

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL META
Magistrado: CARLOS ENRIQUE ARDILA OBANDO

Villavicencio, tres (03) de septiembre de dos mil diecinueve (2019)

REFERENCIA:	CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
DEMANDANTE:	NACIONAL DE SEGUROS S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS GENERALES
DEMANDADO:	EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DEL META - EDESA S.A. E.S.P.
RADICACIÓN:	50001-23-33-000-2018-00195-00

I. AUTO

Procede el Despacho a resolver los recursos de reposición interpuestos por los apoderados de NACIONAL DE SEGUROS S.A.¹ y EDESA² contra el auto del 26 de marzo de 2019³, por medio del cual se negó la solicitud de medida cautelar de suspensión provisional de los actos administrativos demandados en el presente asunto.

II. RECURSOS DE REPOSICIÓN

1. Nacional de Seguros S.A.

Dentro de la oportunidad legal, el apoderado de NACIONAL DE SEGUROS S.A. interpuso recurso de reposición contra el auto referido solicitando su revocatoria, y en su lugar se acceda a la suspensión provisional de los siguientes actos administrativos: (i) Resolución No. 192 del 4 de mayo de 2016⁴, "*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 2016⁵, mediante la cual se resuelven los recursos de reposición contra la anterior decisión, (iii) Resolución No. 386 del 20 de septiembre de 2017⁶, "*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 2017⁷, a través de la cual se resuelven los recursos de reposición contra

¹ Folios 632-652 del cuaderno No. 3.

² Folios 653-662 ibídem.

³ Folios 624-630 ibíd.

⁴ Folios 71-80 del cuaderno No. 1.

⁵ Folios 81-86 ibídem.

⁶ Folios 87-177 ibíd.

⁷ Folios 178-196 ibíd.

Referencia: Medio de control de controversias contractuales.

Radicación: 50001-23-33-000-2018-00195-00

Auto: Resuelve recurso de reposición.

la anterior decisión, (v) Resolución No. 027 del 23 de enero de 2018⁸ "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 2018⁹, mediante la cual se resuelven los recursos de reposición contra la anterior decisión.

Reitera lo manifestado en el escrito de solicitud de la medida cautelar de suspensión provisional, refiriendo que la entidad demandada actuó sin competencia al expedir los actos administrativos acusados, pues, según su apreciación, así los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994 permitan la inclusión de cláusulas exorbitantes en los contratos celebrados por empresas de servicios públicos domiciliarios, en el presente asunto no están dados las condiciones para tal efecto ya que no existe la autorización de la Comisión de Regulación, y que los Decretos 3200 de 2008 y 4548 de 2009, no cuentan con la idoneidad jurídica necesaria para otorgar el ejercicio de una competencia.

Señala que según lo dispuesto en el artículo 1 de la Resolución CRA No. 293 de 2004, expedida por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, las únicas potestades exorbitantes que deben pactar en sus contratos las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios son las que se refiere el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, es decir, las de terminación, interpretación y modificación unilateral, sometimiento a las leyes nacionales, caducidad y cláusula de revisión, entendiéndose que no están allí previstas la potestad exorbitante de imposición de multas, declaratoria de incumplimiento, liquidación unilateral del contrato y declaración de un siniestro.

Argumenta que para entender incluidas en el contrato de obra No. 112 de 2011 las potestades exorbitantes de imposición de multas, declaratoria de incumplimiento, liquidación unilateral del contrato y declaración de un siniestro, la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento así lo debió autorizar y ordenar, por lo que no puede EDESA atribuirse dichas potestades de forma arbitraria, de manera que toda la actuación que desarrolló valiéndose de tales potestades será nula por falta de competencia.

Sostiene que EDESA se atribuye competencias que legalmente no se prevén, pero que ésta al argumentar que actuó en calidad de Gestor del Plan Departamental de Aguas PDA Meta, y en razón a los recursos empleados para financiar el contrato No. 112 de 2011, debe dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto 4548 de 2008, el cual dispone que en tales condiciones los procesos de contratación 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.

Por lo anterior, asevera que es en virtud del artículo 14 de la Ley 1150 de 2017 de donde se configura la excepción de que las empresas de servicios públicos oficiales estén sometidas al derecho privado, pero que no puede pasar desapercibido que las empresas

⁸ Folios 197-218 *ibid.*

⁹ Folios 219-231 *ibid.*

Referencia: Medio de control de controversias contractuales.

Radicación: 50001-23-33-000-2018-00195-00

Auto: Resuelve recurso de reposición.

de servicios públicos están sometidas a los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política (artículo 13 Ley 80 de 1993).

Manifiesta que el artículo 1º del Decreto 4548 de 2008 se refiere exclusivamente a los procesos de contratación, lo cual quiere decir que se limita a la etapa precontractual que finaliza con la selección del contratista, y que en lo demás la contratación debe ajustarse a lo dispuesto en la Ley 142 de 1994 en lo que ella comporta y en atención al régimen de derecho privado que deben aplicar las Empresas de Servicios Públicos en sus actividades.

Afirma que, aun en caso de que los Decretos 3200 de 2008 y 4548 de 2009 condujeran a la aplicación completa del régimen de contratación pública, lo que considera erróneo, se debe concluir que dichas normas desconocen lo previsto en el artículo 4 de la Constitución Nacional, y que una norma de orden reglamentario no puede contrariar la Ley o la Constitución, razón por la cual el Tribunal puede recurrir a la excepción de inconstitucionalidad (art. 4 C.N.), y también, a la excepción de ilegalidad (art. 148 C.P.A.C.A).

Concluye que EDESA en su contratación se rige por el derecho privado y únicamente tendrá potestades exorbitantes cuando la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico se lo autorice, y dichas potestades sólo pueden ser las previstas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, esto en virtud del principio de legalidad consagrado constitucionalmente. Por otro lado, agregó que la existencia de un perjuicio irremediable no es requisito para decretar la suspensión provisional, pues a la luz del artículo 231 del CPACA, basta con demostrar sumariamente la existencia de perjuicios.

2. EDESA

Con posterioridad, y dentro de la oportunidad procesal señalada en la Ley, el apoderado de la Empresa de Servicios Públicos del Meta - EDESA, interpuso y sustentó recurso de reposición contra el auto la providencia del 26 de marzo de 2019, con el cual solicita la revocación del ordinal segundo de la parte resolutive y el numeral tres de la parte considerativa del auto, argumentando que incurre en error el Tribunal al imponer consecuencias jurídico-procesales a la accionada por presuntamente no aportarse los documentos de demuestran la existencia y representación legal de su representada, pues dando aplicación al principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, no debió preverse una consecuencia negativa en contra de la accionada, sino que debió permitírsele subsanar su error en aras de garantizar el derecho de defensa.

En este sentido, aduce que el no aportar el documento señalado no puede acarrear la consecuencia de tenerse por no contestada la solicitud de medida cautelar, por cuanto las normas procesales al efecto no previeron esta sanción, decisión inconsecuente con los documentos obrantes en el proceso, especialmente los que acompañan la demanda, pues

Referencia: Medio de control de controversias contractuales.

Radicación: 50001-23-33-000-2018-00195-00

Auto: Resuelve recurso de reposición.

entre ellos se halla el certificado en mención, y así mismo, a ellos se hace referencia en la providencia al considerar la petición de la suspensión provisional.

Finalmente, llama la atención del Despacho en lo que respecta a los deberes que tiene en relación a las partes, consistentes en garantizar la igualdad procesal tanto para el actor, como para el accionado, y anuncia que adjunta a su escrito los documentos extrañados en la providencia, no sin atender al recurso de reposición presentado por el accionante, solicitando al Despacho mantener en firme su postura negatoria.

3. Traslado del recurso

En cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 319 del Código General del Proceso, en concordancia con el 110 del mismo ordenamiento, aplicables al presente proceso por remisión expresa del artículo 242 de la Ley 1437 de 2011, se corrió traslado del recurso de reposición a las demás partes, según constancia secretarial visible a folio 663 del expediente.

Dentro del término de traslado, el apoderado de EDESA oportunamente se pronunció frente al recurso interpuesto por la parte demandante mediante memorial visto a folios 664 a 677, de cuyo contenido se sintetiza lo siguiente: para el apoderado del demandado es clara la improcedencia del decreto de solicitud de suspensión provisional de los actos arriba descritos y emanados por la entidad a la que representa judicialmente, pues su contraparte inicia realizando una interpretación fragmentaria de las normas que rigen el actuar de la EDESA en calidad de E.S.P.

Explica que mediante la Ley 1151 de 2007 se expidió el Plan Nacional de Desarrollo, en cuyo articulado se incluyó la estrategia de agua potable y saneamiento, política implementada con los recursos que para el efecto designó el Sistema General de Participaciones bajo la Ley 1176 de 2007, e indica que con esta normatividad se iniciaron los denominados Planes Departamentales para el Manejo Empresarial de los Servicios de Agua y Saneamiento -PDA, desarrollados mediante Decreto 3200 de 2008 por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.

Para explicarlo, cita el artículo 91 de la Ley 1151 de 2007, cuyo contenido relaciona el acceso y origen de los recursos con los que se implementarán los PDA, y a continuación, invoca el artículo 7º del Decreto 3200 de 2008, por el cual se dictan normas sobre los PDA, que refiere que los procesos de contratación que se adelanten en desarrollo de un PDA Fase II podrán ser adelantados por el Gestor del plan.

Expone que, dando aplicación al artículo 14 de la Ley 1150 de 2007, el Ministerio de Ambiente promulgó el Decreto 4548 de 2009, en cuyo artículo único se resuelve que los procesos de contratación adelantados por el gestor en su función asignada por el artículo 12 del Decreto 3200 de 2008 se someten a lo preceptuado en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública - Ley 80 de 1993.

Referencia: Medio de control de controversias contractuales.

Radicación: 50001-23-33-000-2018-00195-00

Auto: Resuelve recurso de reposición.

Así, puntualiza que las facultades ejercidas por EDESA están revestidas de legalidad en atención a que las actuaciones desarrolladas con los actos administrativos impugnados se llevaron a cabo en su condición de Gestor en el marco de las Leyes 1150 de 2007 y 80 de 1993, y decretos reglamentarias, y no en función de una actividad mercantil en competencia con particulares, lo que a su parecer constituye una excepción al régimen establecido en la Ley 140 de 1994.

Agrega que la declaratoria de los siniestros que ampara la póliza que respaldó el contrato de obra materializa el cumplimiento del artículo 4º, ordinales 1º y 2º de la Ley 80 de 1993, y adicionalmente cuestiona que ni el contratista ni el garante desvirtuaron los cargos formulados en los actos administrativos correspondientes, sin presentar prueba si quiera sumaria adjunta a los recursos que demostraran una inconsistencia en cifras que significara un rompimiento en el equilibrio económico alegado en el escrito.

Frente a la afectación de la póliza de buen manejo y correcta inversión, reprocha al demandante tal argumento por cuanto aquél conocía que en la etapa de liquidación contractual las partes establecen la contabilidad para determinar los saldos remanentes a favor de cada una, conociendo con ello el estado financiero del contrato previamente a la declaración de siniestro, a partir de la cual se inició el procedimiento sancionatorio que fue desaprovechado tanto por el contratista, como por su garante.

Así mismo, rechaza la alusión que hace al proceso ejecutivo que ahora se adelanta en esta Corporación, toda vez que aún no ha sido admitida la demanda, y sugiere que el conocimiento que el recurrente tiene acerca del proceso le ofrece la posibilidad de tomar medidas tendientes a hacer nugatorias las acciones de EDESA.

Finalmente, frente a la procedencia de la medida cautelar solicitada, aduce que de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado, se exige que exista una violación manifiesta de las normas superiores en las que se supone debe sustentarse, caso que no se presenta en el asunto de la referencia, por cuanto, apoyando la providencia del Despacho, reitera que del análisis de los actos demandados y su confrontación con las normas superiores invocadas, no se advierte una violación a la legalidad.

III. CONSIDERACIONES

1. Competencia

De conformidad con el artículo 242 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y del artículo 318 del Código General del Proceso, corresponde al Magistrado Ponente pronunciarse sobre el recurso de reposición interpuesto contra el auto que negó la solicitud de medida cautelar.

2. Problemas jurídicos

Referencia: Medio de control de controversias contractuales.

Radicación: 50001-23-33-000-2018-00195-00

Auto: Resuelve recurso de reposición.

Para decidir sobre el recurso interpuesto, corresponde al Despacho resolver los siguientes problemas jurídicos:

- i) Si procede el recurso de reposición contra el auto del 26 de marzo de 2019 que negó la solicitud de medida cautelar deprecada por la parte actora.
- ii) Si procede, en el caso concreto, la revocación de la decisión de negar la solicitud de medida cautelar para en su lugar decretar la suspensión provisional de los actos administrativos demandados.
- iii) Si procede, en el caso concreto, la revocación de la decisión con la que no se reconoció personería adjetiva para actuar al abogado que se presenta a nombre de EDESA, y en consecuencia, tener por contestada la solicitud de medida cautelar.

3. Procedencia del recurso.

Frente a la procedencia del recurso de reposición contra la decisión que niega el decreto de una medida cautelar, se tiene que el artículo 233 de la Ley 1437 de 2011 regula la procedencia y el trámite de las medidas cautelares.

Luego, el artículo 236 *ibídem*¹⁰ regula la procedencia de recursos en relación con la providencia que concede la medida, pero guarda silencio respecto de los recursos admisibles contra la decisión que la niega, motivo por el cual corresponde acudir a la regulación contenida en el artículo 242 *eiusdem*, precepto que consagra la procedencia del recurso de reposición, así:

«Artículo 242. Reposición. Salvo norma legal en contrario, el recurso de reposición procede contra los autos que no sean susceptibles de apelación o de súplica.

En cuanto a su oportunidad y trámite se aplicará lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil».

De lo expuesto se deduce que el recurso de reposición es procedente cuando i) no existe norma legal en contrario que lo prohíba y ii) la decisión no es susceptible de los recursos de apelación o de súplica; presupuestos que indudablemente concurren en relación con la providencia que niega una medida cautelar.

En conclusión, contra el auto del 26 de marzo de 2019 por medio del cual el despacho negó la práctica de la medida cautelar solicitada consistente en el decreto de la suspensión provisional de los actos administrativos demandados y reconocer personería jurídica al abogado sustituto de la demandada, procede el recurso de reposición y, por ende, se analizará de fondo, previa comprobación del cumplimiento de los requisitos exigidos para su procedencia.

¹⁰ «Artículo 236. Recursos. El auto que decrete una medida cautelar será susceptible del recurso de apelación o del de súplica, según el caso. Los recursos se concederán en el efecto devolutivo y deberán ser resueltos en un término máximo de veinte (20) días. Las decisiones relacionadas con el levantamiento, la modificación o revocatoria de las medidas cautelares no serán susceptibles de recurso alguno».

Referencia: Medio de control de controversias contractuales.

Radicación: 50001-23-33-000-2018-00195-00

Auto: Resuelve recurso de reposición.

Entonces, el artículo 242 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, transcrito en precedencia, establece que en cuanto a la oportunidad y trámite del recurso de reposición se aplicará lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil, debiéndose en consecuencia aplicar el Código General del Proceso, actualmente vigente, que al respecto establece:

«Artículo 318. Procedencia y oportunidades. [...] El recurso deberá interponerse con expresión de las razones que lo sustenten, en forma verbal inmediatamente se pronuncie el auto. Cuando el auto se pronuncie fuera de audiencia el recurso deberá interponerse por escrito dentro de los tres (3) días siguientes al de la notificación del auto.

El auto que decide la reposición no es susceptible de ningún recurso, salvo que contenga puntos no decididos en el anterior, caso en el cual podrán interponerse los recursos pertinentes respecto de los puntos nuevos.

Los autos que dicten las salas de decisión no tienen reposición; podrá pedirse su aclaración o complementación, dentro del término de su ejecutoria».

En consecuencia, se tiene que los recursos interpuestos por las partes en el proceso de la referencia se presentaron, por el demandante, el 29 de marzo, y por la demandada, el 01 de abril del año en curso, esto es, dentro del término de tres (3) días siguientes a la notificación del auto del 26 de marzo de 2019, en virtud de lo cual se tienen como oportunamente presentados.

4. Caso concreto

En el asunto de la referencia, el apoderado de la accionante Nacional de Seguros S.A. solicitó al Tribunal se decretara la suspensión provisional de los efectos jurídicos de los siguientes actos administrativos:

- Resolución No. 192 del 4 de mayo de 2016, 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;
- Resolución No. 206 del 5 de mayo de 2016, mediante la cual se resuelven los recursos de reposición contra la anterior decisión;
- Resolución No. 386 del 20 de septiembre de 2017, por medio de la cual se liquida unilateralmente el contrato de obra No. 112 de 2011;
- Resolución No. 494 del 11 de diciembre de 2017, a través de la cual se resuelven los recursos de reposición contra la anterior decisión;

Referencia: Medio de control de controversias contractuales.

Radicación: 50001-23-33-000-2018-00195-00

Auto: Resuelve recurso de reposición.

- Resolución No. 027 del 23 de enero de 2018, 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;
- Resolución No. 030 del 24 de enero 2018, mediante la cual se resuelven los recursos de reposición contra la anterior decisión.

Tal petición fue negada por el Despacho en providencia fechada el 26 de marzo de 2019, razón por la que ahora se resuelven los recursos de reposición presentados por las partes, en primera medida, en lo impugnado por el demandante en calidad de solicitante, y luego, en lo que recurrido por el accionado.

Ahora bien, en su recurso de reposición el apoderado de Nacional de Seguros S.A. reitera y centra sus argumentos en la falta de competencia de EDESA para emitir los actos administrativos en sustento de normas del orden legal que no le son aplicables debido a su naturaleza jurídica, concluyendo entonces que la medida cautelar pedida es procedente, principalmente, por la falta de competencia de la entidad al momento de presuntamente ejercer facultades exorbitantes que le están vedadas de acuerdo a las normas que al efecto invoca, máxime cuando la Ley 142 de 1994, en conjunto con los decretos arriba citados y que en su escrito relaciona concretamente para sustentar su tesis, le sugieren el régimen que han de aplicar.

Como se indicó inicialmente en el proveído impugnado, y considerando acertadas las tesis propuestas por la accionada en el escrito de traslado, en implementación de los Planes Departamentales de Manejo Empresarial de los Servicios de Agua y Saneamiento previstos en la Ley 1151 de 2007 - Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010, los procesos de contratación que las entidades en calidad de Gestores llevan a cabo dentro del marco de ejecución de estos planes, se desarrollan en su totalidad a la luz del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

A la anterior conclusión arribó el Despacho, postura que reitera, al efectuar un análisis de la normatividad que para el efecto han expedido las autoridades del orden nacional, como lo es el Decreto 3200 de 2008, por medio del 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 en desarrollo del artículo 91 del P.N.D.¹¹, norma que constituye una excepción al régimen común de las Empresas de Servicios Públicos en función de las actividades administrativas que

¹¹ «Artículo 91. Planes departamentales para el manejo empresarial de los servicios de agua y saneamiento. Los recursos que aporte el Gobierno Nacional a la ejecución de los planes departamentales para el manejo empresarial de los servicios de agua y saneamiento estarán condicionados al compromiso por parte de las entidades territoriales, de los recursos del Sistema General de Participaciones y de regalías, así como de los compromisos de transformación empresarial que se deriven del diagnóstico institucional respectivo.

El Gobierno Nacional señalará la metodología para definir el nivel de compromisos a que se refiere el inciso anterior.

Los recursos de apoyo de la Nación al sector y los que aporten las Corporaciones Autónomas Regionales, se ejecutarán en el marco de los planes a que se refiere el presente artículo.

Parágrafo. Las empresas de servicios públicos domiciliarios podrán ejecutar los proyectos del sector de agua potable y saneamiento básico en cumplimiento y/o desarrollo de los planes de que trata el presente artículo, indistintamente de las fuentes de financiación de los mismos».

Referencia: Medio de control de controversias contractuales.

Radicación: 50001-23-33-000-2018-00195-00

Auto: Resuelve recurso de reposición.

realiza, pues permite, bajo algunas circunstancias, la celebración de contratos de obra, 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 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».

Así las cosas, el artículo 12 del cuerpo normativo en cita define la condición de gestor y las funciones o facultades que le asisten:

«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 II, 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

Referencia: Medio de control de controversias contractuales.

Radicación: 50001-23-33-000-2018-00195-00

Auto: Resuelve recurso de reposición.

perjuicio del cumplimiento de las demás disposiciones previstas en el mencionado Decreto».

En el proveído impugnado, tras el análisis de la normatividad aplicable y relacionada, así como del estudio del contrato de obra No. 112 de 2011 celebrado entre EDESA y la Unión Temporal Bocatoma, el Despacho encontró que no se cumplía con los presupuestos exigidos por el artículo 231 del C.P.A.C.A. para decretar la medida cautelar de suspensión provisional, evento que se presenta nuevamente al realizar una nueva confrontación entre los actos impugnados y las normas jurídicas superiores ahondando en los argumentos esbozados por el recurrente y las normas superiores que aquél menciona como violadas con la actuación administrativa.

En otros términos, el Despacho conserva su postura frente a la decisión recurrida en este aspecto, pues como bien lo afirma el accionado, no es dable realizar una interpretación fragmentaria de la normatividad jurídica para determinar la competencia de la EDESA en calidad bien sea de E.S.P, o sea de Gestor, máxime cuando la ley y los decretos reglamentarios son claros en establecer las competencias de los entes estatales que intervendrán en la implementación de los PDA, el origen de los recursos y los procedimientos para alcanzar los objetivos, en la medida en que de acuerdo con lo consignado en el contrato de obra No. 112 de 2011, el objeto a desarrollar consistía en la construcción de obras para la optimización de la línea de aducción desde la bocatoma en Quebrada Honda hasta la PTAP, municipio de Villavicencio - Meta¹², además de evidenciarse que el procedimiento se ajustó inicialmente a lo previsto en el régimen contractual público, en virtud de la vinculación que hace el Decreto Departamental No. 0329 de 2008 expedido por el gobernador del Meta¹³, lo que lleva a concluir que EDESA suscribió el documento en ejercicio de las funciones que le fueron asignadas como gestor.

No puede perderse de vista, que para efectos de la ejecución de los recursos que integran la bolsa común de los Planes Departamentales de Agua, *el gestor* obra en nombre de los suscribientes del correspondiente plan departamental, es decir, que no actúa en nombre propio, *sino en nombre de* quienes integran el plan, de allí, que la actividad que desarrolla no corresponde con la propia de su objeto; la prestación de servicios públicos domiciliarios, por lo que tampoco resulta razonable entender que el régimen contractual propio de su actividad principal -derecho privado- resulta aplicable a un supuesto en donde no desarrolla la misma, sino que actúa como gestor de otras entidades públicas.

En este sentido, es que el Despacho entiende el alcance del artículo 1º del decreto 4548 de 2009 cuando hace alusión al artículo 14 de la Ley 1150 de 2007, toda vez que al no ubicarse la actuación del Gestor en ninguna de las hipótesis de esta norma a saber: *i) desarrollo de actividades comerciales en competencia con el sector público o privado, o ii) en*

¹² Folio 338. Disco compacto que acompaña la contestación de la demanda: 15. Minuta del contrato No.112-2011 < Minuta del contrato de obra 112 de 2011.pdf.

¹³ Visto a folios 309 a 318 del cuaderno 01.

Referencia: Medio de control de controversias contractuales.

Radicación: 50001-23-33-000-2018-00195-00

Auto: Resuelve recurso de reposición.

mercados regulados, se debe aplicar la regla general de la norma, esto es, el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Sumado a lo anterior, debe recordarse que los recursos que el *gestor* compromete o ejecuta provienen, en líneas generales, de entidades a las cuales se les aplica el indicado Estatuto *-ministerios, departamentos, municipios, corporaciones autónomas regionales-*, por lo que no se vislumbra como coherente y consistente que los recursos que estas entidades aportan y que en el evento que ellas los ejecutaran deban regirse por la Ley 80 de 1993, y por la sola circunstancia que un tercero administrador tenga un régimen de derecho privado *-gestor-* muten este régimen al del derecho privado.

Debe indicar el Despacho que la tesis planteada por el recurrente en torno a que la remisión del decreto 4548 de 2009 a la Ley 80 de 1993 es solo para los procedimientos de selección, pero no para el régimen aplicable de manera sustantiva al contrato, resulta un tanto *sui generis*, en la medida que en la elaboración de los pliegos se deben definir aspectos sustanciales del contrato, entre ellos, las cláusulas exorbitantes, las que se entienden incorporadas al contrato, conforme a doctrina reiterada del Consejo de Estado, incluso, precisando que al existir una contradicción entre los pliegos y las disposiciones contractuales, priman aquellos. Además de lo anterior, en nuestro sistema jurídico no aparecen ejemplos de este tipo de situación planteada por el recurrente, es decir, un contrato cuyo procedimiento de selección está regido por la Ley 80 de 1993, pero cuyas normas sustantivas son las del derecho privado.

Por último, respecto de la inaplicación del decreto 4548 de 2009, el Despacho no encuentra razón para ello, pues no se evidencia una manifiesta contradicción del mismo con normas de la Constitución Política, y por el contrario, de lo hasta ahora analizado, el mismo se corresponde con los mandatos constitucionales y fue expedido en ejercicio de la potestad reglamentaria prevista en el artículo 189, numeral 11 de la Constitución, a fin de precisar lo establecido en el artículo 91 de la Ley 1151 de 2007, en concordancia con el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007, tal y como antes se explicó.

Luego, le asiste razón al apoderado de la demandada cuando afirma que el régimen de derecho aplicable al caso en orden a confirmar la decisión es el previsto en la Ley 80 de 1993 y leyes y decretos complementarios, en el entendido que las funciones desarrolladas en el marco de la Ley 1151 de 2007 y el decreto 3200 de 2008 se ejecutaron en su calidad de gestor, esto es, en condición de entidad de la Administración Pública en cumplimiento del artículo 2º de la Carta Política, y no en condición de empresa de servicios públicos en competencia nacional o internacional, evento que recalca erróneamente el apoderado de Nacional de Seguros S.A.

Entonces, se concluye que las normas que se alegan violentadas, en efecto poseen la idoneidad jurídica necesaria para otorgar competencias contempladas en la Ley 80 de 1993 y leyes y decretos complementarios, así como el Decreto 3200 de 2008 y relacionados, habida cuenta que, independientemente de si se podrían ejercer facultades exorbitantes o se requiriese autorización de la Comisión de Regulación de Agua para ello, asuntos propios del debate judicial en la etapa pertinente, EDESA en calidad de

Referencia: Medio de control de controversias contractuales.

Radicación: 50001-23-33-000-2018-00195-00

Auto: Resuelve recurso de reposición.

gestor se encontraba en la obligación de ajustar su actuar administrativo conforme al régimen contractual establecido en el Estatuto *ibídem*, compendio del que emanan las potestades que aquí se cuestionan, situación que excluye de plano la consideración acerca de la naturaleza jurídica privada del régimen contractual que pretende el recurrente se acoja por el Tribunal en esta etapa procesal.

Finalmente, en lo que respecta al argumento acerca del perjuicio irremediable para proceder al decreto de la medida, el despacho mantiene su postura al afirmar que tal agravio no se configura, 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 una compañía de seguros cuya actividad económica consiste precisamente en producir el servicio de seguridad, en tanto que una medida importante de los argumentos esgrimidos hacen parte de la consecuencia jurídica concreta que se persigue con la pretensión principal de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, 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. En consecuencia, se negará la medida cautelar consistente en la suspensión provisional de los actos demandados, solicitada por Nacional de Seguros S.A.

Ahora bien, debe el Despacho precisar que lo hasta ahora indicado no constituye prejuzgamiento, y que la hipótesis planteada por el demandante, será objeto de debate a lo largo del presente proceso, y en especial, en desarrollo de la fase probatoria del mismo.

De otro lado, el defensor de la entidad demandada recurre el proveído solicitando revocar expresamente el ordinal segundo de la parte resolutive, y reconsiderar el numeral tres de la parte considerativa del auto, pues considera agraviados el derecho a la igualdad procesal con la determinación tomada por el Despacho al no tenerse por contestada la solicitud de decreto de medida cautelar y no reconocerle personería para actuar en las presentes diligencias.

Sus argumentos giran esencialmente en torno al presunto error violatorio de las garantías procesales de las que debería gozar la parte pasiva en el proceso en igualdad de condiciones con la parte actora, concretamente en lo que refiere a la subsanación de errores que podrían llegar a presentarse en la actuación meramente procedimental. Esto, toda vez que en la providencia recurrida se extrañó el documento que acreditara la calidad de representante legal de EDESA en la que comparece Orlando Guzmán Virguez a través del abogado Carlos Alberto Chavarro Martínez, razón que al no preverse por el ordenamiento jurídico procesal para aspectos de lo contencioso administrativo, y que no le es dable reformar a este operador jurídico, trajo como consecuencia el no tenerse por contestada la petición.

Referencia: Medio de control de controversias contractuales.

Radicación: 50001-23-33-000-2018-00195-00

Auto: Resuelve recurso de reposición.

En consecuencia, si bien en este estadio procesal el recurrente aporta el documento idóneo que acredita la calidad con la que se suscribió la respuesta dentro del término de traslado de la petición, su presentación se efectuó fuera de la oportunidad legal, y al no preverse este evento en la Ley procesal vigente para que proceda la concesión de un término para subsanar, el Despacho ha hecho uso de esta facultad en cada caso ponderando las circunstancias, pero en este asunto no reconsiderará su decisión, pues no puede perderse de vista que el error se origina en el un profesional del derecho especializado a quien se le contrato para defender los intereses de la entidad pública de la mejor manera, por lo que no puede en principio trasladar el ejercicio de su gestión a las autoridades judiciales. Pero adicional a lo anterior, teniendo de presente que la medida se negó y tal decisión será confirmada no existen una vulneración material a ningún derecho.

No obstante, en vista a que logra demostrar con el Certificado de Existencia y Representación Legal¹⁴ que Orlando Guzmán Virguez es el representante legal de EDESA, según actas de nombramiento¹⁵ y de posesión¹⁶ anexas al memorial, el Despacho le reconocerá personería para actuar dentro del proceso de la referencia en calidad de abogado de la parte demandada, dejándose claro que los efectos de tal reconocimiento comienzan a producirse a partir de la notificación de esta providencia.

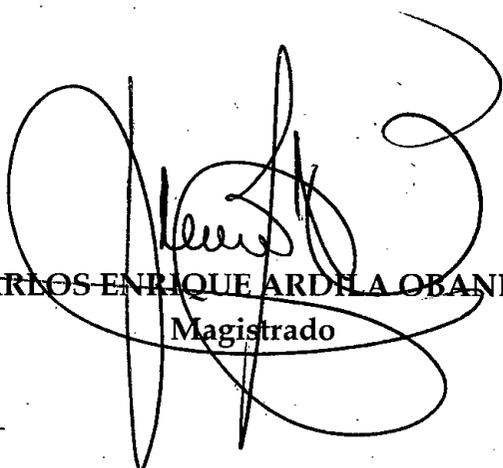
En mérito de lo expuesto, el Despacho,

RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR el auto proferido el 26 de marzo de 2019, mediante el cual se negó el decreto de la medida de suspensión provisional de los actos administrativos demandados, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- RECONOCER personería adjetiva para actuar al abogado CARLOS ALBERTO CHAVARRO MARTÍNEZ, portador de la Tarjeta Profesional No. 94.264; en calidad de apoderado de la entidad demandada, y en los términos del poder conferido.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



CARLOS ENRIQUE ARDIELA OBANDO
Magistrado

¹⁴ Folios 656.

¹⁵ Acta de Junta Directiva Ordinaria de EDESA S.A. E.S.P. No. 002 de 2018, vista a folios 659 a 662 del expediente.

¹⁶ Acta de Posesión No. 0137 de 208, folio 658.

Referencia: Medio de control de controversias contractuales.

Radicación: 50001-23-33-000-2018-00195-00

Auto: Resuelve recurso de reposición.