

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL META

Magistrado: CARLOS ENRIQUE ARDILA OBANDO

Villavicencio, veintiséis (26) de marzo de dos mil diecinueve (2019)

MEDIO DE CONTROL:	CONTROVERSIA CONTRACTUAL
DEMANDANTE:	NACIONAL DE SEGUROS S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS GENERALES
DEMANDADO:	EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DEL META - EDÉSA S.A. E.S.P.
RADICADO:	50001-23-33-000-2018-00195-00

I. AUTO

Decide el Despacho la solicitud de medida cautelar de suspensión provisional¹ solicitada a través de apoderado judicial por la parte demandante NACIONAL DE SEGUROS S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS GENERALES (en adelante NACIONAL DE SEGUROS), respecto de los siguientes actos administrativos; (i) Resolución No. 192 del 4 de mayo de 2016², "Por medio de la cual se declara el incumplimiento del contrato de obra No. 112 de 2011, se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria y se tomas otras determinaciones", (ii) Resolución No. 206 del 5 de mayo de 2016³, mediante la cual se resuelven los recursos de reposición contra la anterior decisión, (iii) Resolución No. 386 del 20 de septiembre de 2017⁴, "Por medio de la cual se liquida unilateralmente el contrato de obra No. 112 de 2011...", (iv) Resolución No. 494 del 11 de diciembre de 2017⁵, a través de la cual se resuelven los recursos de reposición contra la anterior decisión, (v) Resolución No. 027 del 23 de enero de 2018⁶ "Por medio de la cual se declara la ocurrencia de los siniestros de estabilidad y calidad de la obra y buen manejo y correcta inversión del anticipo con ocasión de la ejecución del contrato de obra No. 112 de 2011", y (vi) Resolución No. 030 del 24 de enero 2018⁷, mediante la cual se resuelven los recursos de reposición contra la anterior decisión.

II. ANTECEDENTES

La aseguradora NACIONAL DE SEGUROS, mediante apoderado judicial, presentó demanda en ejercicio del medio de control de Controversias Contractuales, contra la EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DEL META EDESA S.A. E.S.P. (en adelante EDESA), con el fin de que se declare la nulidad de los actos administrativos contenidos en

¹ Folios 238-250 C-2

² Folios 71-80 C-1

³ Folios 81-86 C-1

⁴ Folios 87-177 C-1

⁵ Folios 178-196 C-1

⁶ Folios 197-218 C-1

⁷ Folios 219-231 C-1

las Resoluciones Nos. 192 de 2016, 206 de 2016, 386 de 2017, 494 de 2017, 027 de 2018 y 030 de 2018, expedidos por la mencionada entidad, y por consiguiente, se condene al reintegro de la suma pagada por haber hecho efectiva la póliza de cumplimiento que amparaba el contrato No. 112 de 2011, celebrado entre la UNIÓN TEMPORAL BOCATOMA y la aquí demandada.

En escrito separado, visible a folios 238 a 250, NACIONAL DE SEGUROS solicita como medida cautelar la suspensión provisional de los actos demandados.

La demanda se admitió en auto del 28 de agosto de 2018 (fls. 267-269), y mediante proveído del mismo día (fl. 270) se dispuso dar trámite a la solicitud de medida cautelar presentada, ordenando correr el traslado de que trata el artículo 233 del C.P.A.C.A.

2. Medida cautelar solicitada

Refirió en síntesis el interesado que la entidad demandada desconoció normas legales y constitucionales al proferir los actos administrativos demandados, pues se desconoció el debido proceso y las disposiciones que rigen el contrato No. 112 de 2011, suscrito entre EDESA y la UNIÓN TEMPORAL BOCATOMA.

Sostiene que las entidades que prestan servicios públicos, en materia de contratación cuentan con un régimen especial, razón por la cual los actos que realice la EDESA son del resorte del derecho privado, tal y como lo prevén los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994, aunado a que dichas entidades no pueden atribuirse facultades que no hayan sido establecidas en la ley.

Indicó que EDESA expidió las Resoluciones enjuiciadas sin tener competencia para ello, ya que las competencias de los funcionarios provienen de la ley y no del contrato, al igual, que cuando de imponer sanciones contractuales se trate, la ley define la conducta infractora, la sanción y la autoridad competente para tomar la decisión, pues el contrato no es fuente de dichas competencias.

Afirmó que EDESA no tiene facultad para pactar ni la cláusula penal, ni las multas, pues este atributo corresponde al juez del contrato, ya que el contrato No. 112 de 2011 se rige por el derecho privado, lo que conlleva a que la entidad se encuentre en igualdad de condiciones con el contratista, razón por la cual aunque tales cláusulas se hubiesen estipulado no resultan eficaces en el presente asunto, por no provenir de la ley sino del contrato.

Manifestó que la actuación administrativa de los funcionarios de EDESA está revestida de ilegalidad, en primer lugar, porque no se motivó dicha actuación, sumado al hecho de que las empresas de servicios públicos no tienen facultades para ser juez y parte en los contratos de carácter privado.

Concluyó que cuando una entidad estatal como EDESA quiera imponer una multa o hacer efectiva una cláusula penal, debe acudir ante el juez del contrato, quien previa declaratoria de responsabilidad por incumplimiento, ordenará reconocer y pagar los perjuicios del caso.

Medio de control:
Expediente:
Auto:
EAMC

Nulidad y Restablecimiento del Derecho
50001 23 33 000 2018 00195 00
Resuelve Suspensión Provisional

Por lo anterior, expresó que dada la firmeza de las resoluciones demandadas, a NACIONAL DE SEGUROS se le está causando un grave perjuicio irremediable, ya que le corresponde pagar una sanción, la cual se impuso sin las facultades para ello, y además, sin observar que existe una cláusula compromisoria en el contrato No. 112 de 2011.

Finalmente, agregó que EDESA inició el cobro ejecutivo, por lo que en el Tribunal Administrativo del Meta se adelanta el proceso ejecutivo singular No. 500012333000 2018 00069 00, Magistrada Ponente: TERESA.HERRERA ANDRADE, en el cual se solicita librar mandamiento de pago contra la NACIONAL DE SEGUROS por la suma de \$18.404.802.594,70, con solicitud de medidas cautelares, lo que implica un perjuicio inminente.

3. Traslado de la solicitud de la medida

De conformidad con lo establecido en el artículo 233 del CPACA, se corrió traslado de la medida cautelar solicitada, oportunidad que al parecer intentó aprovechar EDESA, pues obran memoriales que contienen un poder y la contestación a la solicitud de suspensión provisional, (fls. 280-318), sin embargo, en lo que se refiere al cumplimiento de los requisitos del poder otorgado, encuentra el Despacho que no se aportó el documento que acredita la calidad del otorgante ORLANDO GUZMÁN VIRGUEZ, quien manifiesta obrar como representante legal dicha entidad, toda vez que no obra en el expediente el certificado de existencia y representación legal de la empresa, razón por la que no se le reconocerá personería al abogado CARLOS ALBERTO CHAVARRO MARTÍNEZ, hasta tanto no allegue el documento extrañado, en consecuencia, el escrito de contestación a la solicitud de suspensión profesional se tendrá por no presentado.

II. CONSIDERACIONES

1. Cuestión Previa - Jurisdicción

En el escrito mediante el cual NACIONAL DE SEGUROS solicitó la medida cautelar de suspensión provisional de los actos administrativos demandados, hizo referencia a la existencia de una cláusula compromisoria en el contrato No. 112 de 2011, ante lo cual se da a entender que el presente asunto debe ser dirimido mediante un mecanismo alternativo de solución de conflictos, como por ejemplo el arbitraje.

Ante ello se hace necesario abordar la cuestión planteada por la parte demandante previo a resolver la solicitud de medida cautelar, en virtud que de tener asidero la misma, generaría una falta de jurisdicción que a su vez constituiría una nulidad insaneable (C.G.P. artículos 16 y 138) ante la irrenunciabilidad tácita de la cláusula compromisoria, como lo dispuso en sentencia de unificación el Consejo de Estado⁸ al decir:

“... Pues bien, así como las partes deciden, de común acuerdo, someter sus diferencias al conocimiento de la justicia arbitral, empleando para ello la celebración de un pacto cuyas principales características son que sea expreso y solemne, de la misma manera,

⁸ Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sala Plena. Sentencia del 18 de abril de 2013. Rad. 85001-23-31-000-1998-00135-01(17859). CP. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

aquellas deben observar de consuno tales condiciones (forma expresa y solmene) si su voluntad es deshacerlo o dejarlo sin efectos, de suerte que, si optan libremente por la justicia arbitral y no proceden como acaba de indicarse para cambiar lo previamente convenido, no tienen la posibilidad de escoger entre acudir a ésta o a los jueces institucionales del Estado, teniendo en cuenta que su voluntad inequívoca fue someterse a la decisión de árbitros.

Esta tesis, que ahora acoge la Sala, no significa que el pacto arbitral celebrado entre las partes de un contrato estatal sea inmodificable o inderogable. Lo que comporta es que, para modificarlo o dejarlo sin efecto, aquellas deben observar y respetar las mismas exigencias que las normas legales establecen con miras a la formación del correspondiente pacto arbitral, de tal suerte que, para ello, haya también un acuerdo expreso y escrito, lo cual excluye, por ende, la posibilidad de que el pacto arbitral pueda ser válidamente modificado o dejado sin efecto de manera tácita o por inferencia que haga el juez institucional, a partir del mero comportamiento procesal de las partes. Al respecto, es de recordar que "en derecho las cosas se deshacen como se hacen..."

Se tiene entonces que la demandante NACIONAL DE SEGUROS se limitó a señalar la existencia de una cláusula compromisoria contenida en el contrato obra No. 112 de 2011, pero sin aportar copia del mismo, sin embargo, éste fue allegado con la contestación de la demanda por parte de EDESA, donde se puede constatar dicha afirmación, dado que en la cláusula vigésima tercera se consagro que *"De conformidad con el artículo 68 de la Ley 80 de 1993, EDESA S.A. E.S.P. y el CONTRATISTA, buscarán solucionar en forma ágil y directa las discrepancias que surjan con ocasión a este contrato. Para el efecto, se acudirá al empleo de los mecanismos de solución de controversias previstos en la Ley 80 de 1993 y a la conciliación, amigable composición y transacción."*⁹

Así las cosas, tenemos que del mismo contrato No. 112 de 2011 se desprende que fue suscrito por EDESA y la UNIÓN TEMPORAL BOCATOMA, es decir, NACIONAL DE SEGUROS no participó en dicho convenio y por lo tanto no puede trasladársele los efectos u obligaciones de dicha relación contractual, pues frente a la misma resulta ser un tercero ajeno; en este sentido el Consejo de Estado he tenido la oportunidad de pronunciarse y ha sentado la siguiente posición:

"La cláusula compromisoria, como es bien sabido, es una especie del género pacto arbitral, consistente en que las partes que celebran un contrato, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, disponen que los eventuales litigios que se presenten en el desarrollo de ese contrato serán conocidos por particulares investidos de jurisdicción.

Esto hace que la cláusula compromisoria tenga una fuerza vinculante restringida a las partes que la suscriben, pues no podrían éstas obligar a terceros, que eventualmente acreditaran un interés para demandar el contrato, a constituir un tribunal de arbitramento para el efecto...

Obsérvese que en el momento en que se celebró el presente contrato, regía el código de procedimiento civil y con base en dicha codificación tenían condición de terceros el

⁹ Ver cuaderno ANEXO No. 1-13 folios 16 y 17

llamado en garantía y el tercero excluyente; pues estos ahora con las disposiciones del Código General del Proceso tienen la categoría de partes.

Es claro que las normas aplicables al sub judice son las de la época de suscripción del contrato celebrado entre Electranta y Termorío, es decir el código de procedimiento civil. En este orden de ideas Sala precisa que el hecho que se permita la intervención de terceros en el proceso arbitral, supone la existencia de dicho procedimiento en el cual podrían intervenir los terceros; pero de ninguna manera significa que personas ajenas al contrato puedan utilizar la cláusula arbitral para conformar el tribunal de arbitramento, pues esta facultad solo la tienen las partes que han celebrado el contrato que contiene la cláusula compromisoria".¹⁰

Por tanto, como no puede oponerse a la aseguradora los efectos de la supuesta cláusula compromisoria, pues son propios de la relación contractual surgida entre EDESA y el contratista - UNIÓN TEMPORAL BOCATOMA, en la cual aquella no tuvo participación alguna, la Jurisdicción que debe resolver las controversias derivadas de los actos que declararon el siniestro de las garantías únicas de cumplimiento es la Contencioso Administrativa, pues la utilización de mecanismos de solución directa de las controversias contractuales, únicamente se extenderán a las diferencias surgidas del contrato No. 112 de 2011 y no al contrato de seguro que se suscribió para asegurar su cumplimiento.

Del mismo modo, resulta pertinente aclarar que en el contrato No. 112 de 2011, no fue pactada una cláusula compromisoria propiamente dicha, toda vez que en la trascrita cláusula vigésima tercera no fue estipulado que las diferencias contractuales serian dirimidas por determinado tribunal de arbitramento, ni cómo estaría conformado dicho tribunal y tampoco que formulas se implementarían en la solución del conflicto, en cambio, lo que allí se consagró fue la posibilidad de solucionar las discrepancias a través mecanismos alternativos de solución de conflictos como son la conciliación, la amigable composición y la transacción.

2. Competencia

Le asiste competencia a esta corporación para resolver sobre la solicitud de medida cautelar, observando lo previsto en el Título XI de la Ley 1437 de 2011, destinado a las medidas cautelares, particularmente en los artículos 229, 230, 233 y 234 que atribuyen el trámite al Juez o Magistrado Ponente.

3. De las medidas cautelares

Las medidas cautelares dentro del proceso contencioso administrativo se encuentran previstas y reguladas en los artículos 229 y siguientes del C.P.A.C.A., y se constituyen en un instrumento de la garantía efectiva y material de acceso a la administración de justicia que busca evitar que la duración del proceso afecte a quien acude a la Jurisdicción en procura de solucionar una determinada controversia¹¹.

¹⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 01 de abril de 2016. Rad. 08001-23-31-000-1998-01406-02-(34050). CP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

¹¹ Consejo de Estado. Sección Tercera. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Expediente No. 2015-00022, providencia de 13 de mayo de 2015.

Una de tales medidas cautelares es la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, que se reconoce como una excepción a la presunción de legalidad que ampara las decisiones de la administración, en los eventos de infringir las normas superiores en que deben fundarse. En efecto, la suspensión provisional, es una medida cautelar en virtud de la cual, pueden suspenderse transitoriamente los efectos de un acto administrativo.

Dicha medida cautelar encuentra soporte constitucional en el artículo 238, que establece:

"La jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial".

Frente a los requisitos para que proceda la suspensión del acto administrativo acusado, el artículo 231 de del C.P.A.C.A., establece:

"Artículo 231. Requisitos para decretar las medidas cautelares. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos.

En los demás casos, las medidas cautelares serán procedentes cuando concurren los siguientes requisitos:

- 1, Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho.*
- 2. Que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados.*
- 3. Que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla.*
- 4. Que, adicionalmente, se cumpla una de las siguientes condiciones:*
 - a) Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o*
 - b) Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios". (Destacado por el Despacho).*

En tal sentido, la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la respectiva solicitud, **"cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las**

Medio de control:
Expediente:
Auto:
EAMC

Nulidad y Restablecimiento del Derecho
50001 23 33 000 2018 00195 00
Resuelve Suspensión Provisional

normas superiores invocadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud", encuentra su fundamento en la necesidad de proteger provisionalmente la legalidad, hasta tanto se profiera una decisión definitiva.

Respecto a los criterios que han de ser tenidos en cuenta al momento de estudiar una solicitud de medida cautelar, la Sala Plena del Consejo de Estado en providencia de 17 de marzo de 2015¹², señaló:

*"(...) La doctrina también se ha ocupado de estudiar, en general, los criterios que deben tenerse en cuenta para el decreto de medidas cautelares, los cuales se sintetizan en el **fumus boni iuris y periculum in mora**. El primero, o apariencia de buen derecho, se configura cuando el juez encuentra, luego de una apreciación provisional con base en un conocimiento sumario y juicios de verosimilitud o probabilidad, la posible existencia de un derecho. El segundo, o perjuicio de la mora, exige la comprobación de un daño ante el transcurso del tiempo y la no satisfacción de un derecho.*

(...)

*"Para el estudio de la procedencia de esta cautela se requiere una **valoración del acto acusado** que comúnmente se ha llamado **valoración inicial**, y que implica **una confrontación de legalidad de aquél con las normas superiores invocadas, o con las pruebas allegadas junto a la solicitud**. Este análisis inicial permite abordar el objeto del proceso, la discusión de ilegalidad en la que se enfoca la demanda, pero con base en una **aprehensión sumaria, propia de una instancia en la que las partes aún no han ejercido a plenitud su derecho a la defensa**. Y esa valoración inicial o preliminar, como bien lo contempla el inciso 2° del artículo 229 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, **no constituye prejuzgamiento**, y es evidente que así lo sea, dado que su resolución parte de un conocimiento sumario y de un estudio que, si bien permite efectuar interpretaciones normativas o valoraciones iniciales, no sujeta la decisión final (...)"*
(Destacado por el Despacho).

Lo anterior significa que el director del proceso debe realizar un análisis inicial de su legalidad para determinar si se ajusta a las normas superiores invocadas como violadas.

Así mismo, en Consejo de Estado en sentencia de 15 de febrero de 2018¹³, se pronunció sobre la procedencia de la suspensión provisional de la siguiente manera:

"(...) El Consejo de Estado ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la manera como la Ley 1437 de 2011 introdujo una reforma sustancial al regular la institución de la suspensión provisional, precisando la Corporación, que en vigencia del Decreto Ley 01 de 1984 esta cautela sólo procedía cuando se evidenciase una «manifiesta infracción» de normas superiores por parte de la disposición enjuiciada, mientras que bajo el marco regulatorio de la citada Ley 1437 de 2011, la exigencia de verificar la existencia de una infracción normativa como requisito estructurante de la suspensión provisional, al no haber sido calificada por el legislador como tal, no requiere ser

¹² Consejera Ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Expediente núm. 2014-03799.

¹³ Sentencia de 15/02/2018. MP. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ. Rad. 11001-03-25-000-2015-00366-00

manifiesta, es decir, evidente, ostensible, notoria, palmar, a simple vista o prima facie . (..), si bien la regulación de la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo, prevista en la Ley 1437 de 2011, le confiere al juez un margen de estudio más amplio del que preveía la legislación anterior sobre la materia, no puede perderse de vista que la contradicción y el análisis entre las normas invocadas y el acto administrativo exige, entonces, que luego de un estudio de legalidad inicial, juicioso y serio, se pueda arribar a la conclusión de que el acto contradice la norma superior invocada, exigiendo, se insiste, la rigurosidad del Juez en su estudio, con fundamento en el análisis del acto o las pruebas allegadas con la solicitud (...)".

Frente a lo anterior, se tiene que bajo el régimen de la Ley 1437 de 2011, el juez al momento estudiar la solicitud de suspensión provisional de un acto administrativo debe hacer un estudio más riguroso; por consiguiente, el juez no puede perder de vista que el análisis de legalidad de este último exige, en efecto, que con fundamento en las pruebas allegadas con dicha solicitud, se pueda arribar a la conclusión de que el acto demandado contradice el ordenamiento jurídico.

4. Caso concreto

Se tiene que los presupuestos de viabilidad de la medida cautelar pretendida se traducen en: *i) La violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud si se presenta en escrito separado y que la misma surja de la confrontación entre el acto administrativo y las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud, ii) Que se verifique en forma sumaria la existencia de un derecho y iii) La comprobación de un daño ante el transcurso del tiempo y la no satisfacción de un derecho.*

A partir de los argumentos esbozados por la parte demandante, en escrito separado a la demanda, se constata que la inconformidad con las decisiones contenidas en (i) la Resolución No. 192 del 4 de mayo de 2016¹⁴, *"Por medio de la cual se declara el incumplimiento del contrato de obra No. 112 de 2011, se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria y se toman otras determinaciones"*, (ii) Resolución No. 206 del 5 de mayo de 2016¹⁵, mediante la cual se resuelven los recursos de reposición contra la anterior decisión, (iii) Resolución No. 386 del 20 de septiembre de 2017¹⁶, *"Por medio de la cual se liquida unilateralmente el contrato de obra No. 112 de 2011..."*, (iv) Resolución No. 494 del 11 de diciembre de 2017¹⁷, a través de la cual se resuelven los recursos de reposición contra la anterior decisión, (v) Resolución No. 027 del 23 de enero de 2018¹⁸ *"Por medio de la cual se declara la ocurrencia de los siniestros de estabilidad y calidad de la obra y buen manejo y correcta inversión del anticipo con ocasión de la ejecución del contrato de obra No. 112 de 2011"*, y (vi) Resolución No. 030 del 24 de enero 2018¹⁹, mediante la cual se resuelven los recursos de reposición contra la anterior decisión, se concreta principalmente en el hecho de haberse adoptado las medidas sin tener competencia para ello, en razón a que las empresas que prestan servicios públicos, como la

¹⁴ Folios 71-80 C-1

¹⁵ Folios 81-86 C-1

¹⁶ Folios 87-177 C-1

¹⁷ Folios 178-196 C-1

¹⁸ Folios 197-218 C-1

¹⁹ Folios 219-231 C-1

Medio de control:

Expediente:

Auto:

EAMC

Nulidad y Restablecimiento del Derecho

50001 23 33 000 2018 00195 00

Resuelve Suspensión Provisional

aquí demandada, en materia de contratación tienen un régimen especial, por lo que los contratos que celebren se rigen exclusivamente por las reglas del derecho privado, de conformidad con lo previsto en los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994.

Con base en los extremos identificados pasará el Despacho a verificar si se cumplen los requisitos para decretar la suspensión de los actos acusados.

Como se dijo, los actos administrativos cuya suspensión se solicita, son las Resoluciones Nos. 192 de 2016, 206 de 2016, 386 de 2017, 494 de 2017, 027 de 2018 y 030 de 2018, expedidas por el Gerente de EDESA, de cuyo contenido se extrae que este obró *"en uso de sus facultades estatutarias, y en cumplimiento de las atribuciones legales conferidas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, artículo 86 de la Ley 1474 de 2011..."*.

Ahora, las normas que se consideran infringidas son las contenidas en la Ley 142 de 1994 *"por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones"*, artículos 31 y 32, que son del siguiente tenor:

"ARTÍCULO 31. RÉGIMEN DE LA CONTRATACIÓN. Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa.

Las Comisiones de Regulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y podrán facultar, previa consulta expresa por parte de las empresas de servicios públicos domiciliarios, que se incluyan en los demás. Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos y contratos en los que se utilicen esas cláusulas y/o se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa. Las Comisiones de Regulación contarán con quince (15) días para responder las solicitudes elevadas por las empresas de servicios públicos domiciliarios sobre la inclusión de las cláusulas excepcionales en los respectivos contratos, transcurrido este término operará el silencio administrativo positivo.

PARÁGRAFO. Los contratos que celebren los entes territoriales con las empresas de servicios públicos con el objeto de que estas últimas asuman la prestación de uno o de varios servicios públicos domiciliarios, o para que sustituyan en la prestación a otra que entre en causal de disolución o liquidación, se regirán para todos sus efectos por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en todo caso la selección siempre deberá realizarse previa licitación pública, de conformidad con la Ley 80 de 1993.

ARTÍCULO 32. RÉGIMEN DE DERECHO PRIVADO PARA LOS ACTOS DE LAS EMPRESAS. Salvo en cuanto la Constitución Política o esta Ley dispongan expresamente lo contrario, la constitución, y los actos de todas las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, en lo no dispuesto en esta Ley, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado.

La regla precedente se aplicará, inclusive, a las sociedades en las que las entidades públicas sean parte, sin atender al porcentaje que sus apórtes representen dentro del capital social, ni a la naturaleza del acto o del derecho que se ejerce.

Jurisprudencia Vigencia<Aparte entre paréntesis cuadrados [...] suprimido mediante FE DE ERRATAS. El texto corregido es el siguiente:> Se entiende que la autorización para que una entidad pública haga parte de una empresa de servicios públicos organizada como sociedad por acciones, faculta a su representante legal, de acuerdo con los estatutos de la entidad, para realizar respecto de la sociedad, las acciones y los derechos inherentes a ellas [y] todos los actos que la ley y los estatutos permiten a los socios particulares."

En el caso *sub examine*, visto el contenido de la solicitud de medida cautelar de suspensión provisional formulada y una vez confrontadas Resoluciones atacadas con las normas que se invocan como fundamento de dicha petición, para el Despacho no resulta jurídicamente posible acceder a la solicitud de medida cautelar de suspensión provisional, por las razones que proceden a indicarse.

Desarrollando la confrontación de los actos demandados y las normas que se aducen como vulneradas, no puede concluirse, en esta etapa procesal con los límites que la misma impone, la trasgresión de las normas invocadas. En efecto, la parte demandante cita como violados los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994 que establecen que el régimen de contratación de las entidades estatales que prestan servicios públicos no está sujeto a la Ley 80 de 1993, y por tanto, sólo las Comisiones de Regulación podrán hacer obligatoria y en algunos supuestos facultar, la inclusión de las cláusulas exorbitantes, dentro de las que se encuentran la liquidación unilateral. De esta manera, la sola confrontación de los actos no otorga la convicción de que tales disposiciones se encuentran vulneradas, puesto que a *contrario sensu*, la legislación citada permite bajo ciertos supuestos la inclusión de cláusulas de esta naturaleza.

A igual conclusión se arriba cuando se analiza el Decreto No. 3200 de 2008 "*Por el cual se dictan normas sobre Planes Departamentales para el Manejo Empresarial de los Servicios de Agua y Saneamiento...*", proferido por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, puesto que dicha norma permite, bajo algunos circunstancias, la celebración de contratos de obras por las empresas de servicios públicos de agua potable y saneamiento básico, así:

"ARTÍCULO 7.- CONTRATACIÓN. Los procesos de contratación que se adelanten en desarrollo de un PDA FASE II con cargo a los recursos de los actores del PDA podrán ser adelantados por el Gestor del PDA o el(los) operador(es) de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y/o alcantarillado y/o aseo que preste(n) en el municipio o grupo de municipios beneficiarios del proyecto; lo anterior observando lo previsto en el contrato de fiducia mercantil y las normas que resulten aplicables.

(...)

PARÁGRAFO.- El Comité Directivo de que trata el artículo 9 determinará en qué eventos(s) el (los) operador (es) de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y/o

Medio de control:
Expediente:
Auto:
EAMC

Nulidad y Restablecimiento del Derecho
50001 23 33 000 2018 00195 00
Resuelve Suspensión Provisional

alcantarillado y/o aseo que preste(n) en el municipio o grupo de municipios beneficiarios del proyecto podrá adelantar el respectivo proceso de contratación. En los eventos en que dicho(s) operador(es) tengan una vinculación contractual, se realizarán los ajustes en metas e indicadores a que haya lugar.

Artículo 12.- GESTOR DEL PDA. Es el encargado de la gestión, implementación y seguimiento a la ejecución del PDA y podrá ser: i) Una empresa de servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo del orden departamental, siempre que sus estatutos permitan la vinculación como socios de los municipios y/o distritos del Departamento que lo soliciten; o ii) El Departamento.

Son funciones del Gestor:

(...)

15. Adelantar procesos de contratación con cargo a los recursos del PDA FASE 11, de acuerdo con lo previsto en el artículo 7 del presente decreto, el Plan Anual Estratégico y de Inversiones y los lineamientos y parámetros generales de contratación aprobados por el Comité Directivo, velando por la pluralidad de oferentes y la publicidad de dichos procesos.

En concordancia con lo anterior, el Decreto 4548 de 2009 "Por el cual se da aplicación al artículo 14 de la Ley 1150 de 2007, en relación con los gestores de los Planes Departamentales para el Manejo Empresarial de los Servicios de Agua y Saneamiento de que trata el artículo 91 de la Ley 1151 de 2007" proferido por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, dispone:

"ARTÍCULO 1. Los procesos de contratación que se adelanten por el Gestor, en cumplimiento de las funciones asignadas por el artículo 12 del Decreto 3200 de 2008, se rigen por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en desarrollo de lo previsto en el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007. Lo anterior, sin perjuicio del cumplimiento de las demás disposiciones previstas en el mencionado Decreto."

Así mismo, analizado el contrato No. 112 de 2011, aportado con la contestación de la demanda²⁰, claramente se puede constatar que EDESA suscribió el contrato en calidad de Gestor del Plan Departamental de Aguas del Meta, designada como tal mediante el Decreto No. 0329 de 2008, expedido por la Gobernación del Departamento del Meta, razón por la cual todo el proceso precontractual y contractual se realizó teniendo en cuenta como marco de referencia la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2009 y sus Decretos reglamentarios, es decir, el régimen de la contratación pública.

Bajo tales consideraciones, de la sola confrontación de las normas invocadas y de los actos acusados no se puede arribar a la convicción de su violación que haga procedente la medida cautelar solicitada, pues deberán efectuarse interpretaciones y consideraciones adicionales, como un análisis respecto de si el Contrato N° 112 de 2011 se encontraba dentro de los supuestos de aplicación del Decreto 3200 de 2008, las cuales en esta etapa

²⁰ Ver cuaderno ANEXO No. 1-13

procesal no se encuentran permitidas. Además, ninguna prueba fue allegada con la solicitud, de manera que en este momento procesal no puede derivarse, sin interpretaciones propias de la sentencia, la procedencia de la medida cautelar solicitada.

De otra parte, NACIONAL DE SEGUROS manifestó que los actos administrativos demandados se deben suspender provisionalmente debido al perjuicio irremediable que le causarían, ya que con su firmeza se vería en la obligación de asumir el pago de las sanciones que de allí se derivan, aunado al hecho de que EDESA inició el cobro ejecutivo ante el Tribunal Administrativo del Meta donde se adelanta el proceso No. 500012333000 2018 00069 00, Magistrada Ponente: TERESA HERRERA ANDRADE, en el cual se solicita librar mandamiento de pago contra la NACIONAL DE SEGUROS por la suma de \$18.404.802.594,70, con solicitud de medidas cautelares, lo que implica un perjuicio inminente.

Frente a este último argumento, el Despacho tampoco observa la procedencia de la declaratoria de la medida cautelar de suspensión provisional, pues no se configura la existencia de un perjuicio irremediable, debido a que quien manifiesta encontrarse frente al perjuicio en caso de corresponderle pagar la suma derivada de la imposición de multas o sanciones aquí en discusión, es nada menos que una compañía de seguros cuya actividad económica consiste precisamente en producir el servicio de seguridad, cubriendo los riesgos económicos a sus asegurados, aunado a que estas compañías que se encuentran en operación deben acreditar el cumplimiento del capital requerido por las normas de solvencia, conforme lo exige el Decreto 663 de 1993 "Estatuto Orgánico del Sistema Financiero" y demás normas concordantes sobre esta materia.

Por lo anterior, encuentra el Despacho que la solicitud presentada por la entidad demandante amerita que se continúe con el trámite del proceso y la Corporación al pronunciarse de fondo dirima lo aquí pedido. En consecuencia, se negará la medida cautelar consistente en la suspensión provisional de los actos demandados, solicitada por NACIONAL DE SEGUROS.

De otro lado, se observa que a folio 280 del expediente obra un memorial confiriendo poder y solicitando el reconocimiento de personería jurídica para actuar en el presente asunto, sin embargo, no se aportó el documento que acredita la calidad del otorgante ORLANDO GUZMÁN VIRGUEZ, quien manifiesta obrar como Gerente y representante legal de EDESA, toda vez que no obra en el expediente el certificado de existencia y representación legal que así lo soporta; por lo que no se le reconocerá personería al abogado CARLOS ALBERTO CHAVARRO MARTÍNEZ, hasta tanto allegue el documento extrañado.

Finalmente, en vista de que NACIONAL DE SEGUROS S.A. confirió poder, en debida forma, al abogado RICARDO VÉLEZ OCHOA, habrá de reconocérsele personería para actuar en los términos y con las facultades a él conferidas (fols. 329-336).

En mérito de lo expuesto, este Despacho del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL META:

Medio de control:
Expediente:
Auto:
EAMC

Nulidad y Restablecimiento del Derecho
50001 23 33 000 2018 00195 00
Resuelve Suspensión Provisional

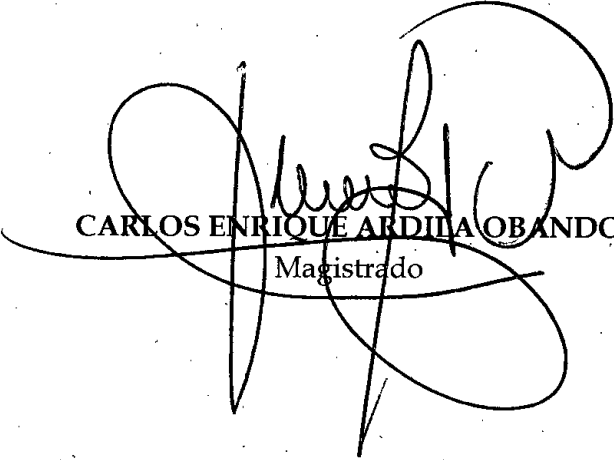
RESUELVE

PRIMERO.- NEGAR LA SOLICITUD DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL de los efectos de las Resoluciones Nos. 192 de 2016, 206 de 2016, 386 de 2017, 494 de 2017, 027 de 2018 y 030 de 2018, proferidas por EDESA, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: NO RECONOCER personería al abogado CARLOS ALBERTO CHAVARRO MARTÍNEZ, hasta tanto allegue el documento que acredita la calidad del otorgante ORLANDO GUZMÁN VIRGUEZ, quien manifiesta obrar como Gerente y representante legal de EDESA, esto es el certificado de existencia y representación legal de la empresa.

TERCERO: RECONOCER personería al abogado RICARDO VÉLEZ OCHOA portador de la TP. 67.706 del C.S. de la J. para representar a la parte demandante en los términos del poder conferido (fl. 329).

CUARTO: En firme la presente decisión, y vencidos los términos pertinentes, ingrésese nuevamente al Despacho a fin de continuar con el trámite del presente asunto.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS ENRIQUE ARDILA OBANDO
Magistrado