, si se tiene en cuenta que el daño provino de la omisión y negligencia del ente administrador frente a sus obligaciones de obtener concesión de aguas ante CORTOLIMA y se ejecutó prestaciones sin amparo de contrato estatal, la acción pertinente para hacer efectivo el perjuicio alegado era la reparación directa.

3.2. Respecto a la legitimación de USOCOELLO para solicitar el pago, manifestó que ni el municipio ni la E.A.A.A. de El Espinal habían obtenido la concesión de agua para el uso del servicio doméstico y consumo humano, y la estaban derivando del agua concesionada, captada y conducida por USOCOELLO, razón por la que esta última se encontraba legitimada para ejecutar los cobros respectivos y, si bien, según lo condicionado por CORTOLIMA, USOCOELLO debía suministrar en forma prioritaria el agua para los acueductos de El Espinal, Chicoral y Coello, con destino al consumo humano, esto no significaba que no generara costo alguno, máxime cuando es claro que la misma concesión suscitaba un beneficio económico que debía ser sufragado legalmente en favor de la autoridad ambiental.

3.3. En cuanto a la caducidad de la acción de reparación directa, manifestó que no era procedente, toda vez que se trataba de una omisión ininterrumpida que había generado perjuicios permanentes cuyo cómputo, por ser una afectación de tracto sucesivo, no debía contarse a partir de la fecha de otorgamiento de la concesión de agua a USOCOELLO. En efecto, señaló que el suministro y uso de las obras de captación, conducción y mantenimiento del canal, siguen siendo asumidos en la actualidad por USOCOELLO, sin vínculo contractual que origine una contraprestación a favor de la demandante.

3.4. Señaló que los actos administrativos proferidos por CORTOLIMA para el otorgamiento de la concesión de agua y la prórroga de la misma a USOCOELLO, no constituyen el hecho de un tercero que haya impedido tanto al municipio como a la E.A.A.A. de El Espinal cumplir con sus deberes legales y constitucionales de solicitar y obtener la respectiva concesión y tampoco los exonera de pagar a USOCOELLO el costo del servicio de suministro de agua, captación, conducción y mantenimiento de las obras (fl. 182 a 196, c.1).

4. Dentro del término de traslado para **alegar de conclusión en primera instancia** la demandante reiteró los argumentos expuestos en anteriores oportunidades (fls. 231 a 235, c.1).

4.1. La Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo del Espinal –E.A.A.A.– indicó que no pueden prosperar las pretensiones de la demanda, ya que el actor no acreditó *i)* la obligación legal del municipio de obtener una concesión de aguas para demostrar la configuración de la supuesta omisión; *ii)* la cantidad de agua

que fue entregada realmente a la E.A.A.A., del Espinal E.S.P.; *iii*) el valor pagado a CORTOLIMA, de conformidad con la tasa ambiental correspondiente, por la cantidad de agua entregada a la E.A.A.A. de El Espinal E.S.P.; y *iv*) el valor del supuesto mantenimiento y uso de las redes.

5. Surtido el trámite de rigor y practicadas las pruebas decretadas², el Tribunal Administrativo del Tolima profirió **sentencia de primer grado** el 15 de abril de 2011, en la cual declaró probada la excepción de indebida escogencia de la acción y, en consecuencia, profirió decisión inhibitoria frente a la formulación de las pretensiones que integraban el libelo demanda.

5.1. Lo anterior con fundamento en lo siguiente: *(i)* la reclamación solicitada se fundó en el enriquecimiento sin causa de los entes demandados, cuyo trámite procesal adecuado habría sido la *actio in rem verso* caracterizada por su naturaleza autónoma e independiente respecto de la acción de reparación directa; *(ii)* el actor no se encuentra frente a un daño que se produjo como consecuencia de una acción u omisión que permita establecer que el cauce adecuado sea la reparación directa, sino frente a una reclamación de corte compensatorio encaminada a recuperar el monto en que se originó el empobrecimiento de su patrimonio frente al acrecimiento del otro, sin causa o título jurídico que lo justifique; *iii*) según la postura jurisprudencial asumida por la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia del 22 de julio de 2009³, la reparación directa y la *actio in rem verso* son acciones distintas cuyo ejercicio busca proteger derechos diferentes y, por ende, la acción escogida por el actor no fue la acertada, razones que conducen válidamente a proferir una sentencia de naturaleza inhibitoria (fl. 276 a 292, c.p.).

6. Inconforme con la anterior decisión, el 8 de abril de 2011, la parte actora presentó y sustentó en tiempo **recurso de apelación** (fl. 294, c.p.), en el que manifestó:

6.1. Resulta inaceptable aplicar al caso concreto la postura ulterior adoptada por la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencias fechadas 30 de julio de 2008 y 22 de julio de 2009, si se tiene en consideración que la demanda fue admitida el 25 de febrero de 2008 cuando la tesis jurisprudencial vigente para el

² Mediante auto del 11 de julio del 2008 (fl. 200, c.1).

³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 22 de julio de 2009, rad. 35.026, M.P. Enrique Gil Botero.

momento de incoar en justicia preveía la posibilidad de solicitar la declaratoria de enriquecimiento sin causa a través de la acción de reparación directa.

6.1.1. De modo que no era factible que el juez de primer grado cuando se disponía a proferir sentencia haya aplicado de manera retroactiva el nuevo tratamiento procesal del enriquecimiento sin causa, esto es, la acción *in rem verso*, vista como una acción autónoma e independiente con un plazo de caducidad distinto de la acción de reparación directa. En el mejor de los casos, el Tribunal ha debido, desde el inicio, rechazar *in limine* la demanda por no reunir los requerimientos mínimos y, por no decir menos, haber tenido la oportunidad de corregirla, pues fue absurdo que luego de admitirla hubiese cambiado las reglas procesales y se haya declarado, finalmente, inhibido para pronunciarse de fondo, lo que configura una clara vía de hecho por violación al derecho fundamental de acceso a la administración de justicia (fl. 304 a 317, c.p.).

6.2. La sentencia cuestionada, además de declarar probada la excepción por indebida escogencia de la acción, incurrió en yerros fácticos cuando afirmó que las demandadas tenían concesión de aguas de CORTOLIMA: *“con ocasión de la porción de agua que a través de su concesión se le otorgó al municipio y a la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de El Espinal, según se desprende de la Resolución 473 de fecha de 12 de mayo de 2006, que prorrogó el permiso por medio de la cual la entidad demandante explota el recurso hídrico del río Coello y Cucuana”*.

6.2.1. Contrario a esta afirmación, es y ha sido USOCOELLO quien ha cumplido las obligaciones desprendidas de la concesión otorgada por CORTOLIMA, según lo previsto en las Resoluciones n.º 175 y 473 del 21 de enero de 1996 y 12 de mayo de 2006; y no solo ha permitido el uso de las obras de captación, conducción y mantenimiento, sino también ha suministrado a las demandadas agua cruda para consumo humano, al igual que ha pagado, en su lugar, las tasas de compensación a CORTOLIMA.

6.3. En el escrito de apelación solicita que: *i)* se declare la vulneración del derecho —base del daño reclamado— y, en consecuencia, se condene, a partir de las cuentas de cobro presentadas a las demandadas, al pago de los perjuicios ocasionados en virtud de la ausencia de concesión de aguas por la entidad ambiental CORTOLIMA; y *ii)* se ordene a las demandadas el pago de la

indexación respectiva y los intereses moratorios de los valores cobrados desde el año 1996 hasta cuando se produzca efectivamente el pago.

7. Dentro del término para presentar **alegatos de conclusión en segunda instancia**, la accionante reiteró los argumentos señalados en la demanda, al igual que los señalados en el recurso de apelación (fl. 327, c.p.). Los demás sujetos procesales se manifestaron, así:

7.1. La Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo del Espinal E.A.A.A., reiteró lo manifestado en otras oportunidades procesales e insistió en la prosperidad de la excepción formulada de indebida escogencia de la acción, pues las pretensiones y hechos alegados no guardaban relación con la acción invocada y, en consecuencia, el incumplimiento de este presupuesto procesal impide *a priori* al juez pronunciarse sobre el fondo de la controversia (fl. 335 a 353, c.p.).

7.2. El Ministerio Público rindió concepto en el que solicitó la revocatoria de la sentencia inhibitoria y, en consecuencia, instó a que se decida de fondo el asunto y se nieguen las pretensiones de la demanda. Lo anterior, con fundamento en que: *i)* el juez, en aplicación del principio *iura novit curia*, puede adecuar las pretensiones de la demanda a la acción que corresponda, con lo que garantiza el derecho de acceso a la administración de justicia, defensa y debido proceso y, con base en esto, evitar un fallo inhibitorio; *ii)* la ausencia de prueba imposibilita establecer las razones por las cuales USOCOELLO suministraba el líquido para el acueducto del municipio de El Espinal cuando no tenía la obligación legal o contractual de hacerlo, lo que impide determinar, por ende, el deber del municipio de pagar por dicho servicio; y en consecuencia, no es posible tampoco inferir la ocurrencia de un daño antijurídico respecto de las presuntas omisiones en las que incurrieron las autoridades territoriales; *iv)* operó la caducidad en el marco de la reparación directa, frente a hechos administrativos que datan con anterioridad al 21 de febrero de 2006 (fl. 354 a 360, c.p.).

CONSIDERACIONES

A. Jurisdicción y competencia

8. El Consejo de Estado es competente para conocer del asunto en sede de apelación, en razón del recurso interpuesto por la parte actora, en un proceso con vocación de segunda instancia, en los términos del artículo 3º de la Ley 1395 de

2010, dado que la cuantía de la demanda, determinada por la suma de todas las pretensiones acumuladas al momento de la presentación de la misma, supera la exigida por la norma para el efecto⁴.

8.1. Ahora bien, teniendo en cuenta que el artículo 32 de la Ley 142 de 1994 indica que esta jurisdicción carece de competencia para conocer de las pretensiones elevadas en contra de una empresa de servicios públicos domiciliarios, esto es, la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de El Espinal —E.S.P.— y, por ende, estudiar su posible responsabilidad, la Sala hará una precisión al respecto.

8.1.1. Antes de la expedición de la Ley 1437 de 2011, para la jurisprudencia de esta Corporación era claro que, de acuerdo con la modificación introducida por el artículo 1º de la Ley 1107 de 2006 al artículo 82⁵ del Código Contencioso Administrativo —Decreto 01 de 1984—, el criterio que predominaba a efectos de establecer si una controversia o litigio le correspondía o no a esta jurisdicción era primordialmente el **orgánico**, pues, por regla general, le estaba asignado el conocimiento de aquellos asuntos en los que fuera parte una entidad de carácter público⁶.

⁴ En efecto, los demandantes solicitaron, por concepto de perjuicios, la suma de dos mil trescientos millones de pesos m/cte (fl. 115, c.1).

⁵ Artículo 82.- Modificado. Decreto 2304 de 1989, art. 12. Modificado. Ley 446 de 1998, art. 30. Modificado. Ley 1107 de 2006, art. “1. *La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50 % y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los Tribunales Administrativos y los Juzgados Administrativos de conformidad con la Constitución y la Ley. // Esta jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en actos políticos o de Gobierno. // La jurisdicción de lo contencioso administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley. Las decisiones jurisdiccionales adoptadas por las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales de la Judicatura, no tendrán control jurisdiccional*”.

⁶ Respecto de la prevalencia del criterio orgánico para determinar la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa, esta Sala en auto del 29 de agosto de 2013, rad. 45643, M.P. Ramiro Pazos Guerrero, expresó: “(...) *Del contenido de la norma antes transcrita, se encuentra que con la modificación introducida por la Ley 1107 de 2006, el criterio predominante para determinar si una controversia o litigio pertenece o no a esta jurisdicción es el orgánico, pues, en principio, bastaría con constatar que una de las partes del litigio o controversia es una entidad pública o una sociedad de economía mixta con capital público superior al 50 % para que sea competente esta jurisdicción. No obstante lo anterior, debe aclararse que aunque la norma acogió en mayor medida un factor orgánico, también estableció un factor de competencia funcional al establecer que esta jurisdicción sería competente para resolver sobre las controversias y litigios de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado (...)*”.

8.1.2. En ese orden de ideas, la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo del Espinal E.S.P., creada mediante el acuerdo municipal 063 del 26 de diciembre de 1995, desde un punto de vista orgánico, es una empresa industrial y comercial del Estado⁷, por lo que la jurisdicción contencioso administrativa es competente a la luz del artículo 82 del C.C.A., para conocer de las controversias que surgen en torno a su actividad.

8.1.3. Adicionalmente, según lo precisado por la Sección Tercera del Consejo de Estado⁸, esta jurisdicción sería competente para resolver el litigio planteado⁹, en virtud de la figura procesal del fuero de atracción¹⁰, ya que existe, según los lineamientos sentados por la jurisprudencia, una carga mínima de razonabilidad en cuanto a la probable condena en contra de la entidad estatal¹¹.

⁷ En efecto, las Empresas Públicas Municipales del Espinal fueron creadas — mediante acuerdo del concejo municipal n.º 24 de 1979— como un establecimiento público, descentralizado, con autonomía patrimonial y administrativa, cuya función era administrar los servicios de aseo, telefonía local, plantas de beneficio animal y plaza de mercado. Posteriormente, en 1990 recibió la administración del acueducto por parte de EMPOTOLIMA y se reestructuró la misma con la venta de la planta telefónica mediante el acuerdo municipal 006 de 1990. En 1995 y en cumplimiento de la Ley 142 de 1994, se constituyó como Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo del Espinal E.S.P., creada mediante el acuerdo municipal 063 del 26 de diciembre de 1995, cuya naturaleza es de empresa industrial y comercial del Estado, con personería jurídica, autonomía administrativa y presupuestal y patrimonio propio (fl. 17, c.4 —oficio suscrito por la Coordinadora Grupo de Defensa Judicial de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, Liliana Marisol Porras Gil—.

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 27 de marzo del 2014, rad. 30.675, M.P. Ramiro Pazos Guerrero; sentencia del 5 de diciembre del 2016, rad. 38.806, M.P. Danilo Rojas Betancourth.

⁹ Sobre este punto la Sala se orienta, en términos similares, por las consideraciones expuestas en las sentencias de la Subsección de 6 de diciembre de 2013, rad. 28337; 26 de junio de 2014, rad. 27.238 ponencias del Consejero Danilo Rojas Betancourth.

¹⁰ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 29 de agosto de 2007, rad. 15.526, M.P. Mauricio Fajardo Gómez, reiterada luego en la sentencia de 18 de julio de 2012, rad. 23.928 con ponencia del mismo magistrado y citada por la Subsección B en la sentencia del 27 de octubre de 2016, rad. 38.806, M.P. Danilo Rojas Betancourth.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 5 de diciembre del 2016, rad. 38.806, M.P. Danilo Rojas Betancourth: *“Es de anotar que la competencia para declarar la responsabilidad de la persona pública o privada atraída se adquiere de forma definitiva y no provisional ni condicionada, en aplicación del principio de la perpetuatio jurisdictionis, lo que significa que no está sujeta a la prosperidad de las pretensiones elevadas en contra de la entidad pública, pero sí requiere de un fundamento jurídico y fáctico sólido. En efecto, no es suficiente que en la demanda se haga una simple imputación de responsabilidad a una entidad pública para que el asunto se resuelva por la jurisdicción contencioso administrativa; es necesario que exista una mínima posibilidad de que aquélla resulte condenada”.*

8.1.3.1. Al respecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado consideró:

[E]n relación con el factor de conexión –el cual, como se advierte, es el que da lugar a la aplicación del denominado “fuero de atracción”– (...) su operatividad resulta procedente siempre y cuando desde la formulación de las pretensiones y la presentación del soporte probatorio de las mismas en el libelo contentivo de la demanda, pueda inferirse que existe una probabilidad mínimamente seria de que la entidad o entidades públicas demandadas, por cuya implicación en la litis resultaría competente el juez administrativo, sean efectivamente condenadas. Tal circunstancia es la que posibilita al mencionado juez administrativo adquirir –y mantener– la competencia para fallar el asunto en lo relativo a las pretensiones enderezadas contra aquellos sujetos no sometidos a su jurisdicción –fuero de atracción–, incluso en el evento de resultar absueltas, por ejemplo, las personas de derecho público, igualmente demandadas, cuya vinculación a la litis determina que es la jurisdicción de lo contencioso administrativo la llamada a conocer del pleito, atendidos los otros cuatro factores atributivos de competencia recién referidos.

La anterior conclusión resulta imperiosa como quiera que de admitirse la aplicación del multicitado factor de conexión o fuero de atracción con la simple convocatoria ante la jurisdicción contencioso administrativa de una persona –pública o privada– respecto de la cual la ley ha atribuido a aquella la competencia para conocer de los litigios en los cuales se vea inmersa, independientemente de una valoración, así sea meramente liminar, de las probabilidades de condena en su contra, “acabaría por consentirse que los particulares, a su antojo, eligiesen el juez de sus preferencias para asumir el conocimiento de los asuntos que decidan ventilar ante la jurisdicción, con lo cual se desconocería el carácter de orden público de las disposiciones legales que distribuyen la competencia entre los diversos órganos judiciales y todas las razones que condujeron al legislador a efectuar dicho reparto de la forma como quedó consignado en la ley¹².

8.1.4. Al tenor de las pretensiones formuladas en el *sub judice*, se tiene que, al fundarse en las presuntas omisiones en las que habría incurrido el municipio de El Espinal —entidad pública—, en el ejercicio de las competencias de prestar los servicios públicos que, tal como será objeto de análisis, están a su cargo, de cara a garantizar, entre otros, el derecho fundamental al agua y el servicio público de acueducto a sus habitantes, inactividad administrativa alrededor de la cual surgió el daño reclamado, la imputación de responsabilidad en contra de dicha entidad territorial, resulta razonable y debidamente sustentada; de allí que se cumpla con el presupuesto exigido por la jurisprudencia para que opere el fuero de atracción,

¹² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 29 de agosto de 2007, rad. 15.526, M.P. Mauricio Fajardo Gómez, reiterada luego en la sentencia de 18 de julio de 2012, rad. 23.928 con ponencia del mismo magistrado.

en virtud del cual la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo retiene la competencia para conocer de las pretensiones formuladas en contra de una empresa de servicios públicos domiciliarios.

8.1.5. En conclusión, no cabe duda de que esta jurisdicción, en cabeza de esta Sala, es competente en aplicación del criterio orgánico y en virtud del fuero de atracción para conocer de las pretensiones indemnizatorias elevadas en contra de la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de El Espinal —E.S.P— y el municipio de El Espinal.

8.1.6. En cuanto a la legitimación en la causa por activa aparece demostrada en cabeza de la parte actora, por haber sido quien sufrió una merma en su patrimonio al pagar el valor total de las tasas de concesión de agua a CORTOLIMA y por el mantenimiento de las redes e infraestructura para transportar el líquido vital, sin contraprestación alguna por parte de las demandadas; y la legitimación por pasiva, se encuentra demostrada en cabeza de la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo E.S.P. y el municipio de El Espinal, por cuanto fueron ellas a quienes se les imputó el daño consistente en el enriquecimiento sin causa.

B. Presupuestos de valoración probatoria

9. La Sala antes de plantear el problema jurídico considera pertinente precisar la validez de algunos medios de convicción que obran en el expediente:

9.1. Sobre las declaraciones rendidas al interior de este proceso por los testigos Segundo Arteaga Carvajal y Guillermo Molina Gutiérrez, el 20 de agosto de 2008, dentro del Despacho Comisario n.º 013 procedente del Tribunal Administrativo del Tolima (fl. 24, c.4), a propósito de los hechos que fundamentan la demanda, la Sala advierte que se trata de testimonios sospechosos a la luz del artículo 217 del Código de Procedimiento Civil, debido a que eran trabajadores de USOCOELLO —demandante en el presente proceso— lo que implica no un rechazo de plano de estas declaraciones sino una valoración más estricta de las mismas, ya que pueden, como es natural, tener interés en las resultas del mismo y, por tanto, la veracidad y objetividad de sus afirmaciones, pueden estar afectadas.

C. Hechos probados

10. De conformidad con las pruebas válidas, oportunamente allegadas al proceso y, susceptibles de valoración, se encuentran demostrados los siguientes hechos relevantes:

10.1. El 24 de enero de 1996, la Corporación Autónoma Regional del Tolima –CORTOLIMA– otorgó, mediante Resolución n.º 175, concesión de aguas a la Asociación de Usuarios del Distrito de Adecuación de Tierras de los ríos Coello y Cucuana –USOCOELLO–¹³, para fines agropecuarios, de consumo humano y generación de energía para la hidroeléctrica de la Ventana. Asimismo, estableció que el volumen del recurso hídrico sería de 9.64 m³/s, equivalente al 68.82% del caudal del río Coello y le ordenó garantizar en forma prioritaria y permanente el suministro de agua a los acueductos de los municipios del Chicoral, Coello y El Espinal, mientras permanecieran como usuarios del primero. Entre las obligaciones más importantes de la resolución de concesión, se consignaron las siguientes¹⁴:

ARTÍCULO PRIMERO. Otorgar a la ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE AGUA DEL DISTRITO DE RIEGO DEL RÍO COELLO “USOCOELLO” concesión de aguas del río Coello, en cantidad de 9.64 M3/Seg o el 68.82% del caudal que en toda época discorra por el cauce del río para beneficio del Distrito de Riego, ubicado en la jurisdicción del Municipio del Espinal, Departamento del Tolima.

ARTÍCULO SEGUNDO. La presente concesión se otorga para uso agropecuario y consumo humano, así como generación de energía para la hidroeléctrica de la Ventana.

ARTÍCULO TERCERO. La beneficiaria deberá presentar a CORTOLIMA los planos y memorias de diseño de las obras de captación y control automático del causal concesionado dentro de los treinta (30) días siguientes a la notificación de esta providencia, para ser sometidos a estudio y aprobación por parte de esta Corporación.

¹³ En el expediente obra copia auténtica de la certificación expedida por el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural –INCODER– donde se hace constar que mediante Resolución n.º 199 de 14 de junio de 1976 del Ministerio de Agricultura se reconoció personería jurídica de derecho privado a la Asociación de Usuarios de Aguas del Distrito de Riego del Río Coello “USOCOELLO”, con domicilio en el municipio de El Espinal, Departamento del Tolima, identificado con NIT 890.702-731-8. También se encuentra acreditado que, mediante Resolución n.º 00884 del 27 de diciembre de 1996 del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, se aprobó el cambio de razón social por Asociación de Usuarios del Distrito de Adecuación de Tierras de los ríos Coello y Cucuana - “USUCOELLO” (fl., c.1).

¹⁴ Copia de la Resolución n.º 175 del 24 de enero de 1996, mediante la cual se otorga una concesión de aguas suscrita por el Director General de USOCOELLO, Antonio Navarro Ortiz, y el Subdirector Gestión Ambiental de la Corporación Autónoma Regional del Tolima -CORTOLIMA-, Arturo Perdomo Góngora (fls. 12 a 15, c.1).

PARÁGRAFO UNO. USOCOELLO deberá garantizar en forma prioritaria y permanente el suministro de agua para los acueductos de Chicoral, Coello y Espinal, en calidad suficiente que permita abastecimiento óptimo para cada comunidad, mientras permanezcan como usuarios del Distrito de Riego.

PARÁGRAFO DOS. Los interesados deben implementar un sistema de tratamiento que garantice la calidad del agua para consumo humano, aprobado por la Secretaría de Salud del Tolima en los puntos donde vaya a ser utilizada para tal fin (...).

ARTÍCULO CUARTO. La presente concesión se otorga por el término de diez (10) años, contados a partir de la fecha de expedición de esta providencia. Dicho término podrá ser prorrogado a solicitud de los interesados dentro del último año de su vigencia, salvo que existieren razones de interés social o de conveniencia pública (...).

ARTÍCULO SEXTO. Las aguas otorgadas en esta concesión no se pueden transmitir por venta ni por ningún otro medio traslativo de dominio, ni se podrán arrendar ni constituir sobre ellas derechos personales o de otra naturaleza, por consiguiente, es nula toda transacción o contrato hecho sobre las aguas según el artículo 8º del acuerdo 032 de 1985.

ARTÍCULO SÉPTIMO. La presente concesión no grava con servidumbre de acueducto el predio o predios ajenos por donde pase el canal de conducción. Su establecimiento, si fuere necesario, deberá adelantarse conforme lo dispuesto por las normas legales vigentes en la materia.

ARTÍCULO OCTAVO. La beneficiaria se hará acreedora a las sanciones establecidas en la ley, especialmente en el artículo 270 y 275 del Acuerdo 032 de 1985, por infringir las normas que rigen las concesiones de aguas de uso público y por el incumplimiento de las obligaciones determinadas en esta providencia (...).

ARTÍCULO DÉCIMO. La beneficiaria deberá cancelar (sic) las tarifas por concepto de concesión de aguas trimestralmente anticipados, de acuerdo a las tarifas fijadas por CORTOLIMA o por el Gobierno Nacional. El incumplimiento a esta obligación dará lugar a la suspensión del uso, sin perjuicio de las demás sanciones contenidas en las normas vigentes (...)

ARTÍCULO DÉCIMO SEGUNDO. Copia de la presente resolución deberá ser remitida a las alcaldías y a las personerías de los municipios del Espinal y Coello y a la Oficina de Recaudos de CORTOLIMA para lo de su cargo —se subraya—.

10.2. El 2 de enero de 1997¹⁵, la Corporación Autónoma Regional del Tolima —CORTOLIMA— revocó la Resolución n.º 175 del 24 de enero de 1996 e indicó

¹⁵ Obra en expediente copia de la resolución n.º 0011 del 2 de enero de 1997 por la cual se revocó parcialmente la resolución n.º 0175 del 24 de enero de 1996 (fl. 9, c.4).

que la concesión de aguas se otorgaba únicamente para uso agropecuario. Lo anterior, ya que el Distrito de Riego, en virtud de su objeto social, no estaba en la obligación de suministrar agua para consumo humano ni de implementar un sistema de tratamiento de aguas; sin embargo, hizo énfasis en que USUCOELLO podía conceder discrecionalmente el derecho de uso de aguas con arreglo a lo precisado en el artículo 2º de la Ley 41 de 1993¹⁶. Las motivaciones más importantes de la Resolución n.º 0011 del 2 de enero de 1997, expedida por CORTOLIMA, fueron las siguientes:

Que con posterioridad a la ejecutoria del acto administrativo por medio del cual se otorgó la concesión, se pudo establecer la existencia de algunas inconsistencias respecto de los artículos relacionados con el uso que el Distrito de riego dará (sic) a la concesión y las obras de control que posee, artículos estos que serán objeto del presente pronunciamiento.

El artículo segundo de la mentada resolución establece que la concesión se otorga para uso agropecuario, consumo humano y generación de energía y ordena al Distrito de riego garantizar en forma prioritaria y permanente el suministro de agua para los acueductos de Chicoral, Coello y el Espinal, además de ordenar la implementación de un sistema de tratamiento que garantice la calidad del agua para el consumo humano, aprobado por la Secretaria de Salud del Tolima.

Que teniendo en cuenta que la ASOCIACION DE USUARIOS DE AGUAS DEL DISTRITO DE RIEGO DEL RIO COELLO “USOCOELLO” no tiene dentro de su objeto social el suministro de agua para consumo humano, y a sabiendas que las empresas prestadoras del servicio de acueducto de Chicoral, Coello y el Espinal no tienen concesión de aguas directas del rio Coello por parte de CORTOLIMA, sino que son usuarios del Distrito de Riego, deberá entonces este último, fijar las condiciones a cumplir por parte de dichos usuarios, toda vez que CORTOLIMA otorga las concesiones en bocatoma y corresponde a cada Distrito de conformidad con lo establecido en la ley 41 de 1993 o Ley de Adecuación de tierras, administrar y conceder el derecho de uso de aguas en el área de cada Distrito las aguas concesionadas aguas dentro del respectivo distrito de riego, de conformidad con lo establecido en el artículo segundo de la ley 41 de 1993.

Que con la obligación impuesta a USOCOELLO de implementar un sistema de tratamiento que garantice la calidad del agua para consumo humano de las poblaciones de Chicoral, Coello y El Espinal, se estaría causando un perjuicio injustificado a dicha

¹⁶ "Artículo 2o. Concesiones de agua. La autoridad administradora de las obras de adecuación de tierras, será la encargada de obtener las concesiones de aguas superficiales y subterráneas correspondientes para el aprovechamiento de éstas en beneficio colectivo o individual dentro de un área específica. // Corresponderá a la entidad administradora de cada distrito de riego la función de conceder el derecho de uso de aguas superficiales y subterráneas en el área de los distritos de adecuación de tierras" —se subraya—.

Asociación, toda vez que corresponde a las citadas poblaciones como las directas prestadoras del servicio de acueducto la implementación del sistema y no al Distrito de riego, pues como ya se dijo antes, no está dentro de su objeto social el suministro de agua para atender las necesidades de ningún acueducto (...) —se subraya—.

10.2.1. En consecuencia y en atención a las anteriores motivaciones, la Resolución n.º 0011 del 2 de enero de 1997 expedida por CORTOLIMA, en su parte resolutive, determinó:

ARTICULO PRIMERO.- Revocar parcialmente la resolución n.º 0175 del 24 de enero de 1996 en sus artículos segundo, tercero, sexto, décimo y décimo segundo, los cuales quedarán así:

ARTICULO SEGUNDO.- La presente concesión se otorga para uso agropecuario, pero corresponderá al Distrito de Riego conceder el derecho para otros usos de agua dentro del área del Distrito, de conformidad con lo establecido en el artículo segundo de la Ley 41 de 1993 (...).

ARTICULO SEXTO. Las aguas otorgadas en esta concesión serán administradas completamente por USOCOELLO de conformidad con lo establecido en la ley 41 de 1993 (sic).

ARTICULO DÉCIMO. La beneficiaria deberá cancelar (sic) las tasas por concepto de concesión de aguas por semestres anticipados, de acuerdo a las tarifas fijadas por CORTOLIMA o por el Gobierno Nacional. El incumplimiento a esta obligación dará lugar a la suspensión del uso, sin perjuicio de las demás sanciones contenidas en normas vigentes (...) —se subraya—.

10.3. El 12 de mayo de 2006, la Corporación Autónoma Regional del Tolima —CORTOLIMA—, luego de practicar una inspección ocular y verificar que los acueductos municipales de El Espinal y Coello seguían derivando el líquido de la infraestructura de captación y control del Distrito de Riego¹⁷, autorizó la prórroga

¹⁷ *“Que la ASOCIACION DE USUARIOS DEL DISTRITO DE ADECUACION DE TIERRAS DE LOS RIOS COELLO y CUCUANA “USOCOELLO” (...) solicitó a CORTOLIMA la prórroga de la concesión de Aguas del río Coello, en cantidad de 9.64 M3 y/o 68.82% del caudal que discurra en toda época por el cauce del río, otorgada mediante resolución n.º 0175 del 24 de enero de 1996 (...). // Que presentada la solicitud de prórroga de concesión de aguas, la Oficina Jurídica (...) avocó conocimiento de la petición, disponiendo la práctica de visita de Inspección Ocular (sic), rindiéndose el informe pertinente donde se consigna lo siguiente: (...) 5.- Como sobre la infraestructura de captación y conducción se encuentran incluidos los acueductos de los municipios de Espinal y Coello que requieren un caudal de 674 y 78 L.P.S. respectivamente, es necesario ajustar el concepto del caudal a otorgar a USOCOELLO en 8.884 L.P.S. y/o el 63.45% del caudal que discurra en toda época, el cual se ajustaría siempre y cuando los acueductos deriven directamente del río y no de la infraestructura de captación y control del Distrito de Riego. Como esto no se ha producido se prorrogara el caudal en cantidad de 9.640.00 L.P.S. y/o el 68.82% del caudal que discurra en toda época por el cauce del*

de la concesión de aguas a USOCOELLO en cantidad de 9.640.00 L.P.S. y/o el 68.82% del caudal del río Coello y le indicó su deber de garantizar en forma prioritaria el suministro de agua a estos acueductos municipales, mientras permanecieran como usuarios del Distrito de Riego¹⁸.

10.4. Un mes después, el 8 de junio de 2006, el entonces alcalde y la gerente de la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo E.S.P. del municipio de El Espinal solicitaron la revocatoria de la Resolución 473 del 12 de mayo de 2006, por medio de la cual se prorrogó la concesión a favor de USOCOELLO, con fundamento, entre otros, en lo siguiente¹⁹: i) la Resolución n.º 0175 del 24 de enero de 1996 otorgó concesión de agua a USOCOELLO y le impuso la obligación de garantizar el suministro del líquido a los acueductos municipales de El Espinal y Coello, a condición de que permanecieran como usuarios del Distrito de Riego; ii) el municipio y la E.A.A.A. de El Espinal no han estado ni estarán interesados en afiliarse como usuarios al Distrito de riego; iii) después de transcurrir nueve años contados desde la fecha de expedición del acto administrativo que otorgó la concesión, USOCOELLO solicitó al municipio y a la E.A.A.A. de El Espinal afiliarse, sin tener en consideración que esta situación ha perdurado durante

río. (...)": copia auténtica de la Resolución 473 del 12 de mayo de 2006 por la cual se prorroga una concesión de aguas (fl. 7, c.1) —se subraya—.

¹⁸ Copia auténtica de la Resolución 473 del 12 de mayo de 2006 por la cual se prorroga una concesión de aguas (fl. 7, c.1): *"ARTÍCULO PRIMERO.- Conceder a la ASOCIACIÓN DE USUARIOS DEL DISTRITO DE ADECUACION DE TIERRAS DE LOS RIOS COELLO y CUCUANA "USOCOELLO", representado por el señor Germán Rodríguez Góngora (...) prórroga de la concesión de aguas otorgada mediante resolución número 0175 del 24 de enero de 1996, del río Coello, en cantidad de 9.64 M3 y/o 68.82% del caudal que discurra en toda época por su cauce en el sitio de captación, para beneficio del Distrito ubicado en el municipio de Espinal, en el Departamento del Tolima (...). // ARTÍCULO SEGUNDO.- La presente prórroga de la concesión se otorga para consumo humano, uso doméstico, agropecuario y generación de energía (...). ARTÍCULO CUARTO.- El término de la presente prórroga de la concesión será de diez (10) años, contados a partir de la fecha de expedición de la presente resolución. Dicho término podrá ser prorrogado a solicitud del interesado antes de su vencimiento (...). ARTÍCULO SEXTO.- Las aguas otorgadas en esta prórroga de concesión no se pueden transmitir por venta ni por ningún otro medio traslativo de dominio, ni se podrá constituir sobre ellas derechos personales o de otra naturaleza; por consiguiente, es nula toda transacción o contrato hecho sobre las aguas según el artículo 80 del acuerdo 032 de 1985, modificado por el Acuerdo 009 de 1999 (...). ARTÍCULO OCTAVO.- Como por la infraestructura de captación y control se conducen las aguas de los acueductos de los municipios de Espinal y Coello, USOCOELLO debe garantizar en forma prioritaria el suministro de aguas de estos acueductos, siempre y cuando permanezcan como usuarios del Distrito de Riego (...). ARTÍCULO DÉCIMO SEGUNDO.- El beneficiario de la concesión deberá cancelar por concepto de utilización del agua las tarifas que establezcan el Gobierno Nacional y CORTOLIMA"*.

¹⁹ Copia del oficio 006552 del 8 de junio de 2006 suscrito por el alcalde municipal de El Espinal, José Gentil Palacios Urquiza, y el Gerente E.A.A.A de El Espinal E.S.P., María Del Pilar Ramírez Escobar (fls. 59 a 63, c.1).

mucho tiempo; iv) la junta directiva de USOCOELLO en sesión del 22 de noviembre de 2001 autorizó la captación de agua para el acueducto de la bocatoma del Distrito de Riego; v) el municipio y la E.A.A.A. de El Espinal no están obligadas a inscribirse como usuarios del Distrito de Riego para disfrutar del recurso hídrico, máxime si se tiene en cuenta que la destinación del agua de riego fue para fines agropecuarios; vi) en diciembre de 2005, el municipio y la E.A.A.A. solicitaron a la autoridad ambiental la concesión de aguas del río Coello; vii) a USOCOELLO le fue delegada la prestación del servicio público de adecuación de tierras, en virtud del convenio n.º 212 de 1.976²⁰, prorrogado en octubre de 1.997, el cual no incluye la venta de agua para consumo humano²¹.

²⁰ Copia de la adición al Convenio de Delegación de funciones n.º 212 de septiembre 30 de 1976, celebrado entre el Instituto Nacional de Adecuación de Tierras -INAT- y la Asociación de Usuarios del Distrito de Adecuación de Tierras de los Ríos Coello y Cucuana -USUCOELLO- para la administración, operación, conservación, complementación y rehabilitación del distrito de adecuación de tierras de los ríos Coello y Cucuana ubicado en el departamento del Tolima, suscrito por el representante legal INAT, Anuar Yaver Cortes y el representante legal USOCOELLO, Álvaro Vera Rojas (fls. 30 a 31, c.1).

²¹ Copia del oficio 006552 del 8 de junio de 2006 suscrito por el alcalde municipal de El Espinal, José Gentil Palacios Urquiza, y la gerente E.A.A.A del Espinal E.S.P., María Del Pilar Ramírez Escobar (fls. 59 a 63, c.1): *“1. El artículo 8º de la Resolución 176 de 1996 [se refiere a la resolución 0175 del 24 de enero de 1996] establece que al otorgar la concesión a USOCOELLO, esta entidad debería siempre respetar la prioridad del consumo humano siempre y cuando la Empresa Prestadora del servicio público esencial de acueducto se encontrara afiliada a USOCOELLO, quien es la entidad que administra el Distrito de Riego de los Ríos Coello y Cucuana, propiedad del Estado, en cuyo inventario se encuentra la bocatoma de donde se colecta el agua para el acueducto y los canales de riego. // 2. Se aclara que ni el Municipio, ni la empresa de servicios públicos han estado afiliados como usuarios en ninguna época de la Asociación USOCOELLO. // 3. Solo hasta diciembre del año 2005 (más de nueve años de otorgada la concesión), el señor Gerente de USOCOELLO solicita a la empresa que se afilie a esta entidad, a lo que la Gerente de la E. A. A. del Espinal se negó por considerar que legalmente no es procedente. // 4. Durante más de treinta años ha funcionado la situación explicada en el hecho 1 y sólo hasta ahora la Empresa USOCOELLO pretende para otorgar el permiso de tomar el agua y que se destinará para consumo humano de una concesión otorgada por CORTOLIMA sobre el río Cucuana, que nos afiliemos como usuarios y así nos permitirán construir al Acueducto Alterno, obra vital para satisfacer el requerimiento de por lo menos 4.000 habitantes de nuestro Municipio. // 5. Lo anterior fue sorpresivo para nosotros, ya que en el año 2001 y como consta en el acta 753 de noviembre 22 del mismo año, la Junta Directiva de USOCOELLO aprobó concederle al Municipio dicha autorización, tanto para las obras como para la captación del agua cruda, decisión que al parecer no quieren cumplir los actuales directivos y el gerente (...) 9. Que a USOCOELLO fue delegada la prestación del servicio público de adecuación de tierras en virtud del convenio No. 212 de 1976 que fue prorrogado en octubre de 1997, el cual evidentemente no incluye la venta de agua para consumo humano (...) 12. Que la E. A. A. del Espinal desde diciembre 02 de 2005 solicitó la concesión de aguas del río Coello, escrito reiterado en mayo de 2006 y a la fecha no ha obtenido respuesta (...)”*—se subraya—.

10.5. El 9 de agosto de 2006, la Directora General de CORTOLIMA negó la solicitud de revocatoria de la concesión con fundamento en las siguientes consideraciones²²:

Que una vez revisados los archivos de CORTOLIMA, se pudo establecer que en efecto mediante la resolución n.º 0175 del 24 de enero de 1996 CORTOLIMA le otorgó a USOCOELLO una concesión de aguas del río Coello debiendo garantizar en forma prioritaria y permanente el suministro de agua para los acueductos de Chicoral, Coello y Espinal en cantidad suficiente que permita el abastecimiento óptimo para cada comunidad, mientras permanezcan como usuarios del Distrito de riego.

(...) Siendo evidente que al establecer en el párrafo uno del artículo segundo de la resolución 0175 del 24 de enero de 1996, la obligación a USOCOELLO de garantizar en forma prioritaria y permanente el suministro de agua para los acueductos de Chicoral, Coello y Espinal en cantidad suficiente que permita el abastecimiento óptimo para cada comunidad, se pretendía con ello favorecer a estas comunidades, pero se invadieron otras competencias al señalar la obligación de permanecer como usuarios del Distrito de riego, lo cual implicaba de por sí el sometimiento a los estatutos de dicha entidad, lo que hizo imperativo para esta Corporación enmendar la situación, tan es así que mediante resolución No. 0011 del 2 de enero de 1997 se corrigió tal situación al modificar el artículo segundo citado el cual quedo así:

ARTÍCULO SEGUNDO.- La presente concesión se otorga para uso agropecuario pero corresponderá al Distrito de Riego conceder el derecho para otros usos de agua dentro del área del Distrito, de conformidad con lo establecido en el artículo segundo de la Ley 41 de 1993.

Como se puede apreciar en el acto administrativo desaparecieron los párrafos uno y dos del artículo segundo, que son objeto precisamente de la petición de Revocatoria Directa (sic) por parte del municipio y de la empresa, quedando claro que con ello la corporación corrigió el error que cometió al invadir competencias ajenas al señalar la obligación de permanecer como usuarios del Distrito de Riego, pues es claro que [es] potestad únicamente de USOCOELLO el de solicitar la inscripción de un usuario para prestar los servicios por ellos establecidos, dejando en libertad a esos usuarios de someterse o no a los estatutos de la entidad, caso en el cual se tendría que buscar otras alternativas para prestar el servicio de acueducto, como es el caso de solicitar directamente la concesión de aguas a CORTOLIMA, como así ocurrió, solicitud que se encuentra en trámite.

Cosa distinta es que al expedirse la resolución n.º 473 del 12 de mayo de 2006 por medio de la cual se prorrogó la concesión de aguas otorgada a USOCOELLO, se haya cometido un error

²² Copia de la resolución n.º 849 del 9 de agosto de 2006 por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa y se dictan otras disposiciones (fls. 64 a 67, c.1; 5 a 8, c.4).

involuntario al revivir la parte del citado artículo que haba sido suprimido y modificado por la resolución 0011 del 2 de enero de 1997, y que señala en su artículo octavo que: “Como por la infraestructura de captación y control se conducen las aguas de los acueductos de los municipios de Espinal y Coello, USOCOELLO debe garantizar en forma prioritaria el suministro de aguas de estos acueductos, siempre y cuando permanezcan como usuarios del Distrito de Riego”. Con ello es evidente que se revivieron aspectos que habían sido revaluados, pero como se trata de la prórroga de una concesión de aguas en las mismas condiciones que en principio fueron establecidas incluyendo la modificación de que fue objeto, de acuerdo con la resolución No. 0011, como es el caso de suprimir la obligación de permanecer como usuarios del Distrito, como ya se dijo por invadir competencias que no le correspondía, en ese mismo sentido tal afirmación queda sin efecto, máxime cuando la prórroga implica para la beneficiaria como condición esencial para su subsistencia la inalterabilidad de las condiciones consagradas en los actos administrativos y las disposiciones legales vigentes. (...) [E]s claro que la concesión otorgada a la Asociación de Usuarios de Aguas del Distrito de Riego del río Coello "USOCOELLO" es para uso agropecuario, con la obligación de conceder el derecho para otros usos de agua dentro del área del distrito de conformidad con lo establecido en el artículo segundo de la Ley 41 de 1993, es decir, que con las correcciones señaladas CORTOLIMA subsana el error en que incurrió a invadir competencia que no le corresponden, limitándose única y exclusivamente a otorgar las concesiones de agua directamente en la fuente de donde se pretende beneficiar, siendo obligación de los beneficiarios el obtener los permisos y servidumbres necesarias para la captación y conducción de las aguas otorgadas en concesión (...) —se subraya—.

10.6. Durante los diez primeros años de la concesión y desde su prórroga hasta la fecha de la presentación de la demanda, USOCOELLO ha suministrado el recurso hídrico y lo ha transportado hasta la estructura hidráulica del acueducto de El Espinal. El 4 de septiembre de 2006, el Gerente de USOCOELLO presentó reclamación ante el alcalde y la gerente de la E.A.A.A. —E.S.P.— de El Espinal por los costos del suministro de agua en cantidad de 674 L.P.S., uso y mantenimiento de las obras para la conducción del líquido, en el período comprendido desde el 24 de enero de 1996 hasta el 11 de Mayo de 2006²³, con fundamento en el pago

²³ Cuenta de Cobro: “La Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de El Espinal E.S.P debe a LA ASOCIACION DE USUARIOS DEL DISTRITO DE ADECUACION DE TIERRAS DE LOS RIOS COELLO y CUCUANA " USOCOELLO" N.I.T. No. 890.702.731 – 8 LA SUMA DE DOS MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y CINCO MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y SIETE MIL SEISCIENTOS TREINTA Y UNO PESOS CON CINCUENTA Y CINCO CENTAVOS (\$2.475.837.631.55/100) MONEDA CORRIENTE, valor correspondiente a los siguientes conceptos: por suministro de 0.674M3 x seg., agua para consumo humano al Municipio del Espinal, como usuarios de esa empresa, desde el 24 de Enero de 1.996 al 11 de Mayo de 2.006: \$ 2.180.878.271.55. Por concepto valor uso de las obras de conducción, operación, conservación canal Gualanday hasta la entrega del agua para consumo humano ordenado por CORTOLIMA: \$ 294.959.360.00” (fl. 49, c1).

realizado a CORTOLIMA, en virtud de la tasa de compensación²⁴⁻²⁵. En dicha reclamación se adujo lo siguiente²⁶:

1) *Mediante Resolución n.º 0175 del 24 de enero de 1996 expedida por CORTOLIMA, le fue otorgada la concesión de aguas a la ASOCIACION DE USUARIOS DEL DISTRITO DE ADECUACION DE TIERRAS DEL RIO COELLO, "USOCOELLO".*

2) *Que el artículo primero de la mencionada Resolución expresa que otorga la concesión en cantidad de 9.64M3/Seg, o el 68.82% del caudal del río Coello.*

3) *En el artículo 2º de la misma Resolución señala que la concesión se otorga para uso agropecuario y consumo humano, así como generación de energía para la hidroeléctrica de la ventana. Igualmente, el párrafo primero de dicho artículo expresa lo siguiente: "USOCOELLO, deberá garantizar en forma prioritaria y permanente el suministro de agua para los acueductos de Chicoral, Coello y Espinal, en cantidad suficiente que permita el abastecimiento óptimo para cada comunidad, mientras permanezcan como usuarios del Distrito de riego".*

4) *Como se observa en el párrafo transcrito, tomado de la Resolución mencionada, la corporación otorgó la concesión, pero, condicionó a que se dejaran los flujos suficientes para abastecer los acueductos de Coello, Chicoral y Espinal, y la misma*

²⁴ Oficio suscrito el 31 de julio de 2008 por el Jefe Oficina Jurídica, CORTOLIMA, José Adolfo Gómez González: "[E]l Municipio del Espinal Tolima y la Empresa de Acueducto y Alcantarillado y Aseo del Espinal Tolima E.S.P. no han pagado valor alguno por concepto de Tasa Uso de Aguas de los Ríos Coello y Cucuana a CORTOLIMA. Se informa que los demandados no tienen concesión de aguas registradas en CORTOLIMA" -se subraya- (fls. 1 y 2, c. 4).

²⁵ "EL JEFE DE LA OFICINA JURÍDICA DE LA CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL TOLIMA CORTOLIMA CERTIFICA Que revisada la base de datos de la Corporación no aparece permiso de concesión de aguas otorgada en cabeza del municipio del Espinal ni a la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo del Espinal ESP. Que mediante Resolución n.º 0175 del 24 de enero de 1996, la Corporación Autónoma Regional del Tolima CORTOLIMA otorgó a la Asociación de Usuarios de aguas del Distrito de Riego del río Coello – USOCOELLO concesión de aguas provenientes del río Coello, en cantidad de 9.64 M3, encontrándose vigente, de conformidad con lo establecido en la resolución No.473 del 12 de mayo de 2006. Que el párrafo uno del artículo segundo de la citada providencia establece: "USOCOELLO deberá garantizar en forma prioritaria y permanente el suministro de agua para los acueductos de Chicoral, Coello y Espinal, en cantidad suficiente que permita el abastecimiento óptimo para cada unidad, mientras permanezcan como usuarios del Distrito de Riego. Que el Distrito de Riego de USOCOELLO ha venido cancelando (sic) a la Corporación Autónoma Regional del Tolima, la tasa por uso de aguas" (fl. 4, c.4) —se subraya—. Copia del oficio suscrito por el profesional Universitario Grado 01 de la Secretaria Hacienda y Tránsito del municipio de El Espinal: "(...) revisados los archivos de esta dependencia desde la vigencia de 1996 a la fecha, no ha existido en los presupuestos de todos estos años un rubro específico para el pago de la obligación que en el mencionado oficio se hace alusión. Pues en el año 2007, solo existe la partida denominada INSCRIPCION REGISTRO DE USUARIOS USOCOELLO - ACUEDUCTO ALTERNO, por la suma de \$15.000.000,00, la cual se ejecutó y pago" (fl. 14, c.4).

²⁶ Copia del oficio n.º 2796 del 4 de septiembre de 2006 (fls. 41 a 44, c.1).

corporación nunca ordenó que los municipios se inscribieran como usuarios del Distrito de Riego, a pesar de haberlo determinado, circunstancia ésta que no hubo (sic) obligatoriedad por parte de esa entidad para poner en cintura a los Municipios de Espinal y Coello, para cobrar el agua suministrada autorizada por ustedes, lo que en consecuencia se reclama para que la entidad a su cargo apropie en su presupuesto el pago del cobro que se formula. El valor de la concesión a partir del 24 de enero de 2.006 (sic) [1996] hasta el 11 de Mayo de 2.006, fecha en que se prorroga la concesión por la misma cantidad, pero, en su numeral 5 de los considerandos, aclara el concepto de caudal y expresa que para USOCOELLO el uso del agua es de 8.884L.P.S. y/o el 63.45% del caudal que discurra en toda época el cual se ajustaría siempre y cuando los acueductos deriven directamente del Río. Se fijó igualmente el caudal para el Municipio de el Espinal en 674 L.P.S.

5) Que en la visita técnica realizada el pasado 26 de julio de 2006, se determinó su objeto y es la de legalizar la concesión para el Municipio de el Espinal, Empresa de Acueducto, Aseo y Alcantarillado E.S.P. conforme a petición de la Gerente de esa entidad y que viene beneficiando al acueducto de Espinal como de Coello de acuerdo con la Resolución 0175 de enero 24 de 1.996 de Cortolima. Que igualmente se determinó que dichas aguas se han derivado por el canal Gualanday de propiedad del Estado y administrados por USOCOELLO, durante todo ese tiempo atrás, lo que confirma que efectivamente EL MUNICIPIO de Espinal si derivó dichas aguas y nunca solicitó concesión a CORTOLIMA, ni se inscribió como usuario ante USOCOELLO lo que indica que USOCOELLO fue facilitador de las obras de captación y de conducción para los acueductos de El Espinal y pagador de los consumos del Municipio sin estar obligado a ello por inobservancia de CORTOLIMA sobre todo el tiempo. Además guardó silencio el ente administrador de las aguas del Estado como CORTOLIMA, en un acto de imprevisión y negligencia por no llamarlo de mala fe, en cobrar todo el tiempo la concesión completa cuando no se estaba usando sino únicamente de 8.884 L.P.S.

6) Que de acuerdo a esta situación, distinto era que los Municipios condujeran las aguas por las obras de USOCOELLO, pero, no que USOCOELLO asumiera también el pago a costa de los usuarios del Distrito de Riego, razón por la cual se ha incurrido en un detrimento patrimonial injustificado a USOCOELLO que deberá resarcir EL MUNICIPIO por el no pago a CORTOLIMA de su consumo y por no haberse inscrito como usuario a pesar de haberle solicitado tal acto y fue renuente a ello (...).

8) Pues con estos hechos una vez más ratificar que el Municipio de Coello, deberá cancelar (sic) el caudal entregado a su municipio de Coello, desde el 24 de Enero de 1.996 y hasta el 11 de Mayo de 2.006 en 78 L.P.S, con su correspondiente indexación, lo que liquidado asciende a la suma de:

Por el Municipio de Espinal, 674 L. P. S. equivale a 0.674M3 x seg, desde el 24 de Enero de 1.996 y hasta el 11 de Mayo de 2.006, la cantidad de \$2.180.878.271.55, MONEDA CORRIENTE.

9) Igualmente el Municipio de Espinal deberá cancelar (sic) el valor del uso de las obras de conducción, operación, conservación del Canal Gualanday hasta la entrega del agua para consumo humano ordenado por CORTOLIMA, que asciende a la suma de \$294.959.360.00 MONEDA CORRIENTE (...) —se subraya—.

10.6.1. El 28 de septiembre de 2006, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios —SSPD— ordenó la toma de posesión con fines liquidatorios de la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de El Espinal —E.S.P.—, porque incumplió de manera reiterada, a juicio de la Superintendencia, los índices de eficiencia, los indicadores de gestión y las normas de calidad. Además, constató que la empresa de acueducto no tenía concesión de aguas y el suministro del recurso hídrico estaba condicionado a la buena voluntad de USOCOCELLO²⁷.

10.7. El Gerente de USOCOELLO remitió al alcalde del municipio de El Espinal las siguientes cuentas de cobro consecutivas que también se rehusó a pagar: i) el 24 de octubre de 2006, cuenta de cobro correspondiente al tiempo comprendido entre el 12 de mayo y el 30 de mayo de 2006²⁸; ii) el 14 de septiembre de 2007, cuenta de cobro correspondiente al tiempo comprendido entre el 1º de octubre al 31 de diciembre de 2006 y del 1º de enero al 30 de septiembre de 2007²⁹; iii) el 30 de

²⁷ Copia de la Resolución n.º SSPP- 20061300036085 de la Superintendencia de Servicio Públicos Domiciliarios del 28 de septiembre de 2006 "(...) SISTEMA DE ACUEDUCTO. El sistema de acueducto de la Empresa de Acueducto, alcantarillado y Aseo del Espinal presenta las siguientes características: - La empresa no tiene concesión de agua y su producción depende directamente de la Asociación de Usuarios del Río Coello-USOCOELLO, quien le cede a la Empresa el caudal requerido. Cómo no existe contrato para el suministro, éste está condicionado la voluntad de USOCOCELLO" (fl. 16, 1).

²⁸ "LA EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE EL ESPINAL E.S.P. DEBE A LA ASOCIACION DE USUARIOS DEL DISTRITO DE ADECUACION DE TIERRAS DE LOS RIOS COELLO Y CUCUANA " USOCOELLO" N.L.T. No. 890.702.731 – 8 LA SUMA DE CIENTO DIEZ MILLONES QUINIENTOS VEINTIDOS MIL QUINIENTOS OCHENTA Y CUATRO PESOS CON SETENTA CENTAVOS (\$110.522.584.70/100) MONEDA CORRIENTE, valor correspondiente a los siguientes conceptos: Por suministro de 0.674M3 x seg., agua para consumo humano al Municipio El Espinal, desde el 12 de Mayo al 30 de Septiembre 2.006 \$ 81.025.648.70. Por concepto valor uso de las obras de conducción, operación, conservación canal Gualanday hasta la entrega del agua para consumo humano ordenado por CORTOLIMA \$ 29.496.936.00" (fl. 53, c.1).

²⁹ Oficios 1834 y 1838 del 14 de septiembre de 2007 suscrito por el gerente general de USOCOELLO, Germán Rodríguez Góngora y remitido al agente especial de la SSPD, Gustavo Castro Peña y al alcalde de El Espinal, José Gentil Palacios Urquiza (fls. 81 a 84, c.1; 5 y 6, c. anexo): "LA EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE EL ESPINAL E. S. P Y/O MUNICIPIO DE EL ESPINAL DEBE A LA ASOCIACION DE USUARIOS DEL DISTRITO DE ADECUACION DE TIERRAS DE LOS RIOS COELLO Y CUCUANA USOCOELLO - NIT No. 890.702.731 – 8 LA SUMA DE DOSCIENTOS SESENTA Y SIETE MILLONES CIENTO SETENTA Y UN MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y UN PESOS (\$267.171.551.00).- MONEDA CORRIENTE Por suministro de 0.674 M3 x 5e9, agua para consumo humano al Municipio de El Espinal, desde el primero (1) de Octubre al 31 de Diciembre de 2.006 y del primero (1) de Enero al 30 de

enero de 2008, cuenta de cobro correspondiente al tiempo comprendido entre el 1º de octubre al 31 de diciembre de 2007³⁰; y iv) el 1º de julio de 2008, cuenta de cobro correspondiente al tiempo comprendido entre el 1º de enero al 30 de junio de 2008³¹.

10.8. El 8 de octubre de 2007, el agente especial designado de la SSPD le precisó al gerente de USOCOELLO que no existía contrato estatal suscrito con el municipio de El Espinal, por medio del cual se acreditaran debidamente las sumas adeudadas por el suministro de agua para el consumo humano, al igual que por el uso de las obras de captación, conducción, conservación y mantenimiento del canal Gualanday que conduce el recurso hídrico hasta la derivación de la bocatoma del acueducto municipal³².

Septiembre de 2.007 \$220.714.079.00. Por concepto valor uso de las obras de captación, conducción, operación conservación y mantenimiento canal Gualanday hasta la entrega del agua para consumo humano ordenado por CORTOLIMA \$ 46.457.472.00”.

³⁰ “LA EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE EL ESPINAL E. S. P Y/O MUNICIPIO DE EL ESPINAL DEBE, A LA ASOCIACION DE USUARIOS DEL DISTRITO DE ADECUACION DE TIERRAS DE LOS RIOS COELLO y CUCUANA USOCOELLO - NIT No. 890.702.731 – 8 LA SUMA DE CINCUENTA Y OCHO MILLONES OCHOCIENTOS OCHENTA Y OCHO MIL DOSCIENTOS TRES PESOS CON DIECIOCHO CENTAVOS (\$58.888.203.18/100 M/CTE) MONEDA CORRIENTE.- Por suministro de 0.674 M3 x seg, agua para consumo humano al Municipio de El Espinal, desde el primero (1) de Octubre al 31 de Diciembre de 2.007 56.307.232.52. Por concepto valor uso de las obras de captación, conducción, operación conservación y mantenimiento canal Gualanday hasta la entrega del agua para consumo humano ordenado por CORTOLIMA, MISMO PERIODO \$ 2.580.970.66” (fls. 102 a 105, c.1; 7 y 8, c. anexo).

³¹ Oficio 1216 del 30 del 1º de julio de 2008 suscrito por gerente general de USOCOELLO, Fabio Augusto Montealegre Sánchez y remitido al agente especial de la SSPD, Oscar Darío Gómez Bernal (fls. 9 y 10, c. anexo): “LA EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE EL ESPINAL E. S. P Y/O MUNICIPIO DE EL ESPINAL DEBE, A LA ASOCIACION DE USUARIOS DEL DISTRITO DE ADECUACION DE TIERRAS DE LOS RIOS COELLO y CUCUANA USOCOELLO - NIT No. 890.702.731 – 8 LA SUMA DE CIENTO CINCUENTA Y DOS MILLONES TRESCIENTOS SETENTA Y TRES MIL DOSCIENTOS PESOS (\$ 152.373.202.00). Por suministro de 0.674 M3 x seg, agua para consumo humano al Municipio de El Espinal, desde el primero (1) de enero al 31 de junio de 2.008....119.233.296 Por concepto valor uso de las obras de captación, conducción, operación conservación y mantenimiento canal Gualanday hasta la entrega del agua para consumo humano ordenado por CORTOLIMA, MISMO PERIODO \$ 33.139.906.00”.

³² Oficio n.º AESSPD-1211 del 8 de octubre de 2007 suscrito por el agente especial designado SSPD, Óscar Darío Gómez Bernal (fls. 85 y 86, c.1): “[A]nalizada la solicitud de la referencia, me permito hacer la devolución de la cuenta de cobro presentada por usted y solicitarle se sirva allegar a este despacho, copia del contrato, convenio o documento suscrito entre USOCOELLO y la EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DEL ESPINAL E.S.P, que acredite o soporte las sumas dinerarias reclamadas correspondientes al suministro de agua para el consumo humano de este Municipio al igual que el uso de las obras de captación, conducción, conservación y mantenimiento del Canal Gualanday que conduce el agua hasta la derivación del acueducto. Lo anterior para efectos administrativos o contables de rigor, ya que en esta Empresa no se encuentran dichos soportes documentales”.

10.9. La Asociación de Usuarios del Distrito de Adecuación de Tierras de los Ríos Coello y Cucuana "USOCOELLO" y la alcaldía municipal de El Espinal celebraron el convenio administrativo n.º 066 de 2007 —sin precisión de la fecha de celebración— cuyo objeto fue el suministro de agua no potable o cruda de uso agrícola. Por ser relevante para el presente proceso, se citan los apartes más importantes³³:

GERMAN RODRÍGUEZ GÓNGORA (...) obrando en su condición de representante legal de la ASOCIACIÓN DE USUARIOS DEL DISTRITO DE ADECUACIÓN DE TIERRAS DE LOS RÍOS COELLO y CUCUANA "USOCOELLO" y JOSÉ GENTIL PALACIOS URQUIZA (...) quien obra como Alcalde Municipal de esta ciudad y representante legal del MUNICIPIO DEL ESPINAL, se acuerda el convenio interinstitucional entre las citadas entidades por tratarse de un asunto de interés público común a los objetivos, políticas y funciones de las mismas teniendo en cuenta lo establecido en las resoluciones números 0175 del 24 de Enero de 1996 y 473 del 12 de Mayo de 2.006 expedida por CORTOLIMA el cual se regirá por las siguientes cláusulas: PRIMERA. OBJETO. El objeto del presente convenio será el suministro de agua no potable o cruda de uso agrícola en la abscisa K11 +350 del Canal Espinal donde derivará la cantidad de treinta (30) L.P.S en cualquier momento con destino al acueducto alterno de la ciudad del Espinal, siempre y cuando haya disponibilidad del recurso hídrico en el lecho del canal. PARÁGRAFO:-Las prácticas sanitarias a la potabilidad del agua, serán responsabilidad del Municipio del Espinal y/o el operador que administre el acueducto alterno de esta ciudad exonerando de cualquier tipo de responsabilidad a USOCOELLO y al Estado Colombiano en cabeza del INSTITUTO COLOMBIANO DE DESARROLLO RURAL "INCODER". SEGUNDA. DURACIÓN. La duración del convenio es por término de diez (10) años, contados a partir de la suscripción y legalización del mismo, sin que exceda del 30 de septiembre del año 2017. PARÁGRAFO: En caso que el convenio sea renovado por parte del Estado y USOCOELLO, se renovará de manera automática este convenio y tendrá vigencia por el tiempo que sea necesario y posible el suministro del agua para el acueducto en comento. Este convenio se entiende legalizado únicamente para el servicio y objeto relacionado y no se podrá ceder por ninguna de las partes intervinientes a ninguna otra persona natural o jurídica sin previo consentimiento de USOCOELLO, como administradora de las Obras de captación, conducción y distribución del Distrito de Adecuación de Tierras de los ríos Coello y Cucuana USOCOELLO. TERCERA, CAPTACIÓN.-La captación que está ubicada en la abscisa K 11 +350 del Canal Espinal será construida por cuenta y riesgo operativo del Municipio y el operador del acueducto alterno, que incluya: vigilancia sobre la tubería, eficiencia de captación,

³³ Convenio Interinstitucional, n.º 066 de 2007 suscrito en 2007 entre la Asociación de Usuarios del Distrito de Adecuación de Tierras de los Ríos Coello y Cucuana "USOCOELLO" y la alcaldía municipal de El Espinal (fls. 167 a 169, c.1).

estructura aforadora, funcionalidad, riesgo de destrucción por operación de maquinaria pesada en función del mantenimiento del Distrito. PARÁGRAFO: en todo caso se observará lo siguiente: 1).- La captación del acueducto alterno sobre el canal Espinal debe quedar con un nivel que garantice una óptima captación con un caudal mínimo de dicho canal. 2).- Por ninguna circunstancia el suministro de agua para el acueducto alterno debe quedar sujeto a la operación de las compuertas centrales sobre el canal Espinal. 3).- El suministro de agua para el acueducto está condicionado a lo siguiente: a).- La suspensión del servicio de riego por mantenimiento en Bocatoma Cucuana y canal de conducción por ejecución, rehabilitación y mantenimiento de obras y palizadas. b).- A la puesta en operación de las concesiones otorgadas por CORTOLIMA a los proyectos P1, P2 y Hato de Iglesia, San Anastasia, Guamitos y Flandes. c).- a las deficiencias en el suministro de riego por el caudal adicional que se debe dejar discurrir por el lecho del río Cucuana para los bañistas sobre el puente Cucuana, los días dominicales y festivos. 4).- USOCOELLO, no se hace responsable de la posible contaminación del agua de riego por pesticidas por estar en un área agrícola con alta incidencia de aplicaciones aéreas, eventuales derramamientos de hidrocarburos y otros productos contaminantes. Es de aclarar que los canales de riego no solamente transportan agua del río, sino de drenajes de predios y lluvias (...) CUARTA. CUANTÍA y FORMA DE PAGO. Se fija el valor del suministro del agua para el año 2007 la suma de NOVECIENTOS TREINTA Y OCHO MIL SETECIENTOS SETENTA y TRES PESOS (\$938.773.00) MONEDA CORRIENTE, mensuales, que serán pagaderos dentro de los treinta y cinco (35) días calendario siguientes al mes facturado (...) PARÁGRAFO. Igualmente el Municipio del Espinal pagará por una sola vez a USOCOELLO, la suma de QUINCE MILLONES DE PESOS (\$15.000.000) MONEDA CORRIENTE, por concepto de Inversiones Cucuana. (...) SEXTA. COMPROMISOS DE LAS PARTES. a).- POR PARTE DE USOCOELLO. 1) se compromete a suministrar 30 Litros por segundo de agua cruda de uso agrícola solicitados por la Administración Municipal y/o el operador del Acueducto alterno en el sitio de la derivación que se ha definido como CANAL ESPINAL, a la altura del K.11 + 350 en donde estará ubicada la toma aforadora de caudales y la cual permitirá su medición y control. 2).- La captación del Acueducto alterno sobre este canal debe quedar con un nivel que garantice una óptima captación con un caudal mínimo en dicho canal. 3).- Por ninguna circunstancia el suministro de agua debe quedar sujeto a la operación de las compuertas centrales sobre el canal Espinal. 4) el sometimiento a las condiciones y demás aspectos enumerados en el parágrafo de la Cláusula Tercera de este convenio.- b).-Por su parte LA ALCALDÍA Y/O EMPRESA OPERARIA DEL ACUEDUCTO DEL ESPINAL, se comprometen: 1) A cancelar puntualmente las mesadas liquidadas y facturadas dentro de los términos convenidos. 2).- a aceptar los periodos de tiempo en que deban de realizarse las actividades de mantenimiento y avisar a sus suscriptores sobre el no suministro del agua para evitar posibles perjuicios o malestar en la comunidad 3) a aceptar los reglamentos que sobre el manejo de agua tenga el Distrito de Adecuación de tierras, teniendo en cuenta que al agua que se suministra es cruda y de uso agrícola.-

4).- a potabilizar el agua que se suministra hasta ponerla en óptimas condiciones para el consumo humano, tal y como se dejó consignado anteriormente. 5) el incumplimiento en uno cualquiera de los pagos de la facturación, la toma derivadota (sic) será cerrada hasta tanto no se verifique la cancelación del servicio que se presta a través de este convenio por parte de USOCOELLO. PARAGRAFO.- En caso que le sea otorgada en el futuro la concesión de agua al Municipio del Espinal, sobre las aguas de la fuente del río Cucuana por parte de CORTOLIMA se revisará el presente convenio. SEPTIMA.- CAUSALES DE TERMINACIÓN DEL CONVENIO; para los efectos de esta cláusula USOCOELLO podrá dar por terminado este convenio en los siguientes términos; a) Cuando se incumpla el pago de una cualquiera de las facturas liquidadas para el pago del servicio prestado, y no se haya cancelado dentro de los plazos establecidos.- b) el mutuo consentimiento; c) La venta cesión o arriendo de la empresa operadora del Acueducto del Espinal, que la administración Municipal haya autorizado para estos efectos. d) Por terminación del convenio de USOCOELLO con el INCODER o reasunción de funciones por el mismo Estado, salvo la prórroga del mismo, el cual permite continuar prestando el servicio de uso de obras y de suministro de agua e) Por registrarse la situación precaria financieramente de las entidad Municipal y/o operador del acueducto que como obligado no asuma la responsabilidad de sanear la cartera morosa con USOCOELLO, en caso que la hubiere y en cumplimiento de la ley el Municipio asumirá sus funciones en forma directa, f) en caso de liquidación obligatoria por darse los presupuestos para ello del operador del acueducto, el Municipio responderá con sus recursos para atender el pago del valor adeudado (...).

10.10. CORTOLIMA realizó una inspección ocular con el objeto de analizar la viabilidad de concesión de aguas de los ríos Coello y Cucuana elevada por la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo del municipio de El Espinal –E.S.P.–. En dicho documento se consignaron los siguientes puntos interesantes³⁴:

La fuente de donde se viene derivando el agua se denomina Río Coello Canal Gualanday a la altura de la planta de generación de energía denominada la Ventana. El acueducto de los Municipios del Espinal y Coello desde hace aproximadamente 50 años vienen derivando las aguas del Río Coello, las cuales son conducidas por el canal denominado Gualanday y derivadas a la altura de la presa que le proporciona aguas para la generación de energía (Planta La Ventana).

Cuando se otorgó el agua al Distrito de Riego del Río Coello USOCOELLO por parte de CORTOLIMA en el acto administrativo (Resolución n.º 0175 de 1.996 y 473 del 12 de mayo de 2006) se consignó que sobre la estructura de captación y conducción

³⁴ Copia de la inspección ocular realizada el 18 de agosto de 2006 por CORTOLIMA a la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo del Espinal E.S.P para estudio de concesión de aguas (fls. 171 a 175, c.1)

vienen incluidas los caudales de los acueductos de las cabeceras Municipales de Espinal y Coello e las siguientes proporciones:

674 Lts/seg. Para el acueducto de El Espinal
78 Lts/seg. Para el acueducto de Coello.

Por lo tanto se ajustó el caudal de 8.884 Lts/seg y/o el 63,45%, siempre y cuando los acueductos sean derivados directamente del río, como esto no ha sucedido el Distrito de USOCOELLO está derivando un caudal de 9.640 Lts/seg. y/o el 68,82%.

Como se está solicitando la concesión de aguas por parte de la Empresa de acueducto alcantarillado y Aseo del Espinal E.S.P y estas son captadas y transportadas por el canal Gualanda y de Distrito del Río Coello USOCOELLO, es necesario una vez otorgada el caudal a la empresa de acueducto se debe ajustar la concesión del Distrito de USOCOELLO a un caudal de 8.884 Lts/seg. y/o el 63,42% del caudal que discorra en toda época por el cauce del río. Pero se seguirán captando los 9.640 Lts/seg. y/o 68,82% porque las aguas de los acueductos se seguirán captando y transportando por la infraestructura del Distrito de USOCOELLO (...).

5. RECOMENDACIONES: No existiendo impedimento de orden técnico ambiental se recomienda otorgar una concesión de agua del Río Coello en cantidad de 674 Lts/seg., y/o el 4,81 % para el beneficio de la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo del Espinal E.S.P; caudal incluido dentro de los 9.640 Lts/seg. y/o 68,82% del caudal que discorra en toda época por el cauce del río, otorgado y derivados por la infraestructura del Distrito de USOCOELLO, como lo indica la Resolución n.º 0175 de 1996 y 473 del 12 de mayo de 2006. Notificado el acto administrativo por medio del cual se otorga las aguas en cabeza de la Empresa Prestadora del Servicio de Acueducto es necesario descontar de los 9.640 Lts/seg. de USOCOELLO los 674 Lts/seg del Acueducto, quedando USOCOELLO con un caudal de 8.966 Lts/seg. y/o el 64%.del caudal que discorra en toda época por el cauce del río —se subraya—.

10.11. A propósito de la concesión solicitada por la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo E.S.P. de El Espinal, el Subdirector de Calidad Ambiental de CORTOLIMA, Luis Alberto Cruz Colorado, advirtió³⁵:

La Empresa de Acueducto Alcantarillado y Aseo del Espinal E. S.P. solicitó a CORTOLIMA la concesión de aguas de los Ríos Coello y Cucuana. Que mediante la Resolución n.º 0175 de 1996 y prorrogada mediante Resolución n.º 473 del 12 de mayo de 2006 se consignó que sobre la infraestructura de captación, conducción, vienen incluidos los caudales de los acueductos de las cabeceras Municipales del Espinal y Coello en las siguientes proporciones: 674 Lts/seg. para el acueducto del Espinal, 78 Lts/seg. para el

³⁵ Copia del oficio del 12 de septiembre de 2006 emitido por el Subdirector de Calidad Ambiental de CORTOLIMA, Luis Alberto Cruz Colorado - mensaje interno de la Oficina Jurídica (fls. 176 a 177, c.1).

acueducto de Coello (...) Es importante aclarar que como lo indica la resolución por medio de la cual se otorgó la concesión de aguas al Distrito de riego de USOCOELLO, se consignó que sobre la misma infraestructura de captación y conducción vienen incluidos los caudales de los acueductos de las cabeceras Municipales de Espinal y Coello, por lo tanto una vez otorgado el caudal dejado al Municipio del Espinal quien solicitó la concesión de aguas y estas vienen siendo derivadas a la altura de la generadora de energía la Ventana, una vez emitido el acto administrativo por medio del cual otorga el agua a la Empresa de acueducto alcantarillado y aseo del Espinal E. S. P. la misma resolución, comunica ajustar el caudal del distrito a 8.884 Us/seg. y/o el 63,45% siempre y cuando los acueductos sean derivados directamente del río; como esto no ha sucedido el distrito de USOCOELLO seguirá derivando un caudal de 9.640 Lts/seg. y/o el 68. 82%; por lo tanto CORTOLIMA viene cobrando al Distrito de riego las aguas de los acueductos que quedaron inmersos dentro de la estructura de captación y conducción del Distrito, por ser éste un usuario legalizado al cual se le viene facturando y no al acueducto por carecer de ésta legalización (...).

En cuanto a la facturación por el cobro por el uso de las aguas por parte de CORTOLIMA, se hará al respectivo usuario de acuerdo a lo manifestado en la parte resolutive de la resolución correspondiente y en la forma allí manifestada —se subraya—.

C. Problema jurídico

11. A fin de resolver el asunto sometido a consideración de la Sala, en virtud del recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia de primera instancia, resulta indispensable pronunciarse frente a los siguientes problemas jurídicos:

11.1. Establecer si se presenta una **ineptitud sustantiva de la demanda** por indebida escogencia de la acción, tal como lo señaló el juez de primera instancia, en virtud de la cual profirió fallo inhibitorio.

11.2. En caso de ser procedente la acción de reparación directa, dilucidar si, como lo estiman las demandadas, se configuró la **caducidad** de la acción de reparación directa, ya que transcurrieron más de dos años desde la producción del hecho dañoso o si, como lo afirma la apelante por tratarse de un daño de tracto sucesivo o ejecución continuada, no ha operado dicho fenómeno.

11.3. De no existir caducidad de la acción, la Sala entrará a analizar si en el presente caso el municipio de El Espinal y la Empresa de Acueducto,

Alcantarillado y Aseo de El Espinal —E.S.P—. son **extracontractualmente responsables** por el daño ocasionado a USOCOELLO, originado en la presunta omisión de reembolsar el valor de la tasas de compensación ambiental que este pagó a CORTOLIMA en virtud de la concesión de agua, y por el uso y mantenimiento de la infraestructura de redes, lo que desencadenó un empobrecimiento injustificado de su patrimonio.

11.4. En caso de que la Sala acceda a las pretensiones de la demanda entraría a estudiar otros asuntos concernientes a la liquidación de perjuicios, los cuales serían abordados en el acápite correspondiente.

D. Análisis de la Sala

12. La excepción de ineptitud sustantiva de la demanda planteada por el municipio de El Espinal y la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo —EAAA— de El Espinal

12.1. La Sala estudiará los motivos de disenso manifestados en el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, el 15 de abril de 2011, mediante la cual se declaró probada de oficio la excepción de indebida escogencia de la acción y, en consecuencia, se profirió fallo inhibitorio, así:

i) El Tribunal Administrativo del Tolima dictó sentencia inhibitoria y se fundó en las sentencias proferidas por la Sección Tercera del Consejo de Estado el 30 de julio de 2008³⁶ y 22 de julio de 2009³⁷, donde se precisó que el remedio procesal idóneo para reclamar por un desplazamiento patrimonial de un sujeto al de otro sin que exista una causa jurídica que lo justifique era la *actio in rem verso*, acción autónoma e independiente, y no la acción de reparación directa, pues su naturaleza es compensatoria y no indemnizatoria; no obstante, esta postura —según el recurrente— asumida por el juez de primer grado no fue advertida cuando se admitió la demanda el 25 de febrero de 2008 y, por el contrario, aplicó la tesis jurisprudencial según la cual, el enriquecimiento sin causa por ser un

³⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 30 de junio de 2008, rad. 15079, M.P. Ramiro Saavedra Becerra.

³⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 22 de julio de 2009, rad. 35.026, M.P. Enrique Gil Botero.

hecho de la administración, constituía una pretensión que podía ser demandada por la acción de reparación directa³⁸.

ii) El juez de primera instancia al advertir la escogencia inadecuada del cauce procesal —y más aún si la *actio in rem verso* no había caducado—, debió haber inadmitido la demanda y, en consecuencia, conceder un término para corregirla, *so pena* de rechazo; sin embargo, solo hasta la sentencia aplicó un giro jurisprudencial inesperado, con lo que quebrantó la garantía procesal de libre acceso a la administración de justicia.

13. El cambio jurisprudencial sobre la vía procesal para reclamar el enriquecimiento sin causa. Aplicación del precedente judicial vigente a la presentación de la demanda

13.1. La jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido discordante en cuanto a la fijación del cauce procesal para conocer de las controversias sobre enriquecimiento sin causa. En ese orden, la Sala analizará de modo cronológico la evolución de las diferentes posturas jurisprudenciales al respecto.

13.2. En sentencia del 11 de diciembre de 1984, se consideró que por ser un hecho de la administración, el cauce procesal adecuado para ventilar la pretensión de restablecimiento patrimonial derivado de una eventual declaratoria de enriquecimiento sin justa causa, lo constituía la acción de reparación directa³⁹.

13.3. En sentencia del 3 de julio de 1992⁴⁰, la Sala reforzó la tesis anterior y consideró que no era posible demandar la ejecución de prestaciones a través de la

³⁸ Se recuerda que el escrito de apelación precisó: *“la sentencia a la cual se refiere el despacho fallador es del 30 de julio de 2008 y la demanda fue admitida el 25 de febrero de 2008, es decir, 5 meses antes del pronunciamiento y de haberse instaurado la demanda; por tanto, considero que cuando las normas se aprueban y no tienen efecto retroactivo, igual circunstancia debiera aplicarse para la evolución de la jurisprudencia, es decir, que se apliquen a casos a partir de y no antes de, porque crearía una inseguridad jurídica como la que podría predicarse en este caso concreto y se violaría el debido proceso y derecho de defensa, porque si bien es cierto se admite una demanda sobre unos parámetros y no hay pronunciamiento por el juez de conocimiento no deben ser modificados o cambiados en el desarrollo de la instrucción y fallo (...) Por lo anterior se solicita (...) la revocatoria (...) por cuanto se declaró probada una excepción oficiosa denominada INDEBIDA ESCOGENCIA DE LA ACCIÓN ”* (fl. 307, c.1).

³⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de diciembre de 1984, rad. 4.070, M.P. Carlos Jaramillo Betancur.

⁴⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 3 de julio de 1992, rad. 5.876, M.P. Juan de Dios Montes Hernández.

acción de controversias contractuales, pues no existía amparo convencional y, por ende, no había camino distinto que encauzar las pretensiones mediante la acción de reparación directa.

13.4. La anterior postura también quedó plasmada en la sentencia del 4 de julio de 1997⁴¹ en donde se resolvió un litigio relacionado con el pago de obras adicionales sin el debido sustento contractual y se afirmó que: *i)* se excluyen las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, porque requieren de la existencia de un acto administrativo; *ii)* se excluye la acción relativa a controversias contractuales, porque la obligación de reparar en este caso no tiene su origen en ningún contrato como fuente de obligaciones; y *iii)* en lugar de una relación contractual, se trata de un hecho y, por ende, a la *actio in rem verso* le corresponde como corolario el trámite de la acción de reparación directa.

13.5. La sentencia del 6 de abril de 2000⁴² precisó que el criterio que ha orientado la calificación de la acción es la existencia de un amparo contractual, de modo que aquellas actividades realizadas por los particulares para la administración pública que no fueron estipuladas en el marco de una relación contractual pueden demandarse por la vía de la reparación directa, siempre y cuando se configuren los presupuestos de la teoría del enriquecimiento sin causa, a saber: *i)* un enriquecimiento de la parte beneficiada; *ii)* un correlativo empobrecimiento de la parte afectada; *iii)* una relación de causalidad entre los anteriores, y *iv)* la ausencia de causa o título jurídico.

13.6. En providencia del 7 de junio de 2007⁴³ se consideró que para solucionar los problemas que se suscitan cuando se ejecutan prestaciones donde no media vínculo contractual, existen otras figuras jurídicas que resultan procedentes como lo es la acción de reparación directa.

13.7. Así las cosas, si bien es cierto que la Sección Tercera hasta ese momento reconoció que el enriquecimiento sin justa causa, por tener pretensiones de carácter extracontractual, se ubicaba dentro de los supuestos de la acción de

⁴¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de julio de 1997, rad. 10.030, M.P. Ricardo Hoyos Duque.

⁴² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de abril de 2000, rad. 12.775, M.P. Ricardo Hoyos Duque.

⁴³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 7 de junio de 2007, rad. 14.669, M.P. Ramiro Saavedra Becerra.

reparación directa, con lo que se descartaba la *actio in rem verso* como un cauce procesal autónomo e independiente para ventilar las controversias que tuvieran como fundamento dicho principio, también lo es que el 30 de julio de 2008⁴⁴ en una aclaración de voto del Consejero Enrique Gil Botero se advirtió un giro jurisprudencial, el cual también había sido anunciado en otros salvamentos de similar índole⁴⁵, cuya tesis se consolidó definitivamente en el año 2009, en virtud de lo cual se logró modificar la línea jurisprudencial inaugurada en los años noventa.

13.8. En la aclaración de voto a la sentencia del 30 de julio de 2008, se precisó lo siguiente:

[S]e trata de una acción única y exclusivamente de rango compensatorio, es decir, a través de la misma no se puede pretender la indemnización o reparación de un perjuicio, sino que el contenido y alcance de la misma se circunscribe al monto en que se enriqueció sin causa el patrimonio del demandado, que debe corresponder (correlativamente) al aminoramiento que padeció el demandante. // Por consiguiente, según esta nota distintiva, las pretensiones deben estar limitadas al monto del enriquecimiento patrimonial, sin que sea viable formular peticiones distintas al aseguramiento de dicho equilibrio. // Es por lo anterior que se debe precisar, que la forma idónea y exacta de presentar la acción in rem verso (actio de in rem verso) es de manera autónoma e independiente, sin que sea dable confundirla o equipararla a la acción de reparación directa consagrada en el artículo 86 del C.C.A. -esta última de naturaleza indemnizatoria- // Así las cosas, la acción in rem verso halla su fundamento en el propio articulado del Código Civil, y es posible interponer la misma dentro de los términos de prescripción y caducidad contenidos en dicho estatuto normativo. (...) El término de caducidad de la acción in rem verso, dadas las anteriores consideraciones, será de 10 años según lo preceptuado en el artículo 2536 ibídem (...). En ese orden de ideas, independientemente al hecho de que la acción in rem verso se rija por los postulados normativos del Código Civil, inclusive en materia de términos de caducidad, esto no impide que el juez de lo contencioso administrativo pueda conocer de la misma, para definir, en cada caso concreto, si las pretensiones de desequilibrio patrimonial injustificado, en las cuales interviene una entidad estatal -en los términos establecidos en el artículo 82 del C.C.A.- tienen o no vocación de prosperar, con la salvedad específica que el trámite correspondiente para

⁴⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 30 de julio de 2008, rad. 15.079, M.P. Ramiro Saavedra Becerra.

⁴⁵ Salvamento de voto al auto del 21 de mayo de 2008, Sección Tercera, Consejo de Estado. rad. 520012331000200601764-01. M.P. Myram Guerrero de Escobar; salvamento de voto a la sentencia del 26 de marzo de 2008, Sección Tercera, Consejo de Estado, rad. 16.152. M. P. Mauricio Fajardo Gómez.

ventilar ese tipo de pretensiones, será el contencioso ordinario establecido en los artículo 206 y s.s. del C.C.A.

13.9. En el año 2009⁴⁶, la Sala modificó su línea tradicional frente a casos de enriquecimiento sin causa y consideró que no era posible tramitarlos mediante la acción de controversias contractuales ni a través de la acción de reparación directa, por cuanto esta última tenía un contenido estrictamente indemnizatorio que iría en contravía de la naturaleza compensatoria del enriquecimiento sin justa causa. En ese orden, estableció que la *actio in rem verso* tenía un cauce procesal autónomo e independiente para zanjar este tipo de controversias. Al respecto, señaló:

[L]a acción tiene el rasgo de excepcional, dado que el traslado patrimonial injustificado (enriquecimiento alegado) no debe tener nacimiento u origen en ninguna de las fuentes de las obligaciones señaladas en el artículo 1494 del Código Civil. Se trata de una acción única y exclusivamente de rango compensatorio (a diferencia de las acciones de reparación directa y contractual), es decir, a través de la misma no se puede pretender la indemnización o reparación de un perjuicio, sino que el contenido y alcance de la misma se circunscribe al monto en que se enriqueció sin causa el patrimonio del demandado, que debe corresponder (correlativamente) al aminoramiento que padeció el demandante. Por consiguiente, según esta nota distintiva, las pretensiones deben estar limitadas al monto del enriquecimiento patrimonial, sin que sea viable formular peticiones distintas al aseguramiento de dicho equilibrio. En consecuencia, la acción in rem verso (actio de in rem verso) no puede ser equiparada a la acción de reparación directa consagrada en el artículo 86 del C.C.A. —esta última de naturaleza indemnizatoria—. Se trata, como ya se mencionó de una acción de naturaleza autónoma e independiente, dirigida, precisamente, a retrotraer los efectos que produjo una situación de traslado patrimonial injustificado, motivo por el cual no es posible, en sede de su ejercicio, formular algún tipo de pretensión de carácter indemnizatorio, sino que, por el contrario, su procedencia se basa en el exclusivo reconocimiento de una situación que se encuentra fuera de la órbita contractual o extracontractual, que amerita la adopción, por parte del juez competente, de una medida netamente compensatoria.

⁴⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de enero de 2009, rad. 15.662, M.P. Myriam Guerrero de Escobar; sentencia del 22 de julio de 2009, rad. 35.026, M.P. Enrique Gil Botero.

13.10. Finalmente, la Sección Tercera, en sentencia de unificación del 19 de noviembre de 2012⁴⁷, en razón a la divergencia de posiciones -una, que defendía la tesis de negar la pertinencia de la reparación directa con fundamento en que se trataba de una acción autónoma de carácter compensatorio y no indemnizatoria y, otra, que aducía que el camino procesal era la reparación directa porque mediante esta se podía solicitar la reparación del daño cuando la causa era un hecho de la administración- consideró que el enriquecimiento sin causa constituye básicamente una pretensión y la autonomía de la *actio de in rem verso* se relaciona más con la causa del enriquecimiento que con la vía procesal adecuada para encauzarla, por lo que en materia de lo contencioso administrativo, la pretensión de enriquecimiento sin causa corresponde a la acción de reparación directa y lo único que podría demandarse mediante esa acción sería el monto del enriquecimiento. Además, como corolario de lo anterior, precisó que todo lo atinente a la competencia y a los términos de caducidad en los casos de enriquecimiento sin causa, se rige en los mismos términos de la reparación directa. Al respecto se resalta lo siguiente:

Si se tiene en cuenta que el enriquecimiento sin causa constituye básicamente una pretensión y que la autonomía de la actio de in rem verso se relaciona con la causa del enriquecimiento y no con la vía procesal adecuada para enrutarla, fácilmente se concluye que en materia de lo contencioso administrativo a la pretensión de enriquecimiento sin causa le corresponde la vía de la acción de reparación directa (...). La autonomía de la actio de in rem verso se centra en que el enriquecimiento se produce sin una causa que lo justifique y que como quiera que no hay causa justificante se carece de la correspondiente acción que daría la justa causa si esta existiere. Emerge por consiguiente que la actio de in rem verso, más que una propia y verdadera acción, es una pretensión restitutoria de un enriquecimiento incausado, enriquecimiento éste que a no dudarlo constituye un daño para el empobrecido y que por lo tanto es equitativo que aunque no exista causa al amparo de la cual pueda exigirse la restitución esta se conceda en aplicación de la regla que prohíbe enriquecerse a expensas de otro. (...) lo que en otras palabras significa que su autonomía es más de carácter sustancial que procedimental. Así el asunto resulta claro que mediante la llamada acción de reparación directa que consagra el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo puede pretenderse el reconocimiento del enriquecimiento sin causa y la consiguiente restitución en todos aquellos casos en que resultaría procedente, puesto que esta acción está prevista precisamente para poder demandar directamente la reparación del daño cuando provenga, entre otros eventos, de un hecho de la administración. (...) Pero, se reitera, lo único que podrá pedir mediante esa acción es el monto del enriquecimiento y nada más

⁴⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera - Sala Plena, rad. 24.897, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

y esta circunstancia en manera alguna desfigura o enerva la acción de reparación directa puesto que lo sustantivo prevalece sobre lo adjetivo o procedimental (...).

Todo lo atinente a la competencia y a los términos de caducidad en los casos de enriquecimiento sin causa se rigen por los de la reparación directa porque esa pretensión se hace valer mediante esta acción⁴⁸.

13.11. Los efectos de los cambios jurisprudenciales y el acceso efectivo a la administración de justicia. En el caso concreto, el juez de primer grado aplicó de manera retroactiva la nueva postura jurisprudencial inaugurada por la Sección Tercera del Consejo de Estado en 2009 sobre la vía procesal para reclamar por el enriquecimiento sin causa que se inició con anterioridad a dicho cambio de jurisprudencia y, en consecuencia, profirió un fallo inhibitorio. El problema consiste, entonces, en cómo conciliar los cambios jurisprudenciales con el derecho de acceso efectivo a la administración de justicia⁴⁹.

13.11.1. La función jurisdiccional le permite al juez de cierre, en ejercicio de su autonomía judicial, efectuar cambios jurisprudenciales, mediante la exposición clara y razonada de los fundamentos jurídicos que justifican las variaciones jurisprudenciales, de modo que las nuevas decisiones se encuentren debidamente soportadas y puedan ser enunciados vinculantes a efectos de administrar correcta y oportunamente justicia, ya que resultaría incauto negarle al juez su rol principal dentro del sistema de fuentes⁵⁰, como lo es, el de ser interprete y creador de derecho⁵¹

⁴⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera - Sala Plena, rad. 24.897, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

⁴⁹ En la doctrina nacional este interrogante ha sido planteado por: CUESTA SIMANCA, Álvaro, *Responsabilidad del Estado por aplicación retroactiva de cambios de jurisprudencia*, Ibáñez, Bogotá, 2012; GONZÁLEZ REY, Sergio, "La aplicación retroactiva de los cambios jurisprudenciales" en *Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa colombiana*, Juan Carlos Henao y Andrés Ospina (ed), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, pp. 419-425. En la doctrina internacional, consultar: MUIR WATT, H, "La gestion de la rétroactivité des revirements de jurisprudence: systèmes de common law" en *Les revirements de jurisprudence*, Nicolas Molfessis (dir), LexisNexis, 2005; CHARBIT, N, "La limitation de l'effet rétroactif des arrêts para le juge communautaire", en *Les revirements de jurisprudence*, Nicolas Molfessis (dir), LexisNexis, 2005; FERRAND, F, "La rétroactivité des revirements de jurisprudence et le droit allemand", en *Les revirements de jurisprudence*, Nicolas Molfessis (dir), LexisNexis, 2005; MALPEL-BOUYJOU, Caroline, *L'office du juge judiciaire et la rétroactivité*, Dalloz, París, 2014.

⁵⁰ La teoría jurídica está comprendida por tres partes: teoría general del derecho, teoría general de las fuentes del derecho y análisis de conceptos: "la teoría general del derecho se ocupa principalmente de estudiar la naturaleza y definición del concepto de Derecho; la teoría general de las fuentes del derecho estudia los mecanismos a través de los cuales

13.12. En la actualidad, la función creadora e integradora de derecho por parte del juez ha alcanzado su mayor reconocimiento al punto que después de haberse considerado, con ocasión de la expedición de la Constitución de 1991, que los jueces en sus providencias sólo están sometidos al *“imperio de la ley”*—en cuanto fuente cardinal de derecho— y que la jurisprudencia es uno de los *“criterios auxiliares del ejercicio de la actividad judicial”*, la Corte Constitucional, en una primera fase —que podríamos denominar de embate jurisprudencial— reconoció la fuerza normativa de la jurisprudencia⁵² y, en una segunda, —de consolidación

se crea el Derecho (...): CROSS Rupert, *El precedente inglés*, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 19.

⁵¹ *“Estudiar los cambios de jurisprudencia toca la esencia de la función del juez (...) La función de juez no es, ni ha sido, la de ser la boca de la ley, tal como lo afirmó MONTESQUIEU en un momento histórico en el que los jueces luchaban desembozadamente por el poder político y por miedo se creyó en la necesidad de limitar su labor. Es tan ilusorio prohibirle al juez interpretar la ley como negarle su labor de creación en el Derecho. La búsqueda de la completitud de las normas para afrontar previamente todos los problemas jurídicos que le pueden presentar al juez petrifica el derecho, lo hace complejo y extenso en demasía, sin poder, sin embargo, atar las manos interpretativas y creadoras del juez”*: OSPINA GARZÓN, Andrés, “Los cambios de jurisprudencia en la jurisdicción de lo contencioso administrativo: ¿veleidad o independencia del juez? en *Contribuciones para el sistema de precedentes jurisprudencial y administrativo*, José Luis Benavides (compilador), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014, p. 22.

⁵² La Corte Constitucional en sentencia C-131 de 1993, mediante la cual se declaró inexecutable la expresión “obligatorio” contenida en el artículo 23 parcial del Decreto 2067 de 1991, precisó que una sentencia de constitucionalidad es fuente obligatoria para un juez cuando adquiera la fuerza de cosa juzgada explícita (la parte resolutive, por expresa disposición del artículo 243 C.P.) y cosa juzgada implícita (los conceptos de la parte motiva que guardan una unidad de sentido con el dispositivo de la sentencia). Posteriormente, la sentencia C-083/95 que declaró executable el artículo 8° de la Ley 153 de 1887, según el cual “Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulan casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho”. Esta sentencia fijó la regla del siguiente tenor: *“La disposición destaca, nítidamente, la función que está llamada a cumplir la doctrina constitucional en el campo interpretativo. Es un instrumento orientador, más no obligatorio, como sí ocurre cuando se emplea como elemento integrador: porque en este caso, se reitera, es la propia Constitución -ley suprema-, la que se aplica”*. La Corte al explicar el alcance del artículo 230 C.P. precisó que en tanto que “criterio auxiliar de la actividad judicial” debe entenderse que el constituyente de 1991 le da al término un alcance más amplio que el que tiene en la Ley 69 de 1896, puesto que no sólo la Corte Suprema de Justicia, como tribunal de casación, crea, con sus fallos, pautas plausibles de orientación a los tribunales y jueces de niveles inferiores, sino también lo hacen otras corporaciones judiciales no existentes aún en el siglo XIX, como el Consejo de Estado y la Corte Constitucional. En la sentencia C-037 de 1996 la Corte Constitucional declaró inexecutable las expresiones “sólo” y “el Congreso de la República” contenidas en el numeral 1° del artículo 48 del proyecto de Ley Estatutaria de Administración de Justicia. La norma demandada disponía en cuanto al efecto de las sentencias de constitucionalidad: *“1. Las de la Corte Constitucional dictadas como resultado del examen de las normas legales, ya sea por vía de acción, de revisión previa o con motivo del ejercicio del control automático de constitucionalidad, sólo serán de obligatorio cumplimiento y con efecto erga omnes en su parte resolutive. La parte motiva constituirá criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general. Sólo la interpretación que por vía de autoridad hace el Congreso de la República*

jurisprudencial— dejó de ser la *vox legis*, tal como lo sostuvo Montesquieu, y el legislador la aceptó expresamente como fuente formal de derecho administrativo en Colombia⁵³.

13.12.1. Así las cosas, la jurisprudencia se convirtió en una fuente formal del derecho, que es reconocida como tal por el derecho mismo, y de la cual derivan su validez distintas reglas de rango jurisprudencial. En ese orden, la jurisprudencia entra a complementar el concierto de fuentes del derecho y, en consecuencia, se le reconoce fuerza vinculante que irradia sus efectos a todas las autoridades que tienen la obligación de observarlo.

tiene carácter obligatorio general. (...)”. En esta sentencia resulta útil destacar que la Corte Constitucional rechaza que sólo sea el Congreso de la República el que interprete por vía de autoridad la Constitución, lo cual sólo es posible en lo atinente a la ley (artículo 150-1 de la Carta), pero no en lo referente a la Constitución. Más tarde, la Corte Constitucional en sentencia C-836 de 2001 estudió la exequibilidad de una norma preconstitucional que consagraba la figura de la doctrina probable y autorizaba a la Corte Suprema de Justicia a cambiar su jurisprudencia en los casos en que considerara que sus decisiones anteriores incurrieron en error. El alto tribunal, luego de explicar la génesis y evolución de esta figura, concluyó que los jueces y tribunales están también vinculados a la jurisprudencia del órgano judicial de cierre correspondiente como lo es la jurisdicción contencioso administrativa, y para apartarse de ella, en virtud del principio de autonomía judicial, “*están obligados a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión*”. Finalmente, estas ideas rectoras de la decisión constitucional fueron introducidas en el art. 7º del Código General del Proceso -Ley 1564 de 2012-, así: “*Cuando el juez se aparte de la doctrina probable, estará obligado a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión. De la misma manera procederá cuando cambie de criterio en relación con sus decisiones en casos análogos*”. La Corte al estudiar la constitucionalidad de esta disposición en la sentencia C-621 de 2015 precisó que la autoridad judicial sólo puede apartarse de la misma mediante un proceso expreso de contra-argumentación que explique las razones del apartamiento, bien por: “*(i) ausencia de identidad fáctica, que impide aplicar el precedente al caso concreto; (ii) desacuerdo con las interpretaciones normativas realizadas en la decisión precedente; (iii) discrepancia con la regla de derecho que constituye la línea jurisprudencial*”.

⁵³ “*Artículo 10 CPACA. Deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia. – disposición condicionalmente exequible- Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas*”. Este artículo fue declarado condicionalmente exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-634-11 del 24 de agosto de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, “*en el entendido que las autoridades tendrán en cuenta, junto con las sentencias de unificación jurisprudencial proferidas por el Consejo de Estado y de manera preferente, las decisiones de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia. Esto sin perjuicio del carácter obligatorio erga omnes de las sentencias que efectúan el control abstracto de constitucionalidad*”.

Algunos doctrinantes mencionan que se trata de un derecho judicial: LOPEZ MEDINA, Diego y GORDILLO, Roberto, “Consideraciones ulteriores sobre el análisis estático de la jurisprudencia”, *Revista de Derecho Público*, n.º 15, diciembre, 2002, p. 3.

13.12.2. Por tanto, no es posible afirmar que el juez de cierre no pueda revisar su jurisprudencia, esto es, modificar su postura, porque sería tanto como pedirle que no ejerza adecuadamente sus funciones constitucional y legalmente asignadas y claudique en la *“búsqueda de la completitud de las normas para afrontar (...) todos los problemas jurídicos que [se] le pueden presentar”*⁵⁴.

13.13. Sin embargo, en algunas ocasiones los efectos de los cambios de velocidad en la jurisprudencia no resultan eficaces para el mismo ejercicio de impartir justicia, esto es, cuando impiden a las partes de un litigio, particularmente, el libre acceso a la administración de justicia, dicho de otro modo, en algunas circunstancias, los efectos de los cambios jurisprudencia resultan materialmente restrictivos para el ejercicio de la garantía constitucional anotada y para el cumplimiento del fin último jurisdiccional que no es otro que el de llegar al conocimiento sustancial de los asuntos puestos bajo su conocimiento, de modo que, estos sean objeto de un pronunciamiento de fondo.

13.14. En efecto, se ha constatado en varias decisiones de la Corporación que la mayor preocupación de los cambios de velocidad o de revocatoria en la jurisprudencia es la afectación sobre asuntos de orden procesal, como por ejemplo, sobre la jurisdicción, la competencia, la caducidad, la escogencia adecuada de la acción o medio de control, entre otros.

13.15. Al respecto, debido a la afectación de las garantías procesales de los administrados en virtud de los cambios de velocidad, hubo necesidad *a fortiori* de modular dichos efectos en orden a garantizar y preservar el libre acceso a la administración de justicia. En relación con esto, algunas de las decisiones adoptadas por esta Corporación destacaron lo siguiente:

13.15.1. *Indemnización moratoria derivada del retardo en el reconocimiento y pago de cesantías.* En 1998, la parte demandante solicitó mediante acción de reparación directa el pago de la indemnización moratoria ocasionada por el retardo injustificado en el reconocimiento y pago de sus cesantías. La Corporación, a más de resolver dicho problema de saber cuál era la acción procedente para reclamar el pago de la sanción moratoria, moduló los efectos temporales de los cambios jurisprudenciales. La acción de reparación directa fue escogida por el demandante

⁵⁴ OSPINA GARZÓN, Andrés, “Los cambios de jurisprudencia en la jurisdicción de lo contencioso administrativo: ¿velocidad o independencia del juez? en *Contribuciones para el sistema de precedentes jurisprudencial y administrativo*, José Luis Benavides (compilador), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014, p. 22.

en función de la tesis jurisprudencial vigente para la época en que se presentó la demanda; no obstante, en el entretanto -año 2007-, el Consejo de Estado⁵⁵ estudió el problema jurídico de la vía procesal idónea para demandar este tipo de pretensiones y unificó los criterios disidentes entre las diferentes secciones, además, estableció una regla jurisprudencial consistente en que la acción pertinente en supuestos de hecho similares era la de nulidad y restablecimiento del derecho. A esta decisión se le imprimieron efectos *ex nunc*⁵⁶.

13.15.1.2. Pese a este cambio jurisprudencial inaugurado en el año 2007, en un caso cuya demanda fue radicada el 13 de noviembre de 1998 y resuelto el 4 de mayo de 2011⁵⁷, se aplicó la modulación de los efectos impresos en el año 2007 y se sostuvo que los cambios jurisprudenciales no pueden ser retroactivos cuando atentan contra las garantías procesales, así:

[S]i al momento de presentarse una demanda, el usuario de la administración de justicia se ampara en un criterio jurisprudencial que le orienta la manera como debe hacer valer sus pretensiones, constituiría un obstáculo inadmisibile, el que con posterioridad la jurisprudencia misma se encargara de cambiar el planteamiento en su momento adoptado y -al hacerlo- le cerrara las puertas a la jurisdicción.

Como el acceso a la justicia necesita de un conjunto de garantías que posibiliten y hagan realidad el ejercicio de este derecho fundamental, el Estado debe propiciar las condiciones jurídicas y materiales para su vigencia en términos de igualdad (art. 13 constitucional). Y por ello si un órgano de cierre fija en un momento dado un criterio jurisprudencial sobre la acción idónea para reclamar un derecho, es claro que luego de presentada la demanda no es razonable ni proporcionado que sorprenda al demandante con un intempestivo cambio de criterio en este punto.

⁵⁵ Consejo de Estado, Sala Plena, sentencia del 27 de marzo de 2007, rad. 2000-02513 (IJ), M.P. Jesús María Lemus Bustamante.

⁵⁶ Dicha sentencia sobre el problema de la irretroactividad de los cambios jurisprudenciales precisó: *“en ocasiones anteriores se ha acudido ante esta jurisdicción, mediante la acción de reparación directa, con el fin de obtener el pago de la indemnización moratoria ante la falta de pago oportuno de las cesantías definitivas, prevista en la Ley 244 de 1995, instrumento que ahora se considera improcedente. Sin embargo, por razones de seguridad jurídica y por respeto al derecho de acceso a la administración de justicia, los procesos emprendidos a través de la acción de reparación directa, que no requiere agotamiento de la vía gubernativa, deben continuar con el trámite iniciado hasta su culminación, conforme a las tesis jurisprudenciales correspondientes. Por lo tanto, la presente sentencia ha de ser criterio jurisprudencial a partir de su ejecutoria”*—se subraya—.

⁵⁷ Las pretensiones formuladas fueron (i) declarar patrimonialmente responsable a las entidades demandadas por los perjuicios acaecidos con ocasión del no pago oportuno de las cesantías reconocidas mediante acto administrativo y (ii) reconocer el pago de la denominada “indemnización moratoria”. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de mayo de 2011, rad. 19.957, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

Una decisión en ese sentido, claramente obstaculiza el goce y el ejercicio del derecho a acceder a la justicia y se erige en una barrera ilegítima erigida, paradójicamente, por aquel que está encargado de hacer valer su contenido y alcance.

En otros términos, el derecho de acceso a la justicia debe traducirse en el terreno práctico en la posibilidad efectiva de plantear pretensiones ante la jurisdicción competente, probarlas y alegar, para que ésta se pronuncie al respecto. De modo que ese derecho no se agota con su mera proclamación normativa o nominal, sino que exige un mínimo de certidumbre en la manera como los jueces interpretan las acciones previstas al efecto, de suerte que ulteriores cambios en ese punto no tengan por qué menguar su alcance. (...) la certeza o seguridad jurídicas no sólo penden de la coherencia del ordenamiento positivo, sino que también están subordinadas a la aplicación uniforme que hagan los tribunales judiciales.

En definitiva, el acceso efectivo a la justicia no puede asegurarse sobre la base de criterios inciertos acerca de la manera como se pueden hacer valer las pretensiones. De ahí que si la jurisprudencia de un órgano de cierre, en un momento determinado señaló un derrotero y este es seguido por el usuario de la administración de justicia en materia de la acción pertinente para demandar, no puede luego sorprenderse a éste último como abruptos cambios jurisprudenciales, que en últimas comprometan el núcleo esencial de su derecho fundamental de libre acceso a la jurisdicción.

(...) Lo anterior no significa que el Consejo de Estado no esté habilitado para revisar su jurisprudencia, esto es, para modificar su criterio bien porque adopte uno nuevo que juzgue más apropiado, ya porque se adapte a los continuos cambios sociales. Pero estos cambios no pueden suponer afectación del derecho de acceso a la justicia, como sucedería justamente en punto de la definición de la acción procedente para demandar al Estado—se subraya—.

13.15.1.3. En sentido similar, en el año 2012, esta Subsección aplicó el criterio modulador de giros jurisprudenciales, al considerar que si “se declarara la existencia de una indebida escogencia de la acción (...) ello implicaría un desconocimiento del derecho de acceso a la administración de justicia de quienes, atendiendo a los postulados señalados en la aludida sentencia, formularon sus demandas con base en la antigua tesis jurisprudencial que avalaba la posibilidad de interponer la acción de reparación directa en procura de la indemnización por los perjuicios que se causaran por el no pago –o el pago tardío– de las cesantías”⁵⁸.

⁵⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 22 de noviembre de 2012, rad. 24.872, M.P. Danilo Rojas Betancourth: “La demanda que dio origen al proceso de la referencia fue presentada personalmente el día 21 de junio de 2000, esto es, antes de que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo cambiara el criterio que había sostenido la Sección Tercera en el año 1998, razón por la cual habrá de entenderse que

13.15.2. *Renuncia tácita a la cláusula compromisoria en un contrato estatal.* En otro fallo, respecto a la cláusula compromisoria pactada entre las partes de un contrato estatal, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en auto del 18 de abril de 2013, con algunos salvamentos de voto⁵⁹, unificó el criterio frente a las formalidades que debían observarse para modificar o dejar sin efecto una cláusula compromisoria celebrada por las partes de un contrato estatal y exigió, para ello, la manifestación “*expresa y solemne*”; de tal manera que la sola renuncia tácita no habilitaría a la jurisdicción de lo contencioso administrativo para resolver las

la acción escogida por el señor Temoc Gonzalo Mejía Gutiérrez -reparación directa-, es la adecuada para solicitar la indemnización de los perjuicios que, supuestamente, se causaron por la demora en el pago de las cesantías correspondientes al periodo de tiempo comprendido entre el 1º de enero y el 31 de diciembre de 1996. Por lo anterior, desde ya anuncia la Sala que la decisión asumida en la sentencia de primera instancia se revocará y, en su lugar, se estudiará el mérito de las pretensiones formuladas en la demanda que dio origen al proceso de la referencia”.

⁵⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera - Sala Plena, auto del 18 de abril de 2013, rad. 17859, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, con salvamentos de voto de los magistrados Danilo Rojas Betancourth y Stella Conto Díaz del Castillo; éstos últimos se opusieron al cambio jurisprudencial, en torno a la exigencia de introducir una solemnidad *ad substantiam actus* para la celebración del negocio liberatorio de los efectos de la cláusula compromisoria, ya que la aplicación de la regla jurisprudencial implicaba la limitación del derecho fundamental de acceso a la justicia: “*En el sub lite, durante la actuación surtida en la primera instancia se les garantizó a las partes el trato igualitario dispensado por la jurisprudencia al acceso a la justicia de quienes, habiendo suscrito cláusula compromisoria, optan por dejarla al margen y acudir a la jurisdicción estatal con fundamento en el mutuo disenso tácito o expreso en todo caso concluyente, habiéndole generado la expectativa legítima de que con fundamento en una línea jurisprudencial pacíficamente acogida y con sustento normativo suficiente obtendrían de esta jurisdicción la resolución del conflicto, mediante una decisión motivada razonable y fundada en el sistema de fuentes. // Desde luego que los derechos a la igualdad y a la confianza legítima no pueden constituirse en límites que petrifiquen la jurisprudencia; lo que resulta cuestionable es que se sorprenda a los usuarios del servicio de justicia con cambios inopinados e injustificados sin darles la oportunidad de adaptarse a los nuevos criterios jurisprudenciales o, peor aún, su aplicación con efectos retroactivos. // Empero, para la posición mayoritaria nada de eso contó. Aplicando con efectos retroactivos el abrupto cambio jurisprudencial contenido en la decisión de la que disentimos, dejó sin efectos el trato igualitario y las expectativas legítimas frente a la línea jurisprudencial consolidada, desde antes de la presentación de la demanda, protegidas a lo largo de la actuación surtida en este proceso hasta el trámite del recurso de apelación de la sentencia que decidió el asunto en la primera instancia, haciendo caso omiso de los derechos a la igualdad y a la confianza legítima que le asisten a las partes. // No desconocemos que en ejercicio de la función de unificar la jurisprudencia, la Sala puede modificarla, propendiendo en todo caso por la mejor eficacia en la protección de los derechos de las personas, como lo exige el artículo 2º de la Constitución Política. Empero, en el ejercicio de esa potestad no le es permitido al juez hacer caso omiso de los derechos de igualdad y confianza legítima que les garantizan a los usuarios del servicio de justicia el derecho a recibir el mismo trato y a que no se le vulneren las expectativas legítimas que pueden derivarse frente a las decisiones judiciales”.*

diferencias presentadas en virtud de un contrato estatal⁶⁰ cuando hubiera una cláusula compromisoria.

⁶⁰ La Sección Quinta del Consejo de Estado, en sentencia del 5 de marzo de 2015, rad. 11001-03-15-000-2015-00031-00, M.P. Susana Buitrago Valencia, consideró, en sede de tutela impetrada contra un auto del Tribunal Administrativo del Valle, que declarar de oficio la nulidad por falta de jurisdicción a partir de una regla jurisprudencial posterior a la fecha de los hechos vulneraba el principio de *perpetuatio jurisdictionis*, según el cual, la jurisdicción y la competencia se establecen de conformidad con la postura jurisprudencial vigente al tiempo de presentar la demanda. En el caso concreto, en 2004, en ejercicio de la acción de controversias contractuales, el actor interpuso una demanda en contra de un municipio con ocasión de los perjuicios causados por la declaratoria de nulidad absoluta del contrato de concesión, del cual era contratista. Si bien el juzgado administrativo accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, al momento de resolver el recurso de apelación interpuesto por el municipio demandado —después de 10 años de presentada la demanda—, declaró, con fundamento en el auto de unificación de la Sección Tercera del Consejo de Estado de 18 de abril de 2013, la nulidad de todo lo actuado por considerar que había falta de jurisdicción, al juzgar —en su criterio— que en tanto las partes habían pactado cláusula compromisoria de someter las diferencias derivadas del contrato suscrito a un tribunal de arbitramento, la jurisdicción contenciosa no podía derogar y asumir el conocimiento de dicha controversia, salvo si existía, siguiendo las pautas de la nueva regla de unificación, una manifestación de forma “expresa y solemne” sobre su voluntad de dejar sin efectos la cláusula compromisoria, lo que, en efecto, no había ocurrido.

El 5 de marzo de 2015, la Sección Quinta del Consejo de Estado dejó sin efectos la decisión del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca por haber aplicado de manera retroactiva el auto de unificación del 18 de abril de 2013 y ordenó aplicar la tesis jurisprudencial vigente para momento de la presentación de la demanda —renuncia tácita— y, en consecuencia, decidir de fondo la apelación interpuesta contra la sentencia del juzgado, que había fallado a favor del contratista. En lo que concierne a la modulación de los cambios de velocidad de jurisprudencia, la sentencia de tutela precisó:

“Para la Sala, las consideraciones que la Sección Tercera plasmó en el citado proveído, más allá de variar una tesis, en realidad modificaron una regla, que aun cuando fuese de índole jurisprudencial, tenía una fuerza vinculante tal que había creado no solamente en los operadores jurídicos sino en los destinatarios de la ley, la convicción de que al pacto compromisorio se renunciaba tácitamente por la actitud pasiva de la parte demandada respecto de la proposición de la excepción respectiva, situación que determinaba en ésta jurisdicción la competencia para resolver el asunto. [S]e ha considerado que la actividad judicial no cumple solamente el papel de un mero criterio auxiliar de interpretación, sino que desempeña un rol consciente de creación de subreglas jurídicas, que hace que tenga una connotación especial en el sistema de fuentes formales del derecho, sin que necesariamente, según la dogmática, pueda equipararse a las normas proferidas por el legislador en sentido formal. // La variación de dicha regla afectó no solo la comprensión que la comunidad tenía respecto de la renuncia tácita al pacto arbitral sino consecuentemente, a los procesos en curso, en los que se declaró, como en el sub examine, nulidad por falta de jurisdicción. Claramente se modificó la situación jurídica que la propia jurisdicción contenciosa venía aplicando a casos análogos y quebrantó la confianza y seguridad jurídica que se tenía sobre el particular. // La garantía que el principio *perpetuatio jurisdictionis* protege en el sub *judice* recae en el respeto de la certeza que se tenía sobre la jurisdicción a la que correspondía resolver el conflicto derivado del contrato estatal, ante una determinada eventualidad concretada en la renuncia tácita a la cláusula compromisoria, pues ésta se sustentaba en un precedente jurisprudencial imperante al momento de presentación de la demanda. // Sin bien es cierto la nueva tesis de la Sección Tercera plantea también una subregla jurídica en materia de jurisdicción, también lo es que ésta no tiene la entidad suficiente para modificar, como lo haría el contenido de una ley, el alcance de lo que constituye “jurisdicción”, luego no puede afectar aquello que el referido principio pretende proteger. // Significa lo anterior, que el abrupto cambio jurisprudencial, no debió afectar a aquellas demandas que se interpusieron en ejercicio de la acción de controversias contractuales antes del auto de

13.15.3. Si se tiene en cuenta el objetivo de la reforma plasmada recientemente en el orden contencioso administrativo, a partir de la entrada en vigor del C.P.A.C.A., se precisó que los procesos que se adelanten ante la jurisdicción especializada tienen como fin la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política y la ley, y que *“en virtud del principio de igualdad, todo cambio de la jurisprudencia sobre el alcance y contenido de la norma, debe ser expreso y suficientemente explicado y motivado*⁶¹ *en la providencia que lo contenga*⁶² —se subraya—.

13.15.3.1. Se precisa, entonces, que los cambios de velocidad o de revocatoria de la jurisprudencia, particularmente los que contienen asuntos de orden procesal —jurisdicción, la competencia, la caducidad, la escogencia adecuada de la acción o medio de control—, no pueden aplicarse de manera retroactiva cuando afecten el derecho de acceso a la administración de justicia. No sería lógico que al momento de presentarse la demanda, el usuario de la administración de justicia, habiendo puesto su confianza, desde un punto de vista histórico, en un criterio jurisprudencial que lo conducía plausiblemente a determinar la manera correcta de reclamar sus derechos vulnerados ante la administración de justicia, posteriormente resulta dicho criterio modificado por esa misma autoridad judicial y el mencionado usuario afectado —*al hacer el cambio de velocidad jurisprudencial*— por el anunciado giro, con lo que se lo asaltaría en su buena fe y se le negaría, sobretodo, el libre acceso a la administración de justicia, ya que el juez, al amparo del nuevo criterio procesal, se inhibiría de fallar de fondo el litigio puesto a su consideración o negaría las pretensiones en atención al nuevo criterio procesal.

13.15.3.2. Esto se explica porque el recinto de las presupuestos procesales de la acción son el pórtico de acceso a la administración de justicia y, por tanto, el juez

unificación y en las que no se propuso como excepción la de “cláusula compromisoria”, puesto que estas se incoaron en el momento en que la jurisprudencia aceptaba la referida renuncia tácita. // La declaratoria de nulidad por falta de jurisdicción constituye una carga que no deben soportar quienes presentaron la demanda con la certeza de que era la contenciosa administrativa la que decidiría su controversia y menos aún, si se tiene en cuenta que, como en el caso de autos, han pasado cerca de diez años entre la presentación de la demanda y la decisión que se enjuicia vía tutela—se subraya—.

⁶¹ Sobre la obligación de juzgar y motivar decisiones judiciales V. HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael, *Razonamientos en la sentencia judicial*, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 99 a 101 : *“[M]otivar una decisión judicial consiste en dar la razón o el motivo que se ha tenido para dictar una decisión judicial (...) la actividad justificatoria del juez, se concreta en un razonamiento, denominado (...) razonamiento justificatorio de la decisión judicial. De ahí que la motivación de una decisión judicial sea presentada como una justificación racional de la decisión”*.

⁶² CPACA, art. 103.

de cierre cuando enfrenta problemas interpretativos que se suceden en ese terreno no puede defenestrar los derechos de quienes, avalados por un criterio jurisprudencial previo, traspasaron el umbral de acceso. Esta interdicción a la facultad interpretativa para nada impide que el juez de cierre pueda modificar sus posturas jurisprudenciales ni restringe su capacidad creadora, pero sí lo obliga a fijar con efecto prospectivo o a futuro sus decisiones en casos donde se restrinja el acceso a la administración de justicia y *retro visar* a quienes pueden verse afectados, concretamente, por dicho cambio de criterio.

13.16. Desde esta perspectiva, no existe ninguna explicación razonable para que casos análogos que fueron puestos en conocimiento de la justicia en la misma época, se fallen, unos, con una postura que garantice el derecho de acceso a la administración de justicia, y otros, con una postura que niegue este derecho en virtud de un nuevo criterio jurisprudencial, pues esto generaría, en últimas, una respuesta judicial discriminatoria entre quienes acceden a la administración de justicia al amparo de unas condiciones procesales iguales, por lo que se impone la necesidad de modular el tránsito jurisprudencial, en cuya virtud se considera que el nuevo criterio **procesal** que restringe el acceso a la administración de justicia se introduce al ordenamiento de manera prospectiva o a futuro con la consideración que se deja a salvo las situaciones consolidadas que se originaron antes de la inauguración del nuevo criterio jurisprudencial.

13.17. En el **caso concreto**, se precisa que la acción ejercida fue la correcta, teniendo en consideración que el actor al formular la demanda se orientó por la tesis jurisprudencial vigente al momento de los hechos, conforme a la cual el enriquecimiento sin causa por ser un hecho de la administración constituía una pretensión que debía ser ventilada por la acción de reparación directa. Lo anterior, quedó confirmado por el juez de primera instancia al momento de admitir la demanda.

13.18. En ese orden, no se declarará la prosperidad de la excepción de ineptitud sustantiva en la formulación de la demanda —como lo hizo el *a quo* en la sentencia de primera instancia—, ya que al aplicar de manera retroactiva la postura judicial emulada por la Sección Tercera en 2009, en la que se dijo que la acción *in rem verso* tenía un curso autónomo e independiente, alteró un presupuesto procesal de la acción e impidió el acceso a la administración de justicia de quien reclamó con anterioridad a la inauguración de dicha postura el pago de la

ejecución de prestaciones no amparadas en un contrato estatal mediante la acción de reparación directa.

13.19. Establecido el asunto relativo a la indebida escogencia de la acción, la Sala determinará si operó el fenómeno de la caducidad.

14. El análisis de la caducidad

14.1. El instituto de la **caducidad** opera como una sanción para los eventos en que ciertas acciones judiciales no se impetran oportunamente, lo que exige de las partes el deber procesal de impulsar su causa dentro del plazo fijado por la ley, ya que de no promover a tiempo el litigio a través de la formulación de la demanda, aquellas perderían la posibilidad de hacer efectivo el derecho sustancial que intentan deprecar ante la administración de justicia. Es así como el fenómeno procesal de la caducidad opera *ipso iure* o de pleno derecho, es decir, no admite, a diferencia de la prescripción, renuncia, salvo la excepción que se da con ocasión de la presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial en derecho, consagrada en las leyes 446 de 1998 y 640 de 2001; no obstante, el juez deberá declararla de oficio cuando verifique la tipificación de la conducta inactiva del sujeto procesal llamado a interponer la acción judicial.

14.2 Es así como el Código Contencioso Administrativo, en el artículo 136, consagra diferentes términos para interponer las acciones y sanciona su inobservancia con la declaratoria de la caducidad. El numeral 8° dispone, sobre el término para interponer la acción de reparación directa:

La de reparación directa caducará al vencimiento del plazo de dos años, contados a partir del día siguiente del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajo público o por cualquier otra causa.

14.3. La **regla general** indica que el término de caducidad se comienza a contabilizar a partir del día siguiente al acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajos públicos o por cualquier otra causa. No obstante, en otros casos, no es tan evidente determinar la fecha cierta a partir de la cual se debe empezar a contabilizar el plazo de dos años previsto en la ley. En estos eventos ocurre que el daño se produce o se manifiesta con posterioridad al hecho dañino que lo causa, es decir, la causa lesiva no es

contemporánea con el daño, razón por la cual se impone *a fortiori* acoger una interpretación flexible —fundada en el principio *pro damato* de la norma— que establece el término de caducidad con el fin de proteger el derecho de acceso a la administración de justicia y de asegurar la prevalencia del derecho sustancial. Si se considera que el daño es el presupuesto primordial para la procedencia de la acción de reparación directa, es obvio considerar que el plazo de dos años previsto en la ley no podrá empezar a contabilizarse a partir del “*acaecimiento del hecho, omisión y operación administrativa*”, sino **excepcionalmente** a partir del momento en que el daño adquiere notoriedad, esto es, cuando *i*) la víctima se **percata de su ocurrencia**, o *ii*) desde la **cesación** del mismo cuando el daño es de tracto sucesivo o ejecución continuada.

14.4. Teniendo en cuenta lo anterior, el daño cuya indemnización se pretende en el presente litigio fue causado por el no pago de las tasas de suministro de agua, uso, conducción y mantenimiento de redes que trasportaban el líquido al acueducto del municipio demandado, frente a lo cual, la Sala encuentra lo siguiente frente a la caducidad:

14.5. Los efectos en el tiempo del hecho dañoso no cambian la regla general a partir de la cual empieza a contabilizarse el término para acudir a la justicia, ya que, según esta Corporación, “*no puede confundirse la causación del daño con la prolongación del mismo, pues muy diferente es que el daño se genere por una permanente acción u omisión de la entidad y otra cosa es que el daño permanezca en el tiempo o se agrave por la falta de remedio oportuno*⁶³”. Así las cosas, el hecho de que el daño se agrave con el tiempo no quiere decir que este tenga el carácter de continuado o de tracto sucesivo⁶⁴, ya que, siguiendo lo dicho por esta la Corporación, ello implicaría atentar contra la seguridad jurídica al prolongar indefinidamente el término para presentar la demanda:

En cuanto al fondo del auto impugnado, la Sala dejó sentado que para efectos de la caducidad ‘se debe tomar como referencia el hecho generador de los supuestos perjuicios reclamados en la demanda, y no las consecuencias del mismo’, y que diferente es el caso de la afectación de los derechos o intereses reclamados en la demanda por causa de una actividad permanente de un agente determinado, público o privado, en el cual se daría la

⁶³ Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 26 de marzo de 2007, rad. AG-250002325000200502206-01, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

⁶⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, 13 de febrero de 2006, rad. AG-76001-23-31-000-2002-04789-01, M. P. Germán Rodríguez Villamizar.

hipótesis que aduce el recurrente, esto es, la de contar el término de caducidad a partir de la fecha en que cesó la acción vulnerante causante del daño⁶⁵.

14.6. De acuerdo con lo anterior, para efectos de contabilizar la caducidad, lo relevante es la causa del daño -¿qué produjo el daño?- y no las consecuencias del mismo. Así, cuando el daño es de ejecución instantánea, esto es, se consume en un solo evento, incluso si se prolongan sus consecuencias, el término de caducidad coincide con el acaecimiento de la causa del daño y se aplica la regla general que prescribe que el término de caducidad se contabiliza al día siguiente del hecho dañino, en tanto que si el hecho dañoso es continuado, esto es, el daño se genera en el tiempo por una incesante y reiterada acción u omisión de la entidad demandada, el término de caducidad se contabilizará una vez haya cesado los efectos vulneradores del hecho dañoso.

14.7. En el caso concreto, se está frente a un hecho dañoso de ejecución instantánea consistente en el no pago de una contraprestación por parte de la entidad demandada desde 1996. Dicho de otro modo y siguiendo lo precisado por la Sección Tercera de esta Corporación en una causa de similares condiciones fácticas⁶⁶, el término de caducidad debe comenzar a contarse desde el momento

⁶⁵ Consejo de Estado, Sección Primera, 16 de agosto de 2001, rad. AG-73001-23-31-000-2002-00003-01(AG), M. P. Manuel Santiago Urueta Ayola.

⁶⁶ El sistema electrónico de procesos tramitados ante el Consejo de Estado da cuenta de un caso de similares condiciones fácticas —el cual por razones de orden legal no es posible acumular al *subjudice* por tratarse de demandados distintos— en el que mediante auto fechado de abril 9 de 2008, la Sección Tercera resolvió un recurso de apelación interpuesto por la Asociación de Usuarios del Distrito de Adecuación de Tierras de los Ríos Coello y Cucuana – USOCOELLO, contra el auto proferido por el Tribunal Administrativo del Tolima el 27 de agosto de 2007 que declaró la caducidad. Los hechos narrados cuentan que mediante escrito presentado ante el dicho tribunal, el 10 de agosto de 2007, USOCOELLO formuló demanda en contra del municipio de Coello, con el fin de que se le declarara administrativamente responsable por los perjuicios causados como consecuencia de la ausencia de pago que como contraprestación le adeuda por el servicio de acueducto prestado al municipio demandado. El tribunal rechazó la demanda por encontrar que operó la caducidad. Consideró que el término de dos años establecido para que opere dicho fenómeno, en tratándose de la acción de reparación directa, se encuentra superado, como quiera que se pretende obtener la indemnización por unos perjuicios ocasionados en el año de 1997 y la demanda fue presentada el día 10 de agosto de 2007. La Sección Tercera de esta Corporación en aquella oportunidad revocó el auto apelado por las siguientes consideraciones: *“En el caso concreto el término debe contabilizarse desde el momento en que la entidad territorial omitió el pago del servicio de suministro de agua, que se afirma en la demanda, fue prestado en su favor, dado que es la conducta omisiva del municipio de Coello, a la que se le imputan los perjuicios causados a la demandante, relacionados con los costos de captación, transporte y suministro en los que, según indica, el demandante se incurrió al momento de prestar el servicio y los cuales no fueron cubiertos por la entidad demandada (...) Ahora bien, es pertinente señalar que las anteriores consideraciones no se aplican a todas las prestaciones no reconocidas por el ente territorial desde el momento en que se dio*

en que la entidad demandada omitió el pago del beneficio recibido, esto es, los volúmenes del recurso hídrico que le fueron suministrados y el uso de las redes para la coducción del mismo. Por ello, no es preciso sostener que, a riesgo de incurrir en un grave yerro de interpretación de la norma, por el hecho de no pagarse unas cuentas de cobro pueda intentarse la acción en cualquier tiempo mientras no hubiere cesado esa omisión. En consecuencia, no todas las prestaciones insolutas se pueden demandar por haber operado frente a algunas de ellas la caducidad. Así, concretamente, solo es posible demandar por aquellas que fueron reclamadas antes del vencimiento del término extintivo de los dos años, contados a partir del día siguiente al acaecimiento del no pago que se le imputa a la entidad demandada como causa del daño.

14.8. Al respecto, de las cuentas de cobro presentadas por el gerente de USOCOELLO —v. párr. 10.6 y 10.7— no hay claridad sobre la fecha exacta en que las entidades debían pagar la contraprestación por los volúmenes del recurso hídrico suministrado y el uso de redes, pues los periodos de mora según la lectura de dichas cuentas de cobro, oscilan en meses, trimestres o semestres posteriores al consumo.

14.9. La Resolución n.º 175 del 24 de enero de 1996, por medio de la cual se otorgó concesión de aguas a USOCOLLEO, precisó que este último debía pagar a CORTOLIMA las tasas por concepto de concesión de aguas por trimestres anticipados y, según la Resolución n.º 0011 del 2 de enero de 1997, por semestres anticipados.

14.10. Así las cosas, al no poder determinar la fecha en que las entidades demandadas se constituyeron en mora de pagar las referidas cuentas de cobro, tampoco sería posible que estas estuvieran obligadas de modo indeterminado al pago de las mismas y de los intereses moratorios.

14.11. Ahora, la Sala, en aras de fijar con alguna precisión la fecha de la mora en

comienzo a la prestación del servicio, sino sólo respecto de aquellas que fueron reclamadas con la demanda antes del vencimiento del término de dos años contados a partir del día siguiente al acaecimiento del hecho u omisión que se le imputa a la administración como causante del daño. En efecto, la demanda fue presentada el día 10 de agosto de 2007 (fl 24 C.1), de manera que todas aquellas prestaciones que se causaron con anterioridad al término previsto en el artículo 136 del C.C.A., esto es el 9 de agosto del año 2005, se encuentran caducadas, como quiera que su reconocimiento se solicitó cuando ya se había transcurrido el término de dos años al que se hizo referencia”: Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 9 de abril de 2008, rad. 34.610, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

que incurrieron las entidades demandadas, tomará como referencia el artículo 774 del Código de Comercio. Allí se indica que en ausencia de mención expresa en la factura de la fecha de vencimiento, se entenderá que debe ser pagada dentro de los treinta días calendario siguientes a la emisión⁶⁷.

14.12. Así las cosas, siguiendo este orden y a la luz de la sana crítica, si se tiene en cuenta que las entidades demandadas debían, en principio, pagar dentro de los 30 días siguientes al mes facturado y que la demanda fue presentada el día 21 de febrero de 2008, las prestaciones que se causaron con anterioridad al término previsto en el artículo 136 del C.C.A, esto es, el 20 de enero de 2006, se encuentran caducadas, habida consideración que su reclamación se presentó al momento en el que ya había transcurrido el término de dos años.

14.14. En conclusión, las pretensiones del demandante originadas con anterioridad al 20 de enero de 2006 debieron ser reclamadas en la oportunidad procesal prevista para ello, esto es, dentro de los dos años siguientes al hecho causante —contados a partir del día siguiente al plazo para pagar (30 días calendario siguientes al mes facturado)—, término establecido para demandar en reparación directa. En consecuencia, la Sala solo se concentrará en estudiar aquellas que son posteriores a dicha fecha y hasta el 30 de junio de 2008 —fecha de presentación de la última cuenta de cobro— (v. párr. 10.7), toda vez que sobre ellas no operó el fenómeno de la caducidad.

15. El análisis del desplazamiento patrimonial de la sociedad demandante —USOCOELLO—

15.1. La parte demandante aspira que la decisión que dirima esta disputa declare, a través de la acción de reparación directa, la responsabilidad de las entidades demandadas por el desequilibrio patrimonial padecido, esto es, el enriquecimiento sin causa y, en consecuencia, las condene al pago de unas sumas de dinero contenidas en unos documentos —cuentas de cobro— hasta la fecha de presentación de la demanda.

⁶⁷ “ARTÍCULO 774. REQUISITOS DE LA FACTURA. Modificado por el art. 3, Ley 1231 de 2008. El nuevo texto es el siguiente: La factura deberá reunir, además de los requisitos señalados en los artículos 621 del presente Código, y 617 del Estatuto Tributario Nacional o las normas que los modifiquen, adicionen o sustituyan, los siguientes: 1. La fecha de vencimiento, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 673. En ausencia de mención expresa en la factura de la fecha de vencimiento, se entenderá que debe ser pagada dentro de los treinta días calendario siguientes a la emisión (...).”

15.2. Antes de abordar si el municipio de El Espinal y el instituto descentralizado del nivel municipal, Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de El Espinal —E.S.P.—, se enriquecieron a costa del Distrito de Riego, es menester determinar el hecho jurídico que dio origen a la obligación y si este se encuentra contenido en alguna norma jurídica.

15.3. En cuanto al marco positivo, se precisa que, a efectos de que se erija la Ley, sin necesidad de un hecho previo, en fuente inmediata y directa de las obligaciones, es indispensable constatar la existencia de los rasgos característicos del contenido de la obligación, esto es, su objeto, el deber de conducta a cargo del deudor y acreedor⁶⁸, y solo bajo esta lectura es posible que, en una situación puntual, un supuesto fáctico determinado se subsuma en la norma y, por ende, se desenlace la consecuencia jurídica creadora de obligaciones.

15.4. Es preciso anotar que los enunciados normativos que no contienen ni definen elementos puntuales de una obligación sino que son directrices programáticas o mandatos de optimización alrededor de las cuales pueden surgir eventualmente obligaciones, no pueden aducirse como fuente directa e inmediata de las que nazcan posiciones jurídicas vinculantes, definitivas y exigibles; por el contrario, es necesario un desarrollo *a posteriori* que concretice el contenido de la obligación, esto es, aquello a lo cual están obligados los sujetos, o, en otras palabras, las reglas de conducta impuestas al acreedor y deudor en torno al vínculo de la prestación.

15.5. En lo concerniente a las obligaciones a cargo del Distrito de Riego, la Ley 41 de 1993, le señaló lo siguiente: (i) *“obtener [de la autoridad ambiental] las concesiones de aguas superficiales y subterráneas correspondientes para el aprovechamiento de éstas en beneficio colectivo o individual dentro de un área específica”*; y (ii) *“conceder el derecho de uso de aguas superficiales y subterráneas en el área de los distritos de adecuación de tierras”* —artículo 2º—.

⁶⁸ “[E]l contenido de la obligación se refiere a la estructura del vínculo, los matices que presente, las particularidades de la orientación que el deudor ha de imprimir a su conducta, si que también a la determinación de la cosa sobre la cual ella recae, en las obligaciones que previenen la entrega de un bien. Dicho contenido, que en cierta medida es la proyección de los preceptos legales propios de cada fuente en general de las obligaciones y de la específica para el evento (...) son las circunstancias de modo, tiempo y lugar a las que está sujeta la prestación y, por ende, a las que se encuentra sometido el deudor, en especial en cuanto a su diligencia, esmero, idoneidad y presteza, en últimas determinantes de la efectividad del cumplimiento y de la validez del pago”. HINESTROSA, Fernando. *Tratado de las obligaciones*. Concepto. Estructura. Vicisitudes, t. I, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2002, p. 110.

15.6. El Decreto Ley 2811 de 1974, Código de Recursos Naturales Renovables, reglamentado por el Decreto 1541 de 1978, precisa que *“El derecho a usar los recursos naturales renovables puede ser adquirido por ministerio de la ley, permiso, concesión y asociación”*—art. 51—. Otra disposición reza: *“La duración de una concesión será fijada teniendo en cuenta la naturaleza y duración de la actividad económica para cuyo ejercicio se otorga, y la necesidad de que el concesionario disponga del recurso por un tiempo suficiente para que la respectiva explotación resulte económicamente rentable y socialmente benéfica”*—art. 60—⁶⁹. En cuanto al contenido de la resolución de concesión, debe incluir: *“a.- La descripción detallada del bien o recurso sobre que versa la concesión; b.- Las cargas financieras del concesionario y la forma como estas pueden ser modificables periódicamente; c.- Las obligaciones del concesionario, incluidas las que se le impongan para impedir el deterioro de los recursos o del ambiente; d.- Los apremios para caso de incumplimiento; e.- El término de duración; f.- Las disposiciones relativas a la restitución de los bienes al término de la concesión; g.- Las causales de caducidad de la concesión o de revocatoria de la resolución; h.- Las garantías para asegurar el cumplimiento de las obligaciones del concesionario, especialmente las de reposición o restauración del recurso”*—art. 161—.

15.7. En efecto, se observa que los citados enunciados solo actúan como fuente mediata e indirecta para el aprovechamiento y concesión de agua, sin que exista un contenido obligacional claro y preciso sobre las condiciones en las que se debería conceder el recurso hídrico a terceros; por el contrario, de considerarse que dichos enunciados son fuente inmediata y directa de obligaciones, ello necesariamente tendría implicaciones a nivel de la legitimación, con lo cual podría suceder que sea el legislador el posible autor del daño, si se acepta que la obligación provino de la Ley, cuestión que aquí está de plano descartada.

15.8. También es posible llegar a pensar que la fuente de daño provino de un acto administrativo. A tal efecto, al otorgarse la concesión, a instancia del Distrito de Riego, mediante Resolución n.º 175 de 1996, surgió una relación jurídica cuya obligación consistió en que USOCOELLO debía *“garantizar en forma prioritaria y permanente el suministro de agua para los acueductos de Chicoral, Coello y Espinal, en calidad suficiente que permita abastecimiento óptimo para cada*

⁶⁹ Este artículo fue declarado exequible por la Corte Constitucional en la Sentencia C-126 de 1998, en el entendido que la ley puede prever la figura de la concesión para la explotación de los recursos naturales.

comunidad, mientras permanezcan como usuarios del Distrito de Riego”, para lo cual debía implementar “un sistema de tratamiento que garantice la calidad de agua para consumo humano”. Si bien es cierto que esta resolución obligó a entregar un volumen de agua en beneficio de las entidades demandadas, lo que, en principio, entendería determinar la imputabilidad jurídica en cabeza de la autoridad ambiental, es claro también que, inmediatamente, CORTOLIMA revocó las obligaciones contenidas en el anterior acto administrativo, mediante Resolución n.º 0011 del 2 de enero de 1997, en la que se precisó que: i) correspondía al Distrito de Riego, de conformidad con lo establecido en la ley 41 de 1993 o Ley de Adecuación de tierras, administrar y conceder el derecho de uso de aguas a terceros, en el área del Distrito; ii) la obligación que se impuso a USOCOELLO de implementar un sistema de tratamiento que garantizara la calidad del agua para consumo humano de las poblaciones de Chicoral, Coello y El Espinal, causaba un perjuicio injustificado, toda vez que correspondía a dichas poblaciones, como las directas prestadoras del servicio de acueducto, la implementación del sistema y no al Distrito de riego, pues no estaba dentro de su objeto social el suministro de agua para atender las necesidades de ningún acueducto municipal —párr. 10.2—.

15.9. Al tenor de las anteriores apreciaciones, se llega a la conclusión de que, en el presente caso, el hecho jurídico del que se desprenden obligaciones claras y precisas no se origina ni en la Ley ni en el acto administrativo.

15.10. Continuando, entonces, con lo relativo a la fuente de la obligación, se precisará que el soporte de una eventual condena en contra de las entidades demandadas debe ser examinado a la luz del enriquecimiento sin causa, que tiene como fin restituir económicamente el valor de las prestaciones ejecutadas sin la previa celebración de un contrato estatal que las haya justificado.

15.11. En el caso concreto, sobre la cuestión de establecer si se produjo un enriquecimiento sin causa por parte del municipio y la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseso de El Espinal por la negativa de pagar al Distrito de Riego el valor contenido en las cuentas de cobro correspondientes al suministro de agua y al uso y mantenimiento de las redes, la Sala debe señalar que sí lo hubo, por las razones que se pasan a explicar.

15.12. En primer lugar, debe tomarse en consideración que en el trámite procesal logró acreditarse palmariamente que a USOCOELLO, con arreglo a lo dispuesto

en el Decreto Ley 2411 de 1974, Código de Recursos Naturales Renovables, reglamentado por el Decreto 1541 de 1978, le fue otorgado por CORTOLIMA en 1996 concesión para la explotación de agua con fines agropecuarios del río Coello en un caudal de 9.640 litros/segundo y/o 68.82% de dicho afluente, dentro de cuyo volumen se incluyó el caudal del acueducto de la cabecera municipal de El Espinal en proporción de 674 litros/segundo —v. párr. 10.11—.

15.13. En segundo lugar, también se demostró que, como producto de la concesión otorgada, el Distrito de Riego pagó a CORTOLIMA la tasa por la utilización del volumen global de agua concesionada, dentro del cual estaba comprendido el valor del volumen métrico —la cantidad de 674 litros de agua por segundo y/o el 4.81% del caudal del río Coello (v. párr. 10.2 cita 14 y 10.10 y 10.11)— usado por las demandadas de manera ininterrumpida y continua desde 1996 (v. párr. notas n.º 23 y 24), lo que condujo al Distrito a presentar sendas cuentas de cobro a instancias de los deudores sin obtener en contraprestación el pago de alguna suma de dinero (v. párr. 10.7).

15.14. El punto anterior viene a reforzarse con la explicación entregada por el representante legal de CORTOLIMA, quien manifestó que ni el municipio ni la empresa prestadora del servicio de acueducto de El Espinal han tenido concesión de aguas del río Coello y que, por lo anterior, correspondía a USOCOELLO concederles el derecho de agua para otros usos dentro del respectivo Distrito y fijar las condiciones contractuales, según lo previsto en la Ley 41 de 1993 o Ley de Adecuación de Tierras (v. párr. 10.4 y 10.5).

15.15. Cabe anotar que esta acción deliberada del Distrito de Riego de prestar un servicio de agua a las entidades del nivel territorial, sin soporte contractual que reemplace y coadyuve las obligaciones bilaterales surgidas, ha sido considerada, según la jurisprudencia de esta Sección, como una conducta inapropiada por parte de quien presta el servicio, y que *“la mera liberalidad del particular no tiene la virtud de comprometer la responsabilidad patrimonial de la entidad [demandada], porque en tal caso se trataría de una imprudencia, culpa y hasta dolo que tendría por finalidad provocar un gasto público no consentido ni deseado por la entidad”*⁷⁰.

15.16. Sin embargo, también es claro que cuando la prestación del servicio nace de la urgencia y la necesidad de preservar un derecho fundamental y, de esta

⁷⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 30 de enero del 2013, rad. 19.045, M.P. Enrique Gil Botero.

manera, mitigar o evitar una amenaza o una lesión inminente e irreversible, como lo puede ser el derecho fundamental a la salud, no se puede calificar la conducta del particular de mera liberalidad y, por ende, no se configuraría tampoco una conducta dolosa o culposa, por lo que podría tener lugar, tácitamente, el acaecimiento del enriquecimiento sin causa que ampararía una compensación pecuniaria.

15.17. Cabe señalar que la jurisprudencia de la Sección Tercera previo, como **regla general**, que por la vía del enriquecimiento sin causa no se puede perseguir el pago de obras, bienes o servicios que se hayan ejecutado, sin amparo contractual, en beneficio de la administración⁷¹; no obstante, conservó a título enunciativo y de manera **excepcional** la aplicación del principio de enriquecimiento sin justa causa, como fuente de la obligación de pagar el monto de las prestaciones ejecutadas sin vínculo de contrato estatal, en los siguientes casos⁷²:

- a) *Cuando se acredite de manera fehaciente y evidente en el proceso, que fue exclusivamente la entidad pública, sin participación y sin culpa del particular afectado, la que en virtud*

⁷¹ “(...) la Sala empieza por precisar que, por regla general, el enriquecimiento sin causa, y en consecuencia la actio de in rem verso (...) no pueden ser invocados para reclamar el pago de obras, entrega de bienes o servicios ejecutados sin la previa celebración de un contrato estatal que los justifique por la elemental pero suficiente razón consistente en que la actio de in rem verso requiere para su procedencia, entre otros requisitos, que con ella no se pretenda desconocer o contrariar una norma imperativa o cogente. // Pues bien, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 39 y 41 de la Ley 80 de 1993 los contratos estatales son solemnes puesto que su perfeccionamiento exige la solemnidad del escrito, excepción hecha de ciertos eventos de urgencia manifiesta en que el contrato se torna consensual ante la imposibilidad de cumplir con la exigencia de la solemnidad del escrito (Ley 80 de 1993 artículo 41 inciso 4º). En los demás casos de urgencia manifiesta, que no queden comprendidos en ésta hipótesis, la solemnidad del escrito se sujeta a la regla general expuesta. // No se olvide que las normas que exigen solemnidades constitutivas son de orden público e imperativas y por lo tanto inmodificables e inderogables por el querer de sus destinatarios. // En consecuencia, sus destinatarios, es decir todos los que pretendan intervenir en la celebración de un contrato estatal, tienen el deber de acatar la exigencia legal del escrito para perfeccionar un negocio jurídico de esa estirpe sin que sea admisible la ignorancia del precepto como excusa para su inobservancia. // Y si se invoca la buena fe para justificar la procedencia de la actio de in rem verso en los casos en que se han ejecutado obras o prestado servicios al margen de una relación contractual, como lo hace la tesis intermedia, tal justificación se derrumba con sólo percatarse de que la buena fe que debe guiar y que debe campear en todo el iter contractual, es decir antes, durante y después del contrato, es la buena fe objetiva y no la subjetiva. // En efecto, la buena fe subjetiva es un estado de convencimiento o creencia de estar actuando conforme a derecho, que es propia de las situaciones posesorias, y que resulta impropia en materia de las distintas fases negociales pues en estas lo relevante no es la creencia o el convencimiento del sujeto sino su efectivo y real comportamiento ajustado al ordenamiento y a los postulados de la lealtad y la corrección, en lo que se conoce como buena fe objetiva”. Consejo de Estado, Sección Tercera - Sala Plena, sentencia del 19 de noviembre de 2012, rad. 24.897, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

⁷² *Ibíd.*

de su supremacía, de su autoridad o de su imperium constriñó o impuso al respectivo particular la ejecución de prestaciones o el suministro de bienes o servicios en su beneficio, por fuera del marco de un contrato estatal o con prescindencia del mismo.

- b) *En los que es urgente y necesario adquirir bienes, solicitar servicios, suministros, ordenar obras con el fin de prestar un servicio para evitar una amenaza o una lesión inminente e irreversible al derecho a la salud, derecho este que es fundamental por conexidad con los derechos a la vida y a la integridad personal, urgencia y necesidad que deben aparecer de manera objetiva y manifiesta como consecuencia de la imposibilidad absoluta de planificar y adelantar un proceso de selección de contratistas, así como de la celebración de los correspondientes contratos, circunstancias que deben estar plenamente acreditadas en el proceso contencioso administrativo, sin que el juzgador pierda de vista el derrotero general que se ha señalado en el numeral 12.1 de la presente providencia, es decir, verificando en todo caso que la decisión de la administración frente a estas circunstancias haya sido realmente urgente, útil, necesaria y la más razonablemente ajustada a las circunstancias que la llevaron a tomar tal determinación.*
- c) *En los que debiéndose legalmente declarar una situación de urgencia manifiesta, la administración omite tal declaratoria y procede a solicitar la ejecución de obras, prestación de servicios y suministro de bienes, sin contrato escrito alguno, en los casos en que esta exigencia imperativa del legislador no esté excepcionada conforme a lo dispuesto en el artículo 41 inciso 4º de la Ley 80 de 1993—se subraya—.*

15.18. Antes de analizar la adecuación del caso concreto a la segunda hipótesis exceptiva, se estudiará brevemente, siguiendo lo dicho por la jurisprudencia constitucional, por una parte, (i) el fundamento jurídico del derecho al agua y su relación con el derecho a la salud, y por otra, (ii) las entidades obligadas a garantizar el derecho fundamental al agua.

16. El fundamento jurídico del derecho al agua

16.1. La Constitución Política no relaciona taxativamente el derecho al agua como un derecho de naturaleza fundamental, por tanto, la consagración expresa del derecho al agua no está en la Constitución; no obstante, su aparición en el ordenamiento jurídico surgió gracias a la figura jurídica del bloque de constitucionalidad. A la luz del artículo 93⁷³ de la Constitución Política, las normas

⁷³ “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción,

internacionales en materia de Derechos Humanos ratificadas por Colombia —y que prohíben su limitación en los estados de excepción en el orden interno— prevalecen en el orden interno y, por ende, son aplicadas en forma directa, las cuales tienen como función integrar, ampliar, interpretar, orientar y limitar el orden jurídico⁷⁴. Por esta vía, el derecho al agua ingresó al ordenamiento jurídico, con lo que no solo se integró el ordenamiento con otras normas de estirpe supra legislativo, sino que también se modificó las modalidades de ejercicio del control de constitucionalidad abstracto y concreto⁷⁵.

16.2. El Comité de Naciones Unidas de Derechos Económicos, Sociales y Culturales —Comité DESC—, tomando como referencia el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales —PIDESC⁷⁶—, en la Observación General n.º 15 de noviembre de 2002, precisó que el derecho al agua es un derecho humano y se entiende como “*el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico*” y es, principalmente, condición para el ejercicio de otras libertades fundamentales:

El derecho humano al agua es indispensable para vivir dignamente y es condición previa para la realización de otros derechos humanos (...) por ejemplo, el agua es necesaria para producir alimentos (el derecho a una alimentación adecuada) (...) asegurar la higiene ambiental (el derecho a la salud) (...) procurarse medios de subsistencia (el derecho a ganarse la vida mediante un trabajo) y (...) disfrutar de determinadas prácticas

prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.

⁷⁴ “Dado el rango constitucional que les confiere la carta, las disposiciones que integran el bloque superior cumplen la cuádruple finalidad [...], servir de i) regla de interpretación respecto de la dudas que puedan suscitarse al momento de su aplicación; ii) la de integrar la normatividad cuando no exista norma directamente aplicable al caso; iii) la de orientar las funciones del operador jurídico, y iv) la de limitar la validez de las regulaciones subordinadas”. Corte Constitucional, sentencia C-067 del 4 de febrero del 2003, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁷⁵ Cfr. Respecto a la incidencia de normas internacionales en las modalidades de ejercicio del control de constitucionalidad Ver. ROBLOT-TROIZIER, Agnès, *Contrôle de constitutionnalité et normes visées par la Constitution française. Recherches sur la constitutionnalité par renvoi*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèse, Paris, 2007.

⁷⁶ Este es un instrumento internacional a partir del cual se reconoce el derecho al agua, cuyo artículo 11 dispone: “1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho (...)”.

culturales (el derecho a participar en la vida cultural)⁷⁷⁻⁷⁸.

16.3. Según lo consignado en el mencionado instrumento internacional:

En el párrafo 1 del artículo 11 del Pacto se enumeran una serie de derechos que dimanar del derecho a un nivel de vida adecuado, 'incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados', y son indispensables para su realización. El uso de la palabra "incluso" indica que esta enumeración de derechos no pretendía ser exhaustiva. El derecho al agua se encuadra claramente en la categoría de las garantías indispensables para asegurar un nivel de vida adecuado, en particular porque es una de las condiciones fundamentales para la supervivencia. Además, el Comité ha reconocido anteriormente que el agua es un derecho humano amparado por el párrafo 1 del artículo 11 (véase la Observación general N° 6 (1995)) [ii]. El derecho al agua también está indisolublemente asociado al derecho al más alto nivel posible de salud (párrafo 1 del artículo 12) [iii] y al derecho a una vivienda y una alimentación adecuadas (párrafo 1 del artículo 11) [iv]. Este derecho también debe considerarse conjuntamente con otros derechos consagrados en la Carta Internacional de Derechos Humanos, en primer lugar el derecho a la vida y a la dignidad humana—se subraya—.

16.4. Otros documentos internacionales sobre derechos humanos también contienen referencias al derecho humano al agua como lo es el caso de la *Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*, aprobada en 1979; la *Convención sobre los Derechos del Niño* de 1989 y la *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*⁷⁹.

⁷⁷ Observación General n.º 15. *El derecho al agua*. Comité de Naciones Unidas de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, noviembre de 2002.

⁷⁸ Observación General No. 15, párrafo, número 2: "(...) *Un abastecimiento adecuado de agua salubre es necesario para evitar la muerte por deshidratación, para reducir el riesgo de las enfermedades relacionadas con el agua y para satisfacer las necesidades de consumo y cocina y las necesidades de higiene personal y doméstica*".

⁷⁹ En el párrafo 2 del artículo 14 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer se dispone que los Estados Partes asegurarán a las mujeres el derecho a "gozar de condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de (...) el abastecimiento de agua". En el párrafo 2 del artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño se exige a los Estados Partes que luchen contra las enfermedades y la malnutrición mediante "el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre". El artículo 28 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad precisa: "(...) *Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a la protección social y a gozar de ese derecho sin discriminación por motivos de discapacidad, y adoptarán las medidas pertinentes para proteger y promover el ejercicio de ese derecho, entre ellas: a) Asegurar el acceso en condiciones de igualdad de las personas con discapacidad a servicios de agua potable y su acceso a servicios, dispositivos y asistencia de otra índole adecuados a precios asequibles para atender las necesidades relacionadas con su discapacidad (...)*".

17. Las obligaciones derivadas de instrumentos internacionales

17.1. El Comité DESC ha expresado que en relación con cualquier derecho humano existen tres tipos de obligaciones, a saber: respetar, proteger y cumplir⁸⁰.

17.2. La obligación de *respetar* implica que los Estados no adopten medidas tendientes a impedir el ejercicio de cualquier derecho, es decir, que “no [se] adopte medidas que impidan el acceso a los derechos o menoscaben el disfrute de los mismos”⁸¹. Respecto a esta obligación y, especialmente, frente al derecho al agua, la Corte Constitucional en sentencia T-740 de 2011 precisó que se configura como “un deber de abstención por parte del Estado, con el objetivo de que el Estado se abstenga de injerir directa o indirectamente de manera negativa en el disfrute del derecho a disponer de agua potable”⁸²; en otras palabras, “evitar medidas que obstaculicen o impidan la libertad de acción y el uso de los recursos propios de cada individuo, así como de grupos o colectividades que buscan satisfacer sus necesidades básicas, concretamente en el goce del derecho al agua potable”⁸³.

17.3. La obligación de *proteger* conmina a los Estados a “adoptar medidas para evitar o prevenir que particulares produzcan dichos perjuicios”⁸⁴; en otras palabras, esta obligación busca que los Estados eviten que terceros interfieran en el disfrute del derecho⁸⁵.

⁸⁰ AAVV, *Protección internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Sistema Universal y Sistema interamericano*; Instituto Interamericano de Derechos humanos, San José de Costa Rica, 2008. pp. 130.
<https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/1794/proteccion-internacional-desc-2008.pdf>
19/06/2017.

⁸¹ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General n.º 12 y 14, entre otras.

⁸² Corte Constitucional, sentencia T-740 de 2011, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁸³ *Ibídem*.

⁸⁴ AAVV, *Protección internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Sistema Universal y Sistema interamericano*; Instituto Interamericano de Derechos humanos, San José de Costa Rica, 2008. pp. 130.
<https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/1794/proteccion-internacional-desc-2008.pdf>
19/06/2017.

⁸⁵ La sentencia T-740 de 2011 de la Corte Constitucional precisó que esta obligación implica, entre otras, (i) adoptar medidas legislativas para impedir que terceros imposibiliten el acceso al agua potable en condiciones de igualdad y contaminen o exploten de forma no equitativa los recursos de agua; (ii) expedir la legislación para el funcionamiento eficaz del sistema judicial de cara a resguardar el goce del derecho al agua potable frente a afectaciones provenientes de terceros.

17.4. La obligación de *cumplir* requiere que “se reconozcan los derechos en los sistemas legales y se adopten políticas y medidas, de cualquier índole, destinadas a satisfacerlos”⁸⁶. Esta última obligación, relacionada con “hacer efectivo” el derecho, se subdivide en tres: facilitar, promover y proporcionar:

i) La obligación de facilitar “consiste en el deber de iniciar actividades con el fin de fortalecer el acceso al derecho o su disfrute, o ayudar a los particulares para lograr tales fines”⁸⁷.

ii) La obligación de promover implica “realizar acciones tendientes a difundir, educar, o capacitar a la población para el ejercicio de los mismos”⁸⁸.

iii) Por último, la obligación de proporcionar supone “asegurar que el titular del derecho [acceda] al bien protegido (...) cuando un grupo o individuo por circunstancias ajenas a su control, no pueda disfrutar [d]el mismo”⁸⁹.

17.5. Además de las anteriores obligaciones —que se podrían denominar genéricas—, el Comité DESC indicó que, respecto al derecho al agua, existen obligaciones de carácter específico como lo son: (i) disponibilidad, (ii) accesibilidad y (iii) calidad⁹⁰.

⁸⁶ AAVV, *Protección internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Sistema Universal y Sistema interamericano*; Instituto Interamericano de Derechos humanos, San José de Costa Rica, 2008. pp. 130

⁸⁷ *Ibidem*.

⁸⁸ *Ibidem*.

⁸⁹ *Ibidem*.

⁹⁰ En palabras del Comité:

“a) La Disponibilidad. El abastecimiento de agua de cada persona debe ser continuo y suficiente para los usos personales y domésticos. Esos usos comprenden normalmente el consumo, el saneamiento, la colada, la preparación de alimentos y la higiene personal y doméstica. La cantidad de agua disponible para cada persona debería corresponder a las directrices de la Organización Mundial de la Salud (OMS). También es posible que algunos individuos y grupos necesiten recursos de agua adicionales en razón de la salud, el clima y las condiciones de trabajo.

b) La Calidad. El agua necesaria para cada uso personal o doméstico debe ser salubre, y por lo tanto, no ha de contener microorganismos o sustancias químicas o radiactivas que puedan constituir una amenaza para la salud de las personas. Además, el agua debería tener un color, un olor y un sabor aceptables para cada uso personal o doméstico.

c) La Accesibilidad. El agua y las instalaciones y servicios de agua deben ser accesibles para todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte. La accesibilidad presenta cuatro dimensiones superpuestas: Accesibilidad física. El agua y las instalaciones y servicios de agua deben estar al alcance físico de todos los sectores

17.6. De lo hasta aquí expuesto, se tiene que, en virtud de la figura jurídica del bloque de constitucionalidad, el derecho al agua ha ingresado al ordenamiento jurídico interno y los jueces constitucionales, con fundamento en el marco de las obligaciones internacionales, han protegido, principalmente a través de la acción de tutela, el derecho al agua, *“entendiendo que el agua potable para el consumo humano tiene el carácter de fundamental”*⁹¹.

17.7. Respecto al carácter fundamental del derecho al agua, la Corte Constitucional ha precisado que constituye un derecho fundamental autónomo e independiente⁹², por tres razones: Primero, por ser un objetivo fundamental del Estado Social de Derecho⁹³. Segundo, por ser indispensable para asegurar la garantía de otros derechos⁹⁴. Tercero, por disponer que se debe contar con la

de la población. Debe poderse acceder a un suministro de agua suficiente, salubre y aceptable en cada hogar, institución educativa o lugar de trabajo o en sus cercanías inmediatas. Todos los servicios e instalaciones de agua deben ser de calidad suficiente y culturalmente adecuados, y deben tener en cuenta las necesidades relativas al género, el ciclo vital y la intimidad. La seguridad física no debe verse amenazada durante el acceso a los servicios e instalaciones de agua. // Accesibilidad económica. El agua y los servicios e instalaciones de agua deben estar al alcance de todos. Los costos y cargos directos e indirectos asociados con el abastecimiento de agua deben ser asequibles y no deben comprometer ni poner en peligro el ejercicio de otros derechos reconocidos en el Pacto. No discriminación. El agua y los servicios e instalaciones de agua deben ser accesibles a todos de hecho y de derecho, incluso a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna por cualquiera de los motivos prohibidos. // Acceso a la información. La accesibilidad comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información sobre las cuestiones del agua”.

⁹¹ Los casos en que la Corte Constitucional en sede de tutela ha protegido el derecho fundamental al agua: T-270 de 2007, M.P. Jaime Araujo Rentería; T-888 de 2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-546 de 2009, M.P. María Victoria Calle Correa; T-418 de 2010, M.P. María Victoria Calle Correa; T-616 de 2010, M.P. Luís Ernesto Vargas Silva, T-418 de 2010. M.P. María Victoria Calle Correa, entre muchas otras.

⁹² *“La interdependencia de los derechos liga el derecho al agua con otros, tales como la igualdad, la vida digna y la salud. Es inevitable que quien carece de agua potable ponga en riesgo su salud y su alimentación, entre otros derechos. Sin embargo, la naturaleza jurídica del derecho al agua es independiente de los demás que pueden estar comprometidos, y esa precisión de su contenido permite enfocar las peticiones de las personas ante las autoridades judiciales para que ante la ausencia de agua no estén obligadas a demostrar afectaciones en su salud a causa de la falta del recurso hídrico, sino que sea suficiente argumentar la carencia en las condiciones mínimas requeridas para el consumo humano para presentar un debate de tipo constitucional por amenaza o violación de derechos fundamentales”.* Corte Constitucional, sentencia T-245 de 2016, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁹³ Corte Constitucional, sentencias T-139 de 2016 y T-055 de 2011, ambas con ponencia del magistrado Jorge Iván Palacio.

⁹⁴ Corte Constitucional, sentencia T-028 de 2014, M.P. María Victoria Calle Correa: *“el suministro de agua potable es un servicio público domiciliario cuya adecuada, completa y permanente prestación resulta indispensable para la vida y la salud de las personas,*

cantidad mínima de líquido para consumo humano⁹⁵.

17.8. Finalmente, en la sentencia T-891 de 2014 y reiterada en la T-139 de 2016, se recogió la jurisprudencia sobre las reglas aplicables a casos relacionados con el acceso al agua, entre las más importantes:

(i) El agua para consumo humano es un derecho fundamental y se encuentra en conexión con el derecho a la vida digna y a la salud;

(ii) El derecho al agua puede ser protegido por medio de tutela contra autoridades públicas o particulares, cuando estos entorpezcan su disfrute;

(iii) El derecho al agua está unido de forma indivisible e interdependiente a los demás derechos fundamentales;

(iv) Se vulnera el derecho al agua cuando el suministro del servicio se hace de forma discontinua, en detrimento de las garantías mínimas de los individuos;

(v) Puede vulnerarse el derecho al agua debido a la inexistencia del servicio de acueducto;

(vi) No puede suspenderse la provisión de agua en situaciones de emergencia;

(vii) Las deficiencias en los servicios de alcantarillado o acueducto pueden poner en riesgo los derechos fundamentales de los usuarios

(viii) No pueden oponerse los reglamentos, procedimientos o requisitos como obstáculos que justifiquen desconocer el derecho al agua, más allá de las restricciones que resulten razonables.

(ix) La realización del derecho fundamental al agua está dada por la satisfacción de las necesidades básicas de una persona para tener una existencia digna.

aparte de que es un elemento necesario para la realización de un sinnúmero de actividades útiles al hombre”.

⁹⁵ “La faceta en la que el derecho es de carácter individual corresponde con el derecho fundamental al agua, cuyo contenido básico se ha relacionado con la cantidad mínima necesaria para consumo humano”: Corte Constitucional, sentencia T-245 de 2016, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

18. Las obligaciones específicas de las entidades estatales en el ordenamiento interno

18.1. De la lectura del artículo 365 de la Constitución Política⁹⁶ se tiene que (i) la prestación de los servicios públicos es inherente a la finalidad social del Estado y constituye un deber estatal; (ii) la prestación está sometida al régimen jurídico que fije la ley y pueden ser prestados directa o indirectamente; y (iii) el Estado conserva la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios.

18.2. Principalmente, con fundamento en esta norma constitucional, fue expedida la Ley 142 de 1994⁹⁷ donde se desarrolla, entre otros asuntos, las condiciones, competencias y responsabilidades respecto a la prestación de los servicios públicos domiciliarios.

18.3. Esta ley de servicios públicos fijo dos modalidades de prestación del servicio público de agua: directa e indirecta.

18.3.1. Primera. La competencia de prestación directa le fue asignada a los municipios, quienes, en virtud del artículo 311 de la Constitución Política, deben *“prestar los servicios públicos que determine la ley (...)”* y, según el artículo 5º de la Ley 142 de 1994, *“[a]segura[r] que se presten a sus habitantes, de manera eficiente, los servicios domiciliarios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, y telefonía pública básica conmutada, por empresas de servicios públicos de carácter oficial, privado o mixto, o directamente por la administración central del respectivo municipio en los casos previstos en el artículo siguiente”*.

18.3.2. Segunda. La prestación de los servicios públicos domiciliarios puede ser también de manera indirecta⁹⁸ y se efectúa a través de (i) compañías de servicios

⁹⁶ El artículo 365 de la Constitución Política precisa que *“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 (...)”*.

⁹⁷ *“Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones.”*

⁹⁸ La Ley 142 de 1994 contiene el título I denominado *“De las personas prestadoras de servicios públicos”* y en el artículo 15 enlista las personas que prestan servicios públicos.

públicos⁹⁹; (ii) personas naturales o jurídicas —urbanizadores y/o constructores—¹⁰⁰; (iii) las organizaciones autorizadas para prestar los servicios públicos de agua potable básico en municipios menores, zonas rurales y áreas urbanas específicas —Decreto 421 de 2000¹⁰¹—; (iv) empresas industriales y comerciales del Estado; (v) o entidades autorizadas para prestar servicios públicos durante los períodos de transición previstos en la Ley 142 de 1994¹⁰².

18.4. Según el artículo 365 —inciso segundo— de la Constitución Política, la prestación indirecta de los servicios públicos domiciliarios no dispensa al Estado y, particularmente, al municipio de la obligación de garantizar dicho servicio, por cuanto no se desprende de la titularidad de control y vigilancia en su prestación. En sintonía con esto, la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico recordó:

Artículo 1.3.4.4 Casos en los que se encomienda a un tercero la prestación del servicio. Cuando el Municipio encomiende a un tercero la prestación total o parcial de los servicios a través de transferir la propiedad o el uso y goce de los bienes que destina a la prestación de los servicios públicos, en su condición de responsable de la prestación eficiente de los mismos, está en el deber de vigilar en forma permanente el cumplimiento de las obligaciones contraídas por parte de la persona prestadora de los servicios, en especial lo referente a la sujeción a las tarifas, fórmulas tarifarias e indexación o incremento de las mismas, así como el sometimiento a los indicadores a que, en virtud del principio de integralidad, está asociada la tarifa. (...)¹⁰³.

18.5. Como quedó establecido anteriormente, el agua es un derecho fundamental que debe ser, principalmente, garantizado por los municipios, y que su suspensión puede afectar otros derechos constitucionales de igual relevancia, con lo que se

⁹⁹ Las condiciones para la prestación del servicio público, específicamente en lo atinente al servicio de acueducto y alcantarillado, están establecidas en el artículo 7° del Decreto 302 de 2000, modificado por el Decreto 229 de 2002.

¹⁰⁰ El artículo 8° del Decreto 302 de 2000 “Por el cual se reglamenta la Ley 142 de 1994, en materia de prestación de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado” introduce obligaciones a cargo de urbanizadores y/o constructores.

¹⁰¹ “Por el cual se reglamenta el numeral 4 del artículo 15 de la Ley 142 de 1994, en relación con las organizaciones autorizadas para prestar los servicios públicos de agua potable y saneamiento básico en municipios menores, zonas rurales y áreas urbanas específicas”.

¹⁰² Art. 15 de la Ley 142 de 1994.

¹⁰³ Resolución 151 de 2001. CRA.

pone en riesgo y vulnerabilidad las condiciones de vida de los habitantes de un territorio determinado.

19. Análisis del caso concreto: el desplazamiento patrimonial de USOCOELLO se originó por la urgencia de evitar la lesión irreversible del derecho fundamental a la salud

19.1. El Distrito de Riego USOCOELLO considera que el municipio y la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseso de El Espinal E.S.P. se enriquecieron sin causa al no pagarle por el suministro de este líquido y el uso de las obras de captación, conducción, operación y mantenimiento del Canal Gualanday hasta el sitio de la derivación de la bocatoma del acueducto municipal.

19.2. Por su parte, el municipio y la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseso de El Espinal E.S.P. solicitan que se desestimen las pretensiones de la demanda de reparación directa, en razón a que la accionante no contaba con vínculo contractual, por tanto, debe asumir los costos de transacción por los servicios suministrados y que fueron pagados a CORTOLIMA.

19.3. Como se mencionó en la parte motiva de esta providencia, el abastecimiento de agua potable es un derecho fundamental, del cual dependen otros derechos como lo son la vida, la salud y la salubridad pública, razón por la cual, no le era exigible al Distrito de Riego suspender la provisión del recurso vital, pues su conducta habría tenido como consecuencia el desconocimiento de derechos constitucionales y habría podido involucrar, sin duda, la afectación de derechos de sujetos especialmente protegidos.

19.4. No obstante lo anterior, la configuración de este evento exceptivo, como lo es la necesidad de evitar los efectos irreversibles de la vulneración del derecho fundamental a la salud y a la vida, no es suficiente para declarar automáticamente la responsabilidad patrimonial, ya que solo constituye un requisito habilitante que permite adentrarnos en la verificación de los elementos configurativos del enriquecimiento sin justa causa, que a continuación pasarán a analizarse.

20. La configuración de los elementos del enriquecimiento sin causa como fuente de las obligaciones

20.1. La jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de

Justicia, siguiendo la doctrina elaborada en Francia, sostuvo que el enriquecimiento sin causa requería¹⁰⁴:

1) Que exista un enriquecimiento, es decir, que el obligado haya obtenido una ventaja patrimonial, la cual puede ser positiva o negativa. Esto es, no sólo en el sentido de adición de algo sino también en el de evitar el menoscabo de un patrimonio.

2) Que haya un empobrecimiento correlativo, lo cual significa que la ventaja obtenida por el enriquecido haya costado algo al empobrecido, o sea que a expensas de éste se haya efectuado el enriquecimiento. Es necesario aclarar que la ventaja del enriquecido puede derivar de la desventaja del empobrecido, o, a la inversa, la desventaja de éste derivar de la ventaja de aquél.

Lo común es que el cambio de la situación patrimonial se opere mediante una prestación hecha por el empobrecido al enriquecido, pero el enriquecimiento es susceptible de verificarse también por intermedio de otro patrimonio.

El acontecimiento que produce el desplazamiento de un patrimonio a otro debe relacionar inmediatamente a los sujetos activo y pasivo de la pretensión de enriquecimiento, lo cual equivale a exigir que la circunstancia que origina la ganancia y la pérdida sea una y sea la misma.

3) Para que el empobrecimiento sufrido por el demandante, como consecuencia del enriquecimiento del demandado, sea injusto, se requiere que el desequilibrio entre los dos patrimonios se haya producido sin causa jurídica.

En el enriquecimiento torticero, causa y título son sinónimos, por cuyo motivo la ausencia de causa o falta de justificación en el enriquecimiento, se toma en el sentido de que la circunstancia que produjo el desplazamiento de un patrimonio a otro no haya sido generada por un contrato o un cuasi-contrato, un delito o un cuasi-delito, como tampoco por una disposición expresa de la ley.

4) Para que sea legitimada en la causa la acción de in rem verso, se requiere que el demandante, a fin de recuperar el bien carezca de cualquiera otra acción originada por un contrato, un cuasi-contrato, un delito, un cuasi-delito, o de las que brotan de los derechos absolutos.

Por lo tanto, carece igualmente de la acción de in rem verso el demandante que por su hecho o por su culpa perdió cualquiera de las otras vías de derecho. Él debe sufrir las consecuencias de su imprudencia o negligencia.

5) La acción de in rem verso no procede cuando con ella se pretende soslayar una disposición imperativa de la ley.

¹⁰⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 6 de septiembre de 1935; Gaceta Judicial, XLIV, p. 474, citada por la sentencia del 26 de mayo del 2010, Sección Tercera del Consejo de Estado, rad. 29.402, M.P. Gladys Agudelo Ordóñez (e).

20.2. De conformidad con lo anterior, se observa que el enriquecimiento sin causa es fuente de obligaciones cuando reúne los siguientes requisitos: (i) la *existencia de un enriquecimiento*, es decir, que el obligado haya obtenido una ventaja o beneficio patrimonial —ventaja positiva— o, que su patrimonio no haya sufrido detrimento alguno —ventaja negativa—; (ii) el *empobrecimiento correlativo*, lo cual significa que la ventaja obtenida por el enriquecido se haya traducido consecuentemente en una mengua patrimonial para el empobrecido; y (iii) la ausencia de causa jurídica¹⁰⁵, que justifique el empobrecimiento sufrido por el afectado como consecuencia del enriquecimiento del beneficiado, es decir, que sea injusto.

20.3. Ventaja o beneficio patrimonial y empobrecimiento correlativo

20.3.1. Está acreditado que la empresa de servicios públicos domiciliarios y el municipio de El Espinal resultaron favorecidos durante mucho tiempo con el suministro del volumen de agua entregado por el Distrito de Riego y el uso de las obras de captación, conducción y operación del Canal Gualanday hasta el sitio de la derivación de la bocatoma del acueducto municipal, sin mediar contraprestación económica alguna, con lo que se generó un beneficio patrimonial a su favor y un empobrecimiento correlativo a cargo del Distrito de Riego.

20.3.2. Así, es preciso destacar que si bien el desequilibrio no tuvo la capacidad de acrecentar el patrimonio de la entidad territorial o del instituto descentralizado, sí evitó que se produjera algún detrimento o merma del mismo, lo que evidencia una clara ventaja económica, pues lograron garantizar el suministro de agua a los habitantes del municipio, como era su obligación, a costa de la sociedad demandante quien, en su condición de concesionaria de CORTOLIMA, fue compelida a asumir la totalidad de los costos de dicha concesión, con lo que se produjo un empobrecimiento de su patrimonio.

20.3.3. De acuerdo con las pruebas obrantes en el proceso, se encuentra acreditado el enriquecimiento y el correlativo empobrecimiento de uno y otro patrimonio, sin causa jurídica que lo ampare, en virtud del suministro y conducción del recurso hídrico a las demandadas y el pago de su consumo a CORTOLIMA por parte del Distrito de Riego, sin mediar contraprestación alguna, pese a las numerosas solicitudes formuladas por USOCOELLO para formalizar esta

¹⁰⁵ A propósito de los requisitos del enriquecimiento sin causa como fuente de obligaciones, entre muchas otras, se remite a la sentencia del 31 de julio del 2014, rad. 29892, Sección Tercera, Subsección B, M.P. Danilo Rojas Betancourth.

situación.

20.3.4. En efecto, las entidades demandadas manifestaron expresamente al Distrito de Riego sobre su negativa de afiliarse como usuarios (v. párr. nota 19), además de haber indicado que el 2 de diciembre de 2005 solicitaron a CORTOLIMA la concesión de aguas del río Coello (v. párr. 10.4). No obstante, como la misma solicitud fue negada (v. párr. 10.10), solo hasta el 1º de enero de 2007 la entidad municipal accedió a celebrar convenio administrativo cuyo objeto consistió en el suministro de agua no potable o cruda de uso agrícola en cantidad de 30 L.P.S. con destino al acueducto alternativo de la ciudad de El Espinal, cuestión que en el presente proceso no es objeto de debate.

20.3.5. Pese a la negativa de las demandadas de regular esta situación antes del año 2007, continuaron recibiendo la contraprestación correlativa de manera continua e ininterrumpida; además de conminar al Distrito de Riego a que no podía suspender el suministro del líquido, ya que podría poner en estado de riesgo la vida, salud y salubridad de la comunidad, de manera que la causa jurídica que produjo la ventaja patrimonial a favor de las entidades demandadas en el presente proceso es inexistente, con lo que está probada una situación de hecho que debe ser compensada a la luz de las máximas de justicia y equidad.

20.4. Ausencia de causa jurídica

20.4.1. A lo anterior, se agrega que las mismas entidades demandadas aceptaron que durante el suministro de los volúmenes de agua, cuyo monto es objeto de reclamación, no había fórmula contractual acordada con el Distrito de Riego, con lo cual queda demostrada por completo la ausencia de título jurídico que justifique el desplazamiento patrimonial. En efecto, el agente especial de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios precisó que entre la Empresa de Acueducto Alcantarillado y Aseo del Espinal E.S.P. y USOCOELLO no se celebró contrato estatal por medio del cual se acreditaran debidamente las sumas adeudadas por el suministro de agua, por el contrario, el abastecimiento del recurso hídrico siempre estuvo condicionado a la voluntad de USOCOELLO (v. párr. 10.6, cita 27).

20.4.2. Respecto a la voluntad unilateral de USOCOELLO para el suministro de agua, se tiene que el Distrito no actuó por su cuenta y riesgo, sino por solicitud de las autoridades territoriales. En efecto, en el año 2001, según consta en acta n.º

753 del 22 de noviembre, la Junta Directiva de USOCOELLO autorizó a las entidades demandadas tanto para el uso como para la captación del agua —v. párr. 10.4—, lo que demuestra que había un acuerdo de voluntades respecto del objeto y la contraprestación. Y en esas condiciones, no puede atribuírsele mala fe originada en un comportamiento presuntamente unilateral, máxime cuando se conoce ampliamente que si el contrato no se perfeccionó durante el periodo de suministro de agua fue porque las entidades demandadas fueron reticentes y movidas por un ánimo deliberado de eludir las formalidades que rigen la contratación estatal.

20.4.3. A la luz de esto, surge la relación de causalidad entre el enriquecimiento del municipio y la empresa de servicios públicos domiciliarios y el correlativo empobrecimiento del Distrito de Riego, es decir, no existe duda de la situación de hecho que generó el desbalance patrimonial. Por tanto, el argumento del municipio de El Espinal según el cual el titular de la concesión es el que debe pagar por concepto de la utilización de agua las tarifas de compensación a CORTOLIMA —incluidas las de las demandadas—, no es de recibo, ya que, en términos sencillos, el municipio y la E.A.A.A de El Espinal pretenden beneficiarse de su propia indolencia administrativa, pese a que (i) estaban obligadas constitucional y legalmente a garantizar el servicio público de agua en su respectiva colectividad territorial; (ii) USOCOELLO pagaba, en virtud de la Ley 99 de 1993 (artículo 43), a CORTOLIMA la tasa retributiva y compensatoria por el total del agua concedida, esto es, 9.64 m³ y/o el 68.82%, dentro del cual estaba incluido, —como ya se mencionó—, el volumen del acueducto del municipio de El Espinal (v. párr. v. párr. 10.1 y 10.2, cita 14).

20.5. De las pruebas válidamente recopiladas en el proceso, se infiere que las entidades demandadas sí conocían que la entidad demandante estaba compelida a cumplir con el suministro de agua de cara a satisfacer las necesidades básicas de los habitantes de El Espinal y, bajo esta premisa, no se podía esperar ni tampoco exigir un estándar de comportamiento diferente, esto es, la suspensión del servicio.

20.5.1. Por tanto, exigir un comportamiento a USOCOELLO de suspender el suministro de agua a efectos de evitar un inexorable empobrecimiento aparece como una medida ilógica y desproporcionada, ya que aunque se habría perseguido un fin legítimo, esto es, forzar a las demandadas a pagar el volumen de agua adeudado de cara a garantizar la prestación eficiente, continúa e

ininterrumpida del recurso hídrico, y dicha medida era idónea para alcanzar el mencionado objetivo, se habría sacrificado considerablemente otros derechos fundamentales de la población de El Espinal.

20.5.2. Sobre esto último es preciso mencionar que si no se hubiere suministrado el líquido vital a las entidades demandadas, se habría suscitado un desconocimiento de las obligaciones que, tal como vimos anteriormente, proceden del derecho fundamental al agua, esto es, disponibilidad y accesibilidad, por cuanto, los habitantes de El Espinal se habrían visto restringidos de acceder al recurso hídrico y no habrían podido satisfacer las necesidades básicas vitales, como lo son la higiene personal, la preparación y consumo de alimentos, entre muchas otras.

20.5.3. La circunstancia de la posible conflagración del derecho fundamental a la salud y, por ende, a otros de igual importancia, fue reconocida por las propias entidades demandadas, pues en el oficio n.º 145 del 25 de septiembre de 2006, el alcalde del municipio de El Espinal, Gentil Palacios Urquiza, advirtió a USOCOELLO que *“en cuanto a su intención de cerrar el recurso hídrico para el consumo humano para el municipio del (sic) Espinal, le informo que además de ser una conducta reprochable y una acción temeraria, sin duda alguna terminaría en sanción, por violar normas y atentar contra los Derechos Fundamentales y Colectivos de la Ciudadanía”* (fls. 45 a 46, c.1).

20.5.4. En sentir de la Sala, la actuación de la sociedad demandante estuvo revestida de buena fe, que debe caracterizar las relaciones administrativas, en la medida que, según lo probado, el Distrito de Riego tenía la concesión del 68.82% del caudal del río Coello —derivado por la infraestructura del Distrito— y mal podría habersele exigido a este último que se hubiera abstenido de entregar 4.81% del caudal del río Coello a las demandadas por la ausencia de un contrato que sirviera de soporte al nacimiento de las obligaciones bilaterales, pues se debía ante todo preservar el carácter incólume de un derecho fundamental, como lo es la salud.

20.5.5. Conforme a esto, concluye la Sala que, en el caso *sub examine*, el Distrito de Riego, por resultar urgente y necesario para proteger el derecho fundamental a la salud de los habitantes de El Espinal, estaba constreñido por ministerio de la ley a suministrar el agua a la población y, así, evitar consecuencias nefastas en razón de un posible desabastecimiento.

20.6. Por último, un elemento que no aparece probado en el expediente —pero que llama la atención— es el hecho de saber si la empresa prestadora de servicios públicos de El Espinal facturó los servicios a los usuarios de dicha población durante el período que USOCOELLO les suministró a las demandadas el recurso hídrico.

20.6.1. La Ley 142 de 1994 regula el contrato de prestación de servicios públicos domiciliarios, y lo define en su artículo 128 como un acuerdo de voluntades *“en virtud del cual una empresa de servicios públicos los presta a un usuario a cambio de un precio en dinero, de acuerdo a estipulaciones que han sido definidas por ella para ofrecerlas a muchos usuarios no determinados”*.

20.6.2. De la anterior definición, se tiene que si bien dicho negocio jurídico es de carácter oneroso, por lo cual faculta a las empresas de servicios públicos para cobrar un precio a la parte suscriptora como contraprestación por el servicio suministrado, no es razonable, en el caso concreto y desde una perspectiva ética, pensar que la compañía prestadora impuso el deber a los usuarios de pagar el servicio facturado por el consumo de agua y, al tiempo, se haya retraído de pagar los volúmenes métricos de agua suministrados por el Distrito de Riego.

20.7. Dicho esto, la Sala considera que la pretensión de restablecimiento del patrimonio es procedente y la compensación económica será reconocida por el monto del empobrecimiento experimentado por el demandante.

20.7.1. En suma, con apoyo en las consideraciones precedentes, la Sala revocará la sentencia apelada para en su lugar: *(i)* declarar que la acción de reparación directa es el cauce idóneo para reclamar la pretensión de enriquecimiento sin causa; *(ii)* declarar que el fenómeno de la caducidad operó parcialmente, para lo cual se atenderá a las razones y lineamientos expuestos en el acápite respectivo (v. párr. 13); *(iii)* declarar que el supuesto fáctico alegado en la demanda se enmarca dentro de la segunda hipótesis exceptiva introducida por la sentencia de unificación de la Sección Tercera fechada 19 de noviembre de 2012 —evitar consecuencias irreversibles del derecho a la salud—; *(iv)* declarar la existencia de un enriquecimiento sin causa por parte de las entidades demandadas, en el caso concreto por la negativa de pagar las cuentas de cobro por el suministro de agua, el uso de las obras de captación, operación y mantenimiento del Canal Gualanday, y conducción hasta la estructura hidráulica del acueducto de El Espinal

E. Liquidación de perjuicios

21. En lo concerniente a la liquidación de los perjuicios derivados de este enriquecimiento, se solicitó en la demanda el pago de lo siguiente:

(i) La cuenta de cobro del 5 de octubre de 2006, que contiene el valor del suministro de agua cruda en 0.674m³/seg, desde el 1º de febrero de 1996 al 11 de mayo de 2006, por valor de \$2.180.878.271.55 + \$294.959.360.00 por uso de las obras de captación, conducción y mantenimiento hasta la bocatoma del acueducto.

(ii) La cuenta de cobro del 1º de noviembre de 2006, que contiene el valor del suministro de agua cruda en 0,674 m³/seg, desde el 12 de mayo de 2006 al 30 de octubre de 2006, por valor de \$81.025.648.70 + \$29.496.936.00, por uso de las obras de captación, conducción y mantenimiento hasta la bocatoma.

(iii) La cuenta de cobro del 14 de septiembre de 2007, que contiene el valor del suministro de agua cruda en 0.674m³/seg, desde el 1º de noviembre al 31 de diciembre de 2006 y del 1 de enero al 30 de septiembre de 2007, por valor de \$220.714.079.00 + \$46.457.472.00, por uso de las obras de captación, conducción y mantenimiento hasta la bocatoma.

(iv) La cuenta de cobro del 30 de enero de 2008, que contiene el valor del suministro de agua cruda en 0.674 m³/seg, desde el 1º de octubre al 31 de diciembre de 2007, por valor de \$56.307.232.52 + 2.580.970.66, por uso de las obras de captación, conducción y mantenimiento hasta la bocatoma por el mismo lapso.

21.1. La Sala considera que las cuentas de cobro allegadas al presente proceso no son claras, completas, consistentes y adolecen de soportes, por las siguientes razones: (i) no justifican el concepto, cuando consignan que los metros cúbicos vendidos a las entidades demandadas eran para consumo humano y, en la realidad, según la Resolución n.º 0011 del 2 de enero de 1997, el agua concesionada a USOCOELLO era para uso agropecuario; (ii) no tienen una numeración consecutiva; (iii) no registran soporte del valor cobrado por el uso de las obras de conducción, operación, conservación del canal Gualanday; (iv) no registran soporte del valor del volumen métrico de agua cobrado a las

demandadas, como lo es, por ejemplo, el valor de las tasas de compensación pagadas por el Distrito de Riego a CORTOLIMA; (v) las fechas de las operaciones son variadas; (vi) no figura el NIT del adquirente de los bienes o servicios.

21.2. En ese orden, no existen fundamentos objetivos suficientes que permitan cuantificar el daño material que fue padecido por el Distrito de Riego USOCOELLO a partir de las cuentas de cobro acompañadas con el libelo de la demanda, por lo que la Sala se abstiene de conferirles valor probatorio.

21.3. No obstante, adviértase que si bien en el proceso no se hallan los criterios para cuantificar el perjuicio, no hay duda de que sí se acreditó que se produjo un daño antijurídico cierto y personal al Distrito de Riego. Así entonces, no es posible poner en cuestión las pretensiones de la demanda pues, como lo ha dicho la doctrina, es necesario distinguir los conceptos de certeza del daño y de cuantificación del perjuicio, de tal forma que es posible que un daño cierto no sea cuantificable con las pruebas que obran en el proceso y que, en todo caso, sea factible que surja la responsabilidad, evento en el cual deberá el juez declarar en abstracto la condena, y fijar los criterios que sean necesarios para que, mediante un trámite incidental de condena, se realice la cuantificación del perjuicio¹⁰⁶.

21.4. En razón a esta orfandad probatoria que no permite establecer con certeza la suma de dinero a reembolsar a cargo del municipio y la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de El Espinal, la Sala decidirá una condena *in genere*, con observancia de los parámetros que para tal efecto establece el artículo 172 del

¹⁰⁶ Al respecto dice Henao Pérez: *“Ahora bien, probada la existencia del daño en el proceso, de todas formas no se requiere probar en el mismo su cuantía para que la responsabilidad sea declarada. Como lo ha afirmado la jurisprudencia Colombiana, “una cosa es la ausencia de prueba del perjuicio y otra cosa es la falta de los elementos para hacer su tasación”. En efecto, en el primero de los casos se profiere una decisión desestimatoria, en tanto que en el segundo una condena in genere, la cual se resuelve en un incidente de liquidación de perjuicios que se permite en la jurisdicción contenciosa administrativa de conformidad con el artículo 172 del Código Contencioso Administrativo. La diferencia entre los dos requisitos es importante, en la medida en que bien puede ocurrir que se pruebe el daño, pero sea difícil, por no decir imposible, probar su cuantía, caso en el cual, como ya se ha dicho, bien se puede aplicar el estándar mínimo del daño. Aún más, bien puede ocurrir, si se acepta la posición que aquí se toma, que en el incidente de liquidación de perjuicios el actor solicite que se aplique de oficio el estándar mínimo de daño, para que el juez desate el mismo en lugar de declarar extinguida la obligación y, también, que al igual que ocurre en el procedimiento civil, se inicie el abandono del incidente gracias a la técnica sugerida. Es claro, entonces, que si se ha establecido la existencia del daño, su cuantificación es un problema secundario que en últimas puede suplirse por presunciones que tendrán por objeto expresar los estándares mínimos a los que ya nos hemos referido, y que serán aceptables en la medida en que la existencia del daño esté acreditada”.* HENAO, Juan Carlos. *El Daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés.* Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, pp. 42 y 43.

Código Contencioso Administrativo, para que el valor de la indemnización se determine en trámite incidental que deberá promover la persona jurídica interesada dentro de los 60 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia.

21.5. Respecto al monto que se deberá reembolsar, la Sala, teniendo en cuenta la caducidad parcial —v. párr. 13— procederá a la liquidación de los perjuicios derivados del enriquecimiento sin causa comprendidos entre el 20 de enero de 2006 y el 30 de junio de 2008 —fecha de presentación de la última cuenta de cobro— (v. párr. 10.7).

21.6. En consecuencia, al decidir el incidente se deberán tener en cuenta los siguientes parámetros:

21.6.1. Se deberá ordenar y practicar un dictamen pericial por un profesional en ingeniería civil, mediante el cual se establezca:

(i) Las erogaciones económicas que se debieron hacer por el Distrito de Riego USOCOELLO para el mantenimiento del Canal Gualanday, que se encargaba de conducir el recurso hídrico hasta la bocatoma del acueducto de El Espinal **entre el 20 de enero de 2006 y el 30 de junio de 2008**, el cual comprenderá, entre otros aspectos, (a) el dragado del canal (dezasolve), (b) el afirmado y perfilado de carretables, (c) el manejo de sedimentos, la limpieza y drenaje (rocerías y recabas), (d) la conservación de estructuras, obras de captación, sistemas de distribución y obras hidráulicas en general y (e) el mantenimiento de maquinaria, vehículos y equipo en general del Distrito de Riego (palas-draga, bulldozers, montoniveladoras, cargadores, tractores, volquetas, etc).

(ii) El valor por el uso y la operación del Canal Gualanday entre el **20 de enero de 2006 y el 30 de junio de 2008**.

21.6.2. Se deberá ordenar una prueba de oficio dirigida a la Corporación Autónoma Regional del Tolima —CORTOLIMA—, mediante el cual se informe:

(i) El volumen captado —establecido en metros cúbicos— por el Distrito de Riego USOCOELLO del río Coello, entre el **20 de enero de 2006 y el 30 de junio de 2008**.

- (ii) La tarifa de la tasa por utilización de agua (TUA) expresada en pesos/m³ pagada mensualmente por USOCOELLO entre el **20 de enero de 2006 y el 30 de junio de 2008**, teniendo como referencia lo establecido en la resolución de concesión de aguas y el Decreto 155 de 2004, por el cual se reglamenta el artículo 43 de la Ley 99 de 1993 sobre tasas por utilización de aguas y se adoptan otras disposiciones.
- (iii) De acuerdo con la anterior información, se deducirá el valor de 0.674 metros cúbicos por segundo y/o el 4.81% del caudal del río Coello captado por USOCOELLO, suma que se determinará mensualmente, en un periodo comprendido entre el **20 de enero de 2006 y el 30 de junio de 2008**.
- (iv) En razón a la ausencia de un elemento que indique un acuerdo entre las partes sobre la exigibilidad de las cuentas de cobro, cada una de las cuentas de cobro que serán establecidas mensualmente se actualizarán en su valor desde el momento en que se cumplan 30 días después de su expedición —plazo de exigibilidad a falta de acuerdo de las partes en tal sentido—, término previsto en el artículo 774.1 del Código de Comercio, y la fecha que resuelve el incidente de liquidación de la condena.

21.7. Por todo lo anterior, la Sala revocará la sentencia de primera instancia y en su lugar declarará el enriquecimiento sin causa del municipio de El Espinal y la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de El Espinal y los condenará al pago del valor que resulte en el incidente de indemnización a favor del Distrito de Riego USOCOELLO por el suministro de agua y el uso de las obras de captación, conducción, operación y mantenimiento del Canal Gualanday hasta el sitio de la derivación de la bocatoma del acueducto de El Espinal, entre el 20 de enero de 2006 y el 30 de junio de 2008. Esta condena se hará en abstracto.

F. Consideración adicional:

22. En atención a que USOCOELLO tramitó también acción de reparación directa en contra de otros municipios por el suministro de agua, uso y conservación de

redes¹⁰⁷, como lo es el municipio de Coello, se ordenará informar a los despachos del antecedente que constituye este fallo.

G. Costas

23. No hay lugar a la imposición de costas, debido a que no se evidencia en el caso concreto actuación temeraria o de mala fe atribuible a los extremos procesales, como lo exige el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 para que se proceda de esta forma.

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

FALLA

REVOCAR la sentencia proferida el 15 de abril de 2011 por el Tribunal Contencioso Administrativo del Tolima, por medio de la cual se declaró probada de oficio la excepción de indebida escogencia de la acción y, en consecuencia, se inhibió para fallar de fondo las pretensiones de la demanda. En su lugar, se dispone lo siguiente:

PRIMERO. DECLARAR el enriquecimiento sin causa del municipio El Espinal y la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de El Espinal, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta decisión.

SEGUNDO. CONDENAR al municipio El Espinal y la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de El Espinal a pagar al Distrito de Riego USOCOELLO por concepto del enriquecimiento sin causa, la cuantía que se establezca dentro del trámite incidental que para el efecto deberá promover la parte actora dentro de los sesenta (60) días siguientes a la ejecutoria de esta decisión, y de conformidad con los parámetros establecidos en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: PONER esta sentencia en conocimiento del despacho de la Consejera María Adriana Marín donde se adelanta en la actualidad un proceso

¹⁰⁷ Según se puede determinar a partir del sistema de gestión de la Corporación, se trataría del expediente identificado con el número 730012331000200700435-01, despacho de la magistrada Adriana María Marín.

cuyo actor es USUCOELLO en contra del municipio de Coello (rad. 730012331000200700435-02).

CUARTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO. NO CONDENAR en costas, pues no quedó acreditado que las entidades demandadas obraran procesalmente con temeridad alguna.

SEXTO. DÉSE cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A. y 115 del C.P.C. Para el efecto, expídanse copias al apoderado de la parte demandante que ha venido actuando, con las precisiones del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil y con observancia de lo preceptuado en el artículo 37 del Decreto 359 de 22 de febrero de 1995.

En firme esta providencia, **DEVUÉLVASE** la actuación al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RAMIRO PAZOS GUERRERO
Presidente

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO
Magistrada

DANILO ROJAS BETANCOURTH
Magistrado