



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN A

Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

Bogotá, D.C., quince (15) de julio de dos mil veintidós (2022)

Radicación número: 05001-23-33-000-2014-01389 02(67.565)

Actor: EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS DE AMALFI S.A. E.S.P.

Demandado: MUNICIPIO DE AMALFI Y OTRO

**Referencia: MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
(Ley 1437 de 2011)**

Temas: NULIDAD ABSOLUTA DE CONTRATO – contrato de administración operación y mantenimiento del acueducto y alcantarillado de Amalfi / AUDIENCIA INICIAL – el juez debe ceñirse al objeto del litigio y respetar las decisiones adoptadas en el trámite de la audiencia inicial / RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE AL CONTRATO – Aplicación de las normas de derecho privado según la redacción original de la Ley 142 de 1994 / PRÓRROGA DEL CONTRATO – Análisis de la posibilidad de prorrogar el contrato inicial en el régimen de derecho privado / DAÑO – no se demostró.

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, municipio de Amalfi y Acueductos y Alcantarillados Sostenibles S.A. E.S.P., contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia – Sala Primera de Oralidad, el 27 de julio de 2021, mediante la cual se dispuso lo siguiente (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

*“**Primero:** declarar la **nulidad** de la Resolución 936 del 17 de diciembre de 2012, mediante la cual el municipio de Amalfi, ‘por la cual se decide realizar una prórroga a un contrato’, de acuerdo con la parte motiva.*

*“**Segundo:** declarar la **nulidad absoluta** del otrosí No. 2 celebrado el 19 de diciembre de 2012, entre el municipio de Amalfi y Acueductos y Alcantarillados Sostenibles S.A. E.S.P., ‘al contrato para la administración, operación y mantenimiento de los sistemas de acueducto y alcantarillado en el municipio de Amalfi, Anorí, Yalí, celebrado en el año 1997 entre Acuantioquia E.S.P. y Acueductos y Alcantarillados Sostenibles S.A. E.S.P. al municipio de Amalfi, Antioquia’, de acuerdo a la parte motiva.*

*“**Tercero:** Sin condena en costas en esta instancia (...).” (negritas del texto original).*



Radicación: 05001-23-33-000-2014-01389 02(67.565)
Actor: Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios de Amalfi S.A. E.S.P.
Demandado: Municipio De Amalfi y otro
Referencia: Controversias contractuales (ley 1437 de 2011)

I. ANTECEDENTES

1. Síntesis del caso

La presente controversia gira en torno a la declaratoria de nulidad de la Resolución No. 936 del 17 de diciembre de 2012, por la cual el municipio de Amalfi decidió realizar la prórroga del contrato para la administración, operación y mantenimiento del sistema de acueducto y alcantarillado del municipio de Amalfi, celebrado entre la empresa Acuantioquia S.A. E.S.P. y Acueductos y Alcantarillados Sostenibles S.A. E.S.P. por 15 años, así como la nulidad del otrosí No. 2 del 19 de diciembre de 2012, mediante el cual se formalizó dicha prórroga.

Se dice que la resolución en comento es ilegal porque a partir de su expedición se privó a la sociedad demandante de que asumiera la posición de parte concesionaria en el referido negocio jurídico, de tal suerte que esa decisión lo que hizo fue negarle su legítimo derecho de convertirse en adjudicataria y de celebrar el otrosí 2 que se suscribió como producto de esa decisión, el que en realidad constituyó un nuevo contrato y no una prórroga del que ya venía ejecutándose.

2. La demanda

La Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios de Amalfi S.A. E.S.P.¹, en adelante, Amalfi S.A. E.S.P., el 4 de agosto de 2014, presentó demanda en ejercicio de la acción de controversias contractuales contra el municipio de Amalfi y Acueductos y Alcantarillados Sostenibles S.A. E.S.P, con el fin de que:

- Se declare la nulidad de la Resolución No. 936 del 17 de diciembre de 2012, por la cual se decide realizar una prórroga del contrato de administración, operación y mantenimiento del sistema de acueducto y alcantarillado del municipio de Amalfi, celebrado entre la empresa Acuantioquia S.A. E.S.P. y Acueductos y Alcantarillados Sostenibles S.A. E.S.P.
- Que se deje sin efecto o, en su defecto, se declare la nulidad del otrosí del 7 de mayo de 2012, al contrato de administración, operación y mantenimiento del sistema de acueducto y alcantarillado del municipio de Amalfi, celebrado entre la empresa Acuantioquia S.A. E.S.P. y Acueductos y Alcantarillados Sostenibles S.A. E.S.P., el que fue cedido al municipio de Amalfi.

¹ Según el nombre descrito en el certificado de existencia y representación legal de la empresa, visible de folios 49 a 51 del cuaderno principal.



Radicación: 05001-23-33-000-2014-01389 02(67.565)
Actor: Empresa de Servicios Públicos
Domiciliarios de Amalfi S.A. E.S.P.
Demandado: Municipio De Amalfi y otro
Referencia: Controversias contractuales (ley 1437 de
2011)

- Que se deje sin efecto o, en su defecto, se declare la nulidad del otrosí del 19 de diciembre de 2012, al contrato de administración, operación y mantenimiento del sistema de acueducto y alcantarillado del municipio de Amalfi, celebrado entre la empresa Acuantioquia S.A. E.S.P. y Acueductos y Alcantarillados Sostenibles S.A., el que fue cedido al municipio de Amalfi.
- Como consecuencia, se condene *“de manera solidaria o separada al municipio de Amalfi y a la empresa Acueductos y Alcantarillados sostenibles S.A. E.S.P.”* a pagar a la actora, a título de indemnización por concepto de lucro cesante consolidado, por haber privado durante los años 2012 y 2013 a Amalfi S.A. E.S.P. de su derecho legal para operar, administrar y mantener el sistema de acueducto y alcantarillado del municipio de Amalfi, la suma de mil setecientos ochenta y cuatro millones trescientos setenta y tres mil ochocientos sesenta y seis pesos (\$1.784'373.866).
- Como consecuencia, se condene *“de manera solidaria o separada al municipio de Amalfi y a la empresa Acueductos y Alcantarillados sostenibles S.A. E.S.P.”* a pagar a la actora, a título de indemnización por concepto de lucro cesante futuro, hasta que se restablezca el derecho de la demandante a operar, administrar y mantener el sistema de acueducto y alcantarillado del municipio de Amalfi, la suma de ochocientos ochenta millones de pesos (\$880'000.000) por cada año a partir del año 2014 o por fracción de mes según corresponda, hasta la fecha en que corrija su actuar administrativo y proceda a entregarse a la empresa Amalfi S.A. E.S.P. la administración, operación y mantenimiento del sistema de acueducto y alcantarillado del municipio.

3. Los hechos

En el escrito de demanda, en síntesis, se narraron los siguientes hechos relevantes, respecto de los cuales la Sala considera pertinente aclarar la situación fáctica atinente a dos procesos de contratación planteados en la demanda e independientes entre sí.

3.1. Sobre el contrato para la administración, operación y mantenimiento del sistema de acueducto y alcantarillado del municipio de Amalfi

3.1.1. El 23 de abril de 1997, Acuantioquia S.A. E.S.P. celebró un contrato con la empresa Acueductos y Alcantarillados Sostenibles S.A. E.S.P., con el objeto de operar, administrar y mantener los sistemas de acueducto y alcantarillado de los



Radicación: 05001-23-33-000-2014-01389 02(67.565)
Actor: Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios de Amalfi S.A. E.S.P.
Demandado: Municipio De Amalfi y otro
Referencia: Controversias contractuales (ley 1437 de 2011)

municipios de Amalfi, Anorí y Yalí, cuyo inicio se produjo el 19 de mayo del mismo año.

3.1.2. El 1 de marzo de 2005, el municipio de Amalfi celebró contrato de compraventa con la empresa Acuantioquia S.A. E.S.P., a través del cual el municipio adquirió los componentes activos, bienes muebles e inmuebles que integraban el sistema de acueducto y alcantarillado de Amalfi.

3.1.3. El 31 de marzo de 2005, Acuantioquia S.A. E.S.P. cedió al municipio de Amalfi la posición contractual en el contrato de administración, operación y mantenimiento del sistema de acueducto y alcantarillado de Amalfi, decisión que fue notificada a Acueductos y Alcantarillados Sostenibles S.A. E.S.P. -contratista-.

3.1.4. El 7 de mayo de 2012, el municipio de Amalfi y Acueductos y Alcantarillados Sostenibles S.A. E.S.P. suscribieron un otrosí, mediante el cual acordaron modificar el plazo del contrato hasta el 31 de diciembre de 2012.

3.1.5. El 17 de diciembre de 2012, el municipio de Amalfi profirió la Resolución No. 936, por la que se decidió realizar la prórroga del contrato para la administración, operación y mantenimiento del sistema de acueducto y alcantarillado de Amalfi, celebrado con Acueductos y Alcantarillados Sostenibles S.A. E.S.P. por 15 años, que incluían el término de la prórroga establecida mediante el otrosí No. 1 del 7 de mayo del mismo año.

3.1.6. En orden a concretar la anterior decisión, el 19 de diciembre de 2012, el municipio de Amalfi suscribió el otrosí No. 2 con Acueductos y Alcantarillados Sostenibles S.A. E.S.P., mediante el cual convinieron en prorrogar el contrato por 15 años, por lo que el plazo de ejecución del contrato se extendió hasta el 18 de mayo de 2027.

3.1.7. Según el demandante, la prórroga del contrato objeto de estudio se dio cuando ya había vencido su plazo de ejecución y, además, se otorgó por un término superior al autorizado por la ley para este tipo de negocios jurídicos.

3.2. Sobre el trámite de conformación de Amalfi S.A. E.S.P. y su relación con la prestación del servicio de acueducto y alcantarillado del municipio de Amalfi

3.2.1. El municipio de Amalfi adelantó la convocatoria pública No. 001 de 2008, mediante la cual seleccionó a la empresa Asesorías y Servicios S.A. E.S.P. como socio para la conformación de una empresa de servicios públicos con capital mixto,



Radicación: 05001-23-33-000-2014-01389 02(67.565)
Actor: Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios de Amalfi S.A. E.S.P.
Demandado: Municipio De Amalfi y otro
Referencia: Controversias contractuales (ley 1437 de 2011)

la cual tendría por objeto, según el demandante, asumir la prestación del servicio de acueducto y alcantarillado en ese ente territorial².

3.2.2. Mediante escritura pública No. 430 del 24 de noviembre de 2008, se formalizó la constitución de la empresa de servicios públicos domiciliarios Amalfi S.A. E.S.P. -Amalfi S.A. E.S.P.-, cuyos socios son: (i) municipio de Amalfi, como propietaria del 49% de las acciones y (ii) Asesorías y Servicios E.S.P. S.A., como propietaria del 51% de las acciones.

3.2.3. El 26 de marzo de 2012, la Asamblea General Ordinaria de Accionistas de Amalfi S.A. E.S.P. analizó la posibilidad de asumir la prestación del servicio público de acueducto y alcantarillado del municipio de Amalfi, según se había considerado desde su conformación, y la necesidad de realizar un empalme con Acueductos y Alcantarillados Sostenibles S.A. E.S.P.

3.2.4. La empresa Amalfi S.A. E.S.P presentó una petición al municipio de Amalfi, en la que solicitó se le informara sobre el inicio de un proceso de empalme con la empresa Acueductos y Alcantarillados Sostenibles S.A. E.S.P., con el fin de asumir la prestación del servicio público. En escrito del 4 de junio de 2012, el municipio de Amalfi le informó a la empresa Amalfi S.A. E.S.P. que no era competencia de la entidad territorial iniciar ningún proceso de empalme y tampoco advertir situación alguna al operador del servicio que se encontraba ejecutando un contrato vigente.

3.2.5. El 10 de enero de 2013, la empresa Amalfi S.A. E.S.P. solicitó al municipio de Amalfi copia del proceso precontractual y contractual realizado con la empresa Acueductos y Alcantarillados Sostenibles S.A. E.S.P. solicitud que, en primer lugar, fue resuelta de manera incompleta, porque el municipio no contaba con los documentos de las actuaciones adelantadas por la empresa Acuantioquia S.A. E.S.P.; sin embargo, el 20 de marzo de 2013 se respondió a la empresa interesada con la documentación que hacía falta.

² La Sala advierte que según la escritura pública de constitución de Amalfi S.A. E.S.P. que obra a folios 52 a 79 del cuaderno principal, el objeto social de la empresa consistió en: *La prestación de servicios públicos domiciliarios de acueducto, agua potable, alcantarillado (recolección municipal de residuos, principalmente líquidos por medio de tuberías y acueductos, transporte, tratamiento y disposición final de tales residuos; aseo (recolección, transporte, aprovechamiento, tratamiento intermedio y final, incineración y disposición final de residuos sólidos, gestión integral de residuos sólidos peligrosos y no peligrosos, barrido y limpieza de vías, tratamiento de aguas residuales y demás actividades de saneamiento básico, además se podrán prestar y operar los servicios públicos domiciliarios y conexos de gas, energía y alumbrado público (...)) en general se prestarán todos los servicios públicos domiciliarios a los que hace referencia la normatividad actual y aquella que la adicione y/o modifique (...).*



Radicación: 05001-23-33-000-2014-01389 02(67.565)
Actor: Empresa de Servicios Públicos
Domiciliarios de Amalfi S.A. E.S.P.
Demandado: Municipio De Amalfi y otro
Referencia: Controversias contractuales (ley 1437 de
2011)

4. Normas violadas y concepto de la violación

El actor señaló que la Resolución No. 936 del 17 de diciembre de 2012, así como los otrosíes que permitieron la prórroga del contrato para la administración, operación y mantenimiento del sistema de acueducto y alcantarillado de Amalfi, celebrados con Acueductos y Alcantarillados Sostenibles S.A. E.S.P son nulos por falsa motivación, porque con su expedición se pretendió normalizar “*hechos irregulares*”, debido a que, según las cláusulas contractuales, el plazo de ejecución del contrato se debe contabilizar a partir del momento en que se suscribió y no desde el acta de inicio, por lo cual, al momento en que se celebró el otrosí No. 1, que prorrogó inicialmente el contrato hasta el 31 de diciembre de 2012, su plazo ya había vencido y no era posible prorrogar un contrato vencido, lógica que consideró igualmente aplicable en cuanto al otrosí No. 2 del 19 de diciembre del mismo año.

Por otra parte, la demandante consideró que los documentos demandados violaron el artículo 6 de la Ley 142 de 1994, porque el municipio tiene participación accionaria en la empresa Amalfi S.A. E.S.P y, por tanto, era esta empresa la que debía asumir la prestación del servicio público, además, consideró que no se cumplió con lo establecido en los artículos 32 y 40 de la Ley 80 de 1993.

5. Trámite de primera instancia

5.1. En providencia del 13 de noviembre de 2014, el Tribunal Administrativo de Antioquia admitió la demanda, ordenó la notificación a las entidades demandadas y al Ministerio Público.

5.2 Acueductos y Alcantarillados Sostenibles S.A. E.S.P. contestó la demanda dentro del término legal. En esa oportunidad se opuso a las pretensiones, por considerar que la Resolución 936 de 2012 y los otrosíes demandados son legales³.

En cuanto a la decisión de prorrogar el contrato, manifestó que se dio mediante un convenio de las partes establecido en una cláusula contractual, por lo que no puede predicarse una desviación de poder o afectación al interés general, pues su objetivo era seguir prestando el servicio público de acueducto y alcantarillado de Amalfi.

Posteriormente, cuestionó el interés de la demandante sobre el supuesto derecho a ejecutar el contrato en cuestión, por los siguientes motivos: (i) el proceso de selección para la conformación de la empresa Amalfi S.A. E.S.P. no garantizó la

³ Folios 238 a 258 del cuaderno principal.



Radicación: 05001-23-33-000-2014-01389 02(67.565)
Actor: Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios de Amalfi S.A. E.S.P.
Demandado: Municipio De Amalfi y otro
Referencia: Controversias contractuales (ley 1437 de 2011)

conurrencia de múltiples oferentes y sus socios no cuentan con la experiencia necesaria para prestar el servicio público de acueducto y alcantarillado; **(ii)** la empresa Amalfi S.A. E.S.P. cuenta con un amplio objeto social; sin embargo, dicha circunstancia no la hace merecedora de prestar todos los servicios públicos del municipio y **(iii)** Amalfi S.A. E.S.P. no participó ni ganó ningún proceso licitatorio en el que se seleccionara operador del sistema de acueducto y alcantarillado del municipio.

Por último, Acueductos y Alcantarillados Sostenibles S.A. E.S.P. formuló las siguientes excepciones: **(i)** caducidad del medio de control, por haber transcurrido más de dos años desde que se suscribió el otrosí objeto de la demanda; **(ii)** falta de causa para demandar, porque no existe prueba para argumentar que el otrosí suscrito por las partes del contrato fue ilegal o extemporáneo y **(iii)** mala fe del demandante, porque pretende argumentar una supuesta falsedad documental del acta de inicio de ejecución del contrato con la única intención de tomar el control de la administración, operación y mantenimiento de los servicios públicos de Amalfi.

5.3. El municipio de Amalfi contestó la demanda dentro del término legal. En esa oportunidad se opuso a las pretensiones, por considerar que las actuaciones adelantadas fueron legales y que la demandante no tenía derecho a ejecutar el contrato en cuestión⁴.

La entidad demandada manifestó que no era cierto que la empresa Amalfi S.A. E.S.P. se hubiera creado con el objeto de prestar todos los servicios públicos del municipio y, en el caso concreto, nunca obtuvo un derecho legal ni contractual para ejecutar el contrato de administración, operación y mantenimiento del servicio de acueducto y alcantarillado del municipio, debido a que no se ha realizado ninguna convocatoria o proceso de selección para ese efecto.

Por otra parte, propuso las siguientes excepciones: **(i)** inobservancia del medio de control adecuado, porque la Resolución 936 de 2012 no fue la que formalizó la prórroga del contrato y, por ende, no corresponde a un acto contractual, de manera que la demanda debía haberse presentado mediante el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho y **(ii)** caducidad, porque la demanda se presentó con posterioridad a los 4 meses establecidos para ejercer el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

⁴ Folios 295 a 300 del cuaderno principal.



Radicación: 05001-23-33-000-2014-01389 02(67.565)
Actor: Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios de Amalfi S.A. E.S.P.
Demandado: Municipio De Amalfi y otro
Referencia: Controversias contractuales (ley 1437 de 2011)

5.3. Audiencia inicial

El 29 de septiembre de 2015 se inició la audiencia, oportunidad en la que se procedió al saneamiento del proceso y, posteriormente, se resolvió sobre las excepciones propuestas por la entidad demandada.

El Tribunal declaró probadas parcialmente las excepciones de inobservancia del medio de control adecuado y de caducidad, además, declaró probada de oficio la falta de legitimación en la causa por activa, en los siguientes términos (se transcribe de forma literal, incluso con los posibles errores):

En este caso la primera pretensión tiene que ver con la solicitud de nulidad del acto que descartó al demandante para la operación del acueducto del municipio de Amalfi. En casos como el que se examina, en primer lugar, es menester determinar cuál es la fuente del daño para así establecer cuál es el medio de control que se tiene para ejercer la acción. Se recuerda que la parte demandante no tiene la posibilidad de escoger un medio de control diferente a aquel previsto en la ley para un daño que tenga como fuente un acto precontractual (...).

Con lo dicho, resulta claro que la parte actora pretende controvertir la legalidad de un acto precontractual -Resolución 936 del 17 de diciembre de 2012- por medio del medio de control contractual, por lo cual se está frente a una indebida escogencia de la acción en el ejercicio del medio de control, ya que se debió intentar el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

(...) Por lo anterior se declara probada la excepción de inobservancia de la acción judicial apropiada, como consecuencia de ello, adecuar el trámite del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho (...).

Ahora como dentro de las pretensiones, se solicitó que se deje sin efecto la nulidad del otrosí del 7 de mayo de 2012 y la nulidad del otrosí 2 del 19 de diciembre de 2012, se señala que la acción ejercida a través del medio de control de controversias contractuales si es la procedente para buscar la nulidad absoluta de los otrosíes del contrato. (...).

Pasa el Despacho a pronunciarse si se presentó en término la demanda, en primera medida, contra la Resolución 936 del 17 de diciembre de 2012 (...).

*Se advierte que según la constancia de la Procuraduría 31 judicial II para asuntos administrativos, que la parte demandante presentó la solicitud de conciliación prejudicial el 8 de mayo de 2014, es decir, ya se encontraba vencido el término de caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho (...). **De conformidad con lo dicho, las pretensiones ejercidas por la parte actora en la cual se busca la declaratoria de nulidad de la Resolución 936 de diciembre de 2012 y el correspondiente restablecimiento del derecho se encuentran caducadas.** (...).*

Ahora pasa a analizarse si se presentó la caducidad de la acción frente a la nulidad de los otrosíes del 7 de mayo de 2012 y 19 de diciembre de 2012.

El término que tenía la parte actora para demandar es el de dos años siguientes al perfeccionamiento del contrato, para este caso el del otrosí del 7 de mayo de 2012 y el otrosí 2 del 19 de diciembre de 2012 (...) se considera que no operó el fenómeno jurídico de la caducidad frente a las pretensiones de nulidad



Radicación: 05001-23-33-000-2014-01389 02(67.565)
Actor: Empresa de Servicios Públicos
Domiciliarios de Amalfi S.A. E.S.P.
Demandado: Municipio De Amalfi y otro
Referencia: Controversias contractuales (ley 1437 de
2011)

absoluta del otrosí al contrato. Por lo tanto, no se declara probada la excepción de caducidad frente a la nulidad absoluta de los otrosíes de los contratos.

Ahora en relación con las decisiones adoptadas debe pronunciarse de oficio el despacho frente a la legitimación en la causa por activa de Amalfi S.A. E.S.P. para solicitar la declaratoria de nulidad absoluta de los otrosí que demanda.

El artículo 141 de la Ley 1437 de 2011 señala que el Ministerio Público o un tercero que acredite interés directo pueden pedir que se declare la nulidad absoluta del contrato y se ha considerado que ese interés ha de ser concreto y personal. (...). En principio serán los terceros intervinientes en el proceso de selección del contrato los que tendrán interés directo en que se declare la nulidad del contrato cuando este se haya celebrado con otro proponente (...).

Sin embargo, en este caso no se están analizado las razones de nulidad de la Resolución 936 de 2012 en lo que descartó la propuesta de la parte actora y frente a la cual se señaló la caducidad (...). Es por ello que los legitimados para solicitar la nulidad absoluta del contrato son el ministerio público y las partes del contrato por disposición de la ley, es decir, el accionante no está legitimado por activa para solicitar la nulidad del contrato a través del medio contractual, porque el interés directo para actuar no fue probado en la demanda ni se relaciona ningún hecho adicional que permita deducirlo. Por lo anterior se declara probada de oficio la falta de legitimación en la causa por activa (se destaca).

La parte actora presentó recurso de apelación contra la decisión, el cual se concedió en el efecto suspensivo y se suspendió el trámite de la audiencia.

Esta Corporación, mediante providencia del 9 de noviembre de 2016, modificó parcialmente la decisión adoptada en primera instancia, en los siguientes términos: (i) sobre la pretensión de nulidad de la Resolución No. 936 de 2012 confirmó la excepción de indebida escogencia del medio de control y sobre la de caducidad de esa misma decisión no se pronunció, por no haber sido objeto del recurso de apelación; (ii) respecto del otrosí suscrito el 7 de mayo de 2012, confirmó la falta de legitimación por activa para demandar y (iii) en cuanto al otrosí del 19 de diciembre de 2012, revocó la decisión que declaró la falta de legitimación en la causa por activa. Sobre las anteriores decisiones la magistrada ponente consideró (se transcribe de forma literal, incluso con los posibles errores):

Para el despacho, el acto demandado [Resolución 936 de 2012] es suficientemente claro en señalar que se recibieron tres (3) ofertas en un proceso de selección de contratistas, que se evaluaron y se rechazaron dos (2), y que la tercera se declaró ajustada a las exigencias del municipio. (...).

*En esos términos, **la resolución demandada tiene naturaleza pre-contractual en relación con las empresas Aguas del Nordeste S.A. E.S.P. y la Empresa de Servicios Públicos de Amalfi S.A. E.S.P.** (...)*

*En medio de esa ambigüedad, el despacho entiende que **para AAS S.A. E.S.P. [Acueducto y Alcantarillado Sostenible S.A. E.S.P.] ese acto también es pre contractual, porque la decisión de ‘prorrogar’ el contrato que tenía en ejecución en realidad constituye una adjudicación en un proceso de***



Radicación: 05001-23-33-000-2014-01389 02(67.565)
Actor: Empresa de Servicios Públicos
Domiciliarios de Amalfi S.A. E.S.P.
Demandado: Municipio De Amalfi y otro
Referencia: Controversias contractuales (ley 1437 de
2011)

selección en el cual participó y compitió con otras dos empresas, que no resultaron beneficiadas. En ese sentido, no se trató de una 'prórroga' sino de la adjudicación de un proceso de selección y por eso la decisión es precontractual. (...).

Como consecuencia de esta definición, el Despacho confirmará la prosperidad de la declaración de indebida escogencia de la acción ejercida por el demandante contra la Resolución No. 936 del 17 de diciembre de 2012, porque este acto tiene naturaleza pre-contractual para todos los afectados, incluido el favorecido con la decisión y por eso el medio de control que debió ejercer el oferente no favorecido era el de nulidad y restablecimiento del derecho, no el de controversias contractuales.

Ahora, en relación con el estudio realizado por el Tribunal Administrativo en torno a la declaratoria de prosperidad de la excepción de caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el despacho no se pronunciará porque el apelante no lo cuestionó.

"(...).

En relación con el otrosí suscrito el 7 de mayo de 2012, cuyo objeto fue ampliar siete (7) meses y once (11) días el plazo del contrato que estaba en ejecución, contados a partir del 19 mayo de 2012 y hasta el 21 de diciembre de 2012, este despacho no advierte que la parte demandante, en esa fecha, tuviera alguna relación especial con el contrato cuyo plazo de ejecución se amplió. Por ejemplo, no se acreditó que para ese momento ya estuviera en trámite el proceso de selección del contratista que continuaría ejecutando las actividades de AOM del acueducto y alcantarillado del municipio.

(...).

En relación con la pretensión de nulidad absoluta del otrosí suscrito el 19 de diciembre de 2012, cuyo objeto fue prorrogar el plazo del contrato de administración, operación y mantenimiento de los sistemas de acueducto y alcantarillado.

Ya se explicó que este negocio se celebró como consecuencia de la adjudicación efectuada a la empresa AAS S.A. E.S.P., de manera que siendo el demandante un participante en el proceso de selección cuya propuesta fue rechazada y seleccionada la del demandado, es evidente el interés directo que tiene en pretender la nulidad absoluta del contrato producto del proceso de selección en el que participó y no fue adjudicatario.

(...).

Por lo anterior, se negará la excepción de falta de legitimación en la causa por activa para pretender la nulidad absoluta del otrosí suscrito el 19 de diciembre de 2012, cuyo estudio se impone en este proceso, como lo solicita el apelante. Sin embargo -se insiste-, si la sentencia que se dictara accede a la pretensión anulatoria, no tendrá efectos indemnizatorios en favor del demandante, porque el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho le caduco, de acuerdo con lo decidido por el tribunal administrativo (se destaca).

El 12 de julio de 2017 se reanudó la audiencia y se fijó el litigio en los siguientes términos (se transcribe de forma literal, incluso con los posibles errores):



Radicación: 05001-23-33-000-2014-01389 02(67.565)
Actor: Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios de Amalfi S.A. E.S.P.
Demandado: Municipio De Amalfi y otro
Referencia: Controversias contractuales (ley 1437 de 2011)

La pretensión frente a la cual se decidirá el siguiente proceso es: Que se deje sin efecto, o se declare la nulidad del otrosí No. 2 de 2012 realizado al contrato para la administración, operación y mantenimiento de los sistemas de acueducto y alcantarillado del municipio de Amalfi, celebrado en el año 1997 entre Acuantioquia E.S.P. y Acueductos y Alcantarillados Sostenibles S.A. E.S.P., posteriormente, cedido por Acuantioquia al municipio de Amalfi. [Otrosí] suscrito entre la empresa Acueductos y Alcantarillados Sostenibles S.A. E.S.P. y el municipio de Amalfi el 19 de diciembre de 2012. A esa pretensión se contrae este litigio. Asimismo, como fundamento de la pretensión la parte demandante considera que: (i) el otrosí no se debía realizar porque se debió realizar la adjudicación de un nuevo contrato y (ii) la prórroga se dio cuando el contrato ya estaba vencido (se destaca).

Luego se decretaron las pruebas solicitadas por las partes, con excepción de la documental que solicitaba los activos del sistema de acueducto y la pericial con la que se pretendía demostrar el monto de los perjuicios materiales, debido a la imposibilidad de acceder a una pretensión indemnizatoria, de acuerdo con lo considerado por el Consejo de Estado en la providencia del 9 de noviembre de 2016.

5.4. Etapa de pruebas

El 25 de octubre de 2017, el magistrado sustanciador instaló la audiencia de pruebas, en la cual se practicaron los testimonios de los señores Luis Eduardo Lopera Hernández, Jorge Alejandro Arango Hernández y Jorge Andrés Giraldo Zapata. Posteriormente se suspendió la audiencia y se reprogramó con el fin de escuchar los testimonios solicitados por la parte demandante y los interrogatorios decretados previamente.

El 26 de octubre de 2017 se reanudó la audiencia de pruebas, en la que se practicaron los testimonios de los señores Luis Fernando González, Georgina María Palacio Berrio y Jesús Arturo Cadavid Martínez, además, se practicó el interrogatorio de parte del señor Julián Fernando Ibarbo Gil, en su condición de representante legal de Amalfi S.A. E.S.P. Al finalizar se reprogramó la diligencia para tener la oportunidad de contradecir el dictamen pericial aportado por el auxiliar de la justicia Joseph Martínez Pereira *-perito grafólogo-*.

El 1 de marzo de 2018 se instaló nuevamente la audiencia, a la cual compareció el perito Joseph Martínez, quien expuso el método utilizado para analizar las firmas del señor Rafael Márquez Bertel en el contrato para la administración, operación y mantenimiento de los sistemas de acueducto y alcantarillado de los municipios de Amalfi, Anorí y Yalí y en el Acta de inicio del contrato, los cuales aparecen suscritos por esta persona en su calidad de representante legal de Acuantioquia S.A. E.S.P.



Radicación: 05001-23-33-000-2014-01389 02(67.565)
Actor: Empresa de Servicios Públicos
Domiciliarios de Amalfi S.A. E.S.P.
Demandado: Municipio De Amalfi y otro
Referencia: Controversias contractuales (ley 1437 de
2011)

Cumplido lo anterior, el Tribunal *a quo* corrió traslado para presentar alegatos de conclusión y el concepto del representante del Ministerio Público por escrito.

5.5. Alegatos de conclusión

La parte demandante reiteró los argumentos de la demanda y sostuvo que con las pruebas practicadas se demostró la ilegalidad del otrosí que prorrogó el contrato⁵. Asimismo, Acueductos y Alcantarillados Sostenibles S.A. E.S.P.⁶, presentó sus alegatos de conclusión y se opuso a las pretensiones en su contra, por considerar que el otrosí demandado no es ilegal, ni vulneró el interés general en beneficio de uno particular.

El municipio de Amalfi y el Ministerio Público guardaron silencio.

6. La sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo de Antioquia – Sala Primera de Oralidad, mediante sentencia del 27 de julio de 2021⁷, declaró la nulidad de la Resolución 936 del 17 de diciembre de 2012 y la nulidad absoluta del otrosí No. 2 del 19 de diciembre de 2012, por medio del cual se prorrogó el contrato para la administración, operación y mantenimiento del sistema de acueducto y alcantarillado del municipio de Amalfi, suscrito entre el municipio de Amalfi y Acueductos y Alcantarillados Sostenibles S.A. E.S.P.

Al analizar el caso concreto, el Tribunal expresó que, de conformidad con lo considerado por el Consejo de Estado en providencia del 9 de noviembre de 2016, la Resolución 936 del 17 de diciembre de 2012 tuvo efectos de adjudicación del contrato a la empresa Acueductos y Alcantarillados Sostenibles S.A. E.S.P., además, consideró que el otrosí No. 2 del 19 de diciembre de 2012 no constituyó una prórroga al contrato inicial sino un nuevo negocio jurídico, bajo ese supuesto, el *a quo* afirmó que el contrato materializado en el otrosí demandado debió producirse mediante un procedimiento de selección regulado por la Ley 80 de 1993.

Sobre ese aspecto, el Tribunal abordó el régimen jurídico aplicable a la Resolución 936 de 2012 y al otrosí No. 2 y consideró que, en un nuevo proceso de selección del operador del sistema de acueducto y alcantarillado de Amalfi, la entidad territorial debió realizar una invitación pública de oferentes a participar, de acuerdo

⁵ Folios 521 a 526 del cuaderno número 2.

⁶ Folios 509 a 520 del cuaderno número 2.

⁷ Folios 533 a 544 del Consejo de Estado.



Radicación: 05001-23-33-000-2014-01389 02(67.565)
Actor: Empresa de Servicios Públicos
Domiciliarios de Amalfi S.A. E.S.P.
Demandado: Municipio De Amalfi y otro
Referencia: Controversias contractuales (ley 1437 de
2011)

con el artículo 6 de la Ley 142 de 1994 y, a partir de la Resolución CRA 943 de 2021 -compiló la *Regulación general de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo-*, concluyó que esa invitación debía seguir las normas de la licitación pública establecidas en la Ley 80 de 1993.

Así las cosas, el Tribunal verificó que no se demostró que el municipio de Amalfi hubiera adelantado el proceso de selección de licitación pública, de conformidad con las normas establecidas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública -EGCAP-.

Por tal motivo, el Tribunal consideró que el municipio de Amalfi, a través de la Resolución 936 de 2012, adjudicó de manera directa a la empresa Acueductos y Alcantarillados Sostenibles el contrato para la administración, operación y mantenimiento del sistema de acueducto y alcantarillado del municipio de Amalfi, por lo cual declaró la nulidad de la Resolución 936 de 2012, con fundamento en el artículo 1741 del Código Civil, por considerar que se expidió dicho acto sin el cumplimiento de las formalidades legales y, como consecuencia, también declaró nulo el otrosí No. 2 del 19 de diciembre de 2012.

Por último, no condenó en costas por discutirse un asunto de interés público.

7. Recursos de apelación

7.1. Municipio de Amalfi

La entidad territorial argumentó que la Resolución 936 de 2012 no adjudicó un negocio como consecuencia de un proceso de selección, sino que pretendió dar continuidad al contrato vigente de administración, operación y mantenimiento del sistema de acueducto y alcantarillado de Amalfi con Acueductos y Alcantarillados Sostenibles S.A. E.S.P.

Respecto de la celebración del otrosí No. 2 del 19 de diciembre de 2012 que prorrogó el plazo contractual, consideró que fue legal y se realizó durante la vigencia del contrato inicial, que había sido previamente ampliado mediante el otrosí del 7 de mayo de 2012.

Por otra parte, la entidad expresó que, si bien Amalfi S.A. E.S.P. se creó como consecuencia de un proceso de selección adelantado por el municipio de Amalfi, esa situación no implicaba que la empresa creada debiera prestar todos los servicios públicos de esta localidad, incluido el de acueducto y alcantarillado,



Radicación: 05001-23-33-000-2014-01389 02(67.565)
Actor: Empresa de Servicios Públicos
Domiciliarios de Amalfi S.A. E.S.P.
Demandado: Municipio De Amalfi y otro
Referencia: Controversias contractuales (ley 1437 de
2011)

especialmente, si se tiene en cuenta que no cumplía con los requisitos mínimos para poder ejecutar el contrato demandado.

Por último, manifestó que la empresa Amalfi S.A. E.S.P. no podía ejercer una acción de controversias contractuales en contra del contrato para la administración, operación y mantenimiento del sistema de acueducto y alcantarillado de Amalfi, por no ser parte del negocio jurídico.

7.2. Acueductos y Alcantarillados Sostenibles S.A. E.S.P.

La sociedad demandada aclaró que la Resolución 936 de 2012 no se expidió de acuerdo con las normas de la licitación pública, porque nunca existió un proceso de selección para tal fin, lo que ocurrió fue la prórroga de un contrato que se encontraba en ejecución, por lo que no era necesario realizar un nuevo contrato.

Asimismo, expresó que la prórroga del contrato existente debía darse mediante un acuerdo bilateral de voluntades de los contratantes, por ese motivo se materializó a partir de la firma del otrosí del 19 de diciembre de 2012 y, en ese sentido, la Resolución 936 de 2012 únicamente contiene la voluntad de la administración municipal que consideró conveniente prorrogar el contrato que se encontraba en ejecución, pero no es la que materializa dicha decisión. En ese orden de ideas, consideró que se equivocó el Tribunal al otorgarle un alcance distinto a la Resolución 936 de 2012, pues, a juicio del recurrente, dicha decisión no descartó ni adjudicó ninguna propuesta, porque no se dio como consecuencia de un proceso de selección, por el contrario, reiteró que lo que hizo fue considerar la conveniencia de suscribir una prórroga frente al contrato vigente.

Por otra parte, fundamentó el recurso en que el Tribunal decidió sobre la competencia para adjudicar un nuevo contrato, lo que no era parte de la fijación del litigio, pues lo discutido era la validez y naturaleza de los actos demandados.

Por último, expresó que en la sentencia de primera instancia se invirtió de manera irregular la carga probatoria, porque se partió de la premisa de no haberse demostrado el cumplimiento de todas las formalidades de un procedimiento de licitación pública para seleccionar el nuevo contratista, lo que el recurrente consideró erróneo, debido a que el acto expedido goza de presunción de legalidad y corresponde al demandante demostrar específicamente cual fue la violación de las normas que conducen a su nulidad, lo cual no se demostró en el *sub lite*.



Radicación: 05001-23-33-000-2014-01389 02(67.565)
Actor: Empresa de Servicios Públicos
Domiciliarios de Amalfi S.A. E.S.P.
Demandado: Municipio De Amalfi y otro
Referencia: Controversias contractuales (ley 1437 de
2011)

8. Actuación en segunda instancia

8.1. El Tribunal Administrativo de Antioquia concedió los recursos de apelación, los que fueron admitidos por esta Corporación mediante auto del 12 de octubre de 2021, en el que, además, se indicó a las partes que podrán alegar de conclusión “[d]esde la notificación del auto que concede la apelación y hasta la ejecutoria del que la admite en segunda instancia”⁸.

8.2. Las partes y el Ministerio Público guardaron silencio.

II. CONSIDERACIONES

Para resolver la segunda instancia de la presente *litis*, se abordarán los siguientes temas: **1)** Jurisdicción y competencia del Consejo de Estado en segunda instancia; **2)** Cuestión previa: alcance del objeto del litigio; **3)** Legitimación en la causa por activa; **4)** Oportunidad en el ejercicio del medio de control de controversias contractuales; **5)** Objeto del recurso de apelación; **6)** Caso concreto; **6.1)** Tipología y régimen contractual del contrato celebrado entre Acuantioquia S.A. E.S.P. y Acueductos y Alcantarillados Sostenibles S.A. E.S.P; **6.1.1)** Tipología contractual; **6.1.2)** Régimen normativo; **6.2)** Sobre el procedimiento y posibilidad de prorrogar el contrato para la administración operación y mantenimiento del sistema de acueducto y alcantarillado; **6.3)** En cuanto a la legalidad y oportunidad para suscribir el otrosí 2 del 19 de diciembre de 2012; **6.4.)** Conclusión; **7)** costas.

1. Jurisdicción y competencia del Consejo de Estado en segunda instancia

En el presente asunto se tiene que el artículo 104⁹ de la Ley 1437 de 2011, vigente a partir del 2 de julio de 2012, prescribe que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se encuentra instituida para conocer, “*además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, (...) en los que estén involucradas las entidades públicas*”.

En esta oportunidad se encuentran en controversia circunstancias relacionadas con

⁸ En concordancia con lo establecido en los numerales 4 y 6 del artículo 247 del CPACA, modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021.

⁹ “Artículo 104. De la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa.

“Igualmente conocerá de los siguientes procesos:

“(…)”.

“2. Los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado”.



Radicación: 05001-23-33-000-2014-01389 02(67.565)
Actor: Empresa de Servicios Públicos
Domiciliarios de Amalfi S.A. E.S.P.
Demandado: Municipio De Amalfi y otro
Referencia: Controversias contractuales (ley 1437 de
2011)

el contrato de administración, operación y mantenimiento del sistema de acueducto y alcantarillado de Amalfi y las actuaciones realizadas para lograr la prórroga del negocio.

Así las cosas, al ser el municipio de Amalfi una entidad pública que funge como parte en el contrato en el que se suscribió el otrosí No. 2 del 19 de diciembre de 2012, se encuentra que esta jurisdicción es competente para conocer del presente asunto, con sujeción a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 104 del CPACA.

También le asiste competencia a la Sala para tramitar el asunto en segunda instancia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 150 del CPACA, modificado por el artículo 26 de la Ley 2080 de 2021, que dispone que el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y por tratarse de un proceso con vocación de doble instancia por razón de la cuantía, dado que la pretensión mayor¹⁰ excede los 500 salarios mínimos legales mensuales vigentes¹¹ a la fecha de presentación de la demanda¹².

2. Cuestión previa: alcance del objeto del litigio

Según se aprecia del recuento extraído de lo ocurrido en la audiencia inicial, la Sala observa que, a pesar de que el tribunal *a quo* en esa oportunidad declaró probada la excepción de caducidad frente a la Resolución 936 de 2012, decisión que fue confirmada por esta Corporación en auto del 9 de noviembre de 2016, por no haber sido objeto de recurso, lo cierto es que de forma incomprensible, al proferir el fallo de primera instancia, se declaró la nulidad de la Resolución 936 de 2012 sin tener en consideración que la discusión jurídica sobre el punto ya había sido zanjada en las dos instancias, por encontrarse caducada la pretensión en comento.

Debido a lo considerado en la sentencia de primera instancia, las demandadas en sus recursos de apelación se refirieron a las circunstancias que rodearon la expedición de la Resolución 936 de 2012, de la siguiente manera:

El municipio de Amalfi expresó que la Resolución 936 de 2012 distinto a adjudicar un negocio, como consecuencia de un proceso de selección, lo que realmente

¹⁰ Lo solicitado por perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante consolidado, asciende a (\$1.784'373.866, monto que excedió los 500 SMLMV para la fecha de presentación de la demanda -4 de agosto de 2014-.

¹¹ A la fecha de presentación de la demanda (2014) 500 SMLMV equivalían a \$308'000.000.

¹² Como la demanda se presentó en vigencia del CPACA, la norma con la cual se determina la competencia por razón de la cuantía es el artículo 157 de ese cuerpo normativo.



Radicación: 05001-23-33-000-2014-01389 02(67.565)
Actor: Empresa de Servicios Públicos
Domiciliarios de Amalfi S.A. E.S.P.
Demandado: Municipio De Amalfi y otro
Referencia: Controversias contractuales (ley 1437 de
2011)

pretendió fue dar continuidad al contrato de administración, operación y mantenimiento del sistema de acueducto y alcantarillado de Amalfi con Acueductos y Alcantarillados Sostenibles S.A. E.S.P.

Por su parte, Acueductos y Alcantarillados Sostenibles S.A. E.S.P. manifestó que (i) La Resolución No. 936 de 2012 no es el resultado de un proceso de selección y, por ende, no le resultan aplicables las normas de licitación pública; (ii) El Tribunal al pronunciarse sobre la competencia para la supuesta adjudicación del contrato decidió sobre un asunto que no hizo parte de la fijación del litigio y (iii) En la sentencia de primera instancia se invirtió la carga probatoria en cuanto al cumplimiento de las formalidades para realizar el proceso de selección que supuestamente afectó la legalidad de la Resolución 936 de 2012.

En este punto, la Sala estima pertinente precisar que en el *sub lite* se centró la controversia únicamente respecto de la pretensión de nulidad del otrosí No. 2 suscrito el 19 de diciembre de 2012, entre el municipio de Amalfi y Acueductos y Alcantarillados Sostenibles S.A. E.S.P., tal como se procedió a recalcar durante la continuación de la audiencia inicial llevada a cabo en la primera instancia.

Por lo anterior, se advierte desde este momento que, en tanto la decisión de primera instancia proferida en la audiencia inicial, en la cual se declaró la caducidad de la pretensión de nulidad de la Resolución No. 936 de 2012 no fue apelada por la parte demandante y quedó en firme, constituyó cosa juzgada sobre la cual no era posible volver en la sentencia de primera instancia.

De ello se sigue que, independientemente de lo considerado en la sentencia de primera instancia en la que se declaró la nulidad de la Resolución No. 936 de 2012, la Sala estima que debe mantenerse la declaratoria de caducidad y no puede proferirse decisión anulatoria en su contra, a pesar de que el *a quo* sin aducir razón alguna que lo llevara apartarse de su propia decisión la desconoció y se pronunció sobre su legalidad.

La situación advertida lleva a su turno a que no sea posible analizar varios de los argumentos de los recursos de apelación formulados por las demandadas en cuanto se dirigen a esgrimir razones por las cuales debe conservarse la presunción de legalidad de la Resolución No. 936 de 2012, dado que, se reitera, dicha decisión continúa gozando de ese atributo, en tanto la pretensión de nulidad impetrada en su contra se hallaba caducada.



Radicación: 05001-23-33-000-2014-01389 02(67.565)
Actor: Empresa de Servicios Públicos
Domiciliarios de Amalfi S.A. E.S.P.
Demandado: Municipio De Amalfi y otro
Referencia: Controversias contractuales (ley 1437 de
2011)

De otro lado, en el escrito de demanda, se cuestionó la autenticidad de la firma del representante legal de Acuantioquia S.A. E.S.P. en el acta de inicio del contrato primigenio y bajo ese supuesto concluyó que no se podía tener en cuenta dicho documento para contabilizar el plazo de ejecución del negocio, sino que debía contarse desde su celebración, es decir, desde el 23 de abril de 1997, y desde esa óptica la suscripción del otrosí No. 1 del 7 de mayo de 2012 resultó extemporánea por firmarse con posterioridad a la vigencia del negocio inicial, por lo que los dos otrosíes se encontraban viciados de nulidad y no podían haber sido celebrados.

Sobre ese aspecto, se aclara que en la referida providencia del 9 de noviembre de 2016, la Corporación confirmó la falta de legitimación en la causa por activa de la parte demandante para cuestionar la validez del otrosí No. 1 del 7 de mayo de 2012, por lo que el Tribunal *a quo* no realizó una valoración de la legalidad de este otrosí No. 1.

En ese escenario, en razón a que una de las causales de nulidad alegada sobre el otrosí No 2 del 19 de diciembre de 2012 se fundamentó en la supuesta extemporaneidad del otrosí No. 1 del 7 de mayo de 2012, frente al cual se encuentra declarada la falta de legitimación en la causa por activa y que, por lo mismo, no fue anulado por la primera instancia, la Sala, al resolver los cargos de la apelación, decidirá sobre la base de que el otrosí No. 1 continúa gozando de su presunción de legalidad.

En ese orden, la fijación del litigio se limitó a discurrir sobre la nulidad absoluta del otrosí No. 2 del 19 de diciembre de 2012, que prorrogó el contrato para la administración, operación y mantenimiento del sistema de acueducto y alcantarillado del municipio de Amalfi.

Como consecuencia, esta Subsección debe fijar su análisis respecto de la pretensión de nulidad del otrosí No. 2 suscrito el 19 de diciembre de 2012 entre el municipio de Amalfi y Acueductos y Alcantarillados Sostenibles S.A. E.S.P., que prorrogó el contrato para la administración, operación y mantenimiento del sistema de acueducto y alcantarillado del municipio de Amalfi, en consonancia con los cargos de la apelación relacionados con la legalidad de ese acuerdo.

3. Legitimación en la causa por activa

Recuerda la Sala que, en providencia del 9 de noviembre de 2016, esta Corporación consideró que la parte actora se encontraba legitimada para demandar la legalidad del otrosí No. 2 del 19 de diciembre de 2012, como consecuencia de habersele



Radicación: 05001-23-33-000-2014-01389 02(67.565)
Actor: Empresa de Servicios Públicos
Domiciliarios de Amalfi S.A. E.S.P.
Demandado: Municipio De Amalfi y otro
Referencia: Controversias contractuales (ley 1437 de
2011)

privado de asumir en adelante la ejecución de ese contrato en calidad de concesionaria.

El municipio de Amalfi, en su recurso de apelación, cuestionó que la empresa Amalfi S.A. E.S.P. no podía ejercer la acción de controversias contractuales para pretender la nulidad del contrato para la administración, operación y mantenimiento del sistema de acueducto y alcantarillado de Amalfi, por no ser parte del negocio jurídico, lo que viciaba su interés legítimo para presentar la demanda.

Sobre este aspecto, la Sala¹³ ha considerado que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 141 del CPACA¹⁴, la nulidad absoluta del contrato la pueden alegar las partes, el Ministerio Público o un tercero que acredite un **interés directo** sobre el negocio jurídico. En este caso específico se advierte que el interés de la parte demandante deviene de las condiciones y finalidad para las que fue creada Amalfi S.A. E.S.P. que, además, contó con aporte de capital público del municipio de Amalfi, como se procede a explicar:

Así, se precisa que el artículo 15.1 de la Ley 142 de 1994 determinó quiénes podrían prestar servicios públicos, entre ellos, enlistó a las empresas de servicios públicos.

De las pruebas que obran en el proceso se evidencia que, mediante la Resolución No. 431 de 2008, el municipio de Amalfi seleccionó a la empresa Aser Servicios E.S.P. S.A. como socio para *“conformar una empresa de servicios públicos domiciliarios en el municipio”*¹⁵, lo cual condujo a la creación de Amalfi S.A. E.S.P con participación del municipio de Amalfi, como propietaria del 49% de las acciones, y de Asesorías y Servicios E.S.P. S.A. como propietaria del 51% de las acciones.

¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, providencia del 6 de noviembre de 2020, expediente: 66.022, M.P. José Roberto Sáchica Méndez.

¹⁴ Artículo 141: *“Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas. Así mismo, el interesado podrá solicitar la liquidación judicial del contrato cuando esta no se haya logrado de mutuo acuerdo y la entidad estatal no lo haya liquidado unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido para liquidar de mutuo acuerdo o, en su defecto, del término establecido por la ley.*

Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, podrán demandarse en los términos de los artículos 137 y 138 de este Código, según el caso.

El Ministerio Público o un tercero que acredite un interés directo podrán pedir que se declare la nulidad absoluta del contrato. El juez administrativo podrá declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso, siempre y cuando en él hayan intervenido las partes contratantes o sus causahabientes”.

¹⁵ Sin embargo, se precisa que en los términos del artículo 14.6 de la ley 142 de 1994, la conformada empresa no podría tener el carácter de empresa de servicios públicos mixta, por cuanto su participación accionaria no era igual ni superior al 50%.



Radicación: 05001-23-33-000-2014-01389 02(67.565)
Actor: Empresa de Servicios Públicos
Domiciliarios de Amalfi S.A. E.S.P.
Demandado: Municipio De Amalfi y otro
Referencia: Controversias contractuales (ley 1437 de
2011)

Bajo ese supuesto, es claro que el municipio de Amalfi, junto con un socio, conformaron la empresa Amalfi S.A. E.S.P. con el objeto de prestar servicios públicos domiciliarios en ese ente territorial. De ahí que la sociedad demandante funda su interés para demandar el otrosí 2 del 19 de diciembre de 2012 en la expectativa que tenía de prestar el servicio de acueducto y alcantarillado del municipio, una vez vencido el plazo del contrato que se encontraba en ejecución cuando fue constituida, por tratarse de una empresa de servicios públicos en la que la misma entidad territorial tiene una relevante participación accionaria.

Como consecuencia, analizado el objeto social de Amalfi S.A. E.S.P., se encuentra que es una empresa de servicios públicos creada por iniciativa y con capital del municipio de Amalfi, independientemente de tener una participación accionaria mayoritaria de capital privado, a la que le subsiste un interés en prestar el servicio de acueducto y alcantarillado en el municipio y que se habría visto truncado a partir de la prórroga consagrada en el otrosí 2 del contrato para la administración, operación y mantenimiento del sistema de acueducto y alcantarillado del municipio de Amalfi.

Por lo expuesto, se encuentra probada la legitimación en la causa por activa de hecho para elevar pretensiones en contra de dicho acto, tal como se consideró en la providencia del 9 de noviembre de 2016 por esta Corporación.

En relación con su legitimación material, se aclara que, por determinar el sentido de la sentencia *-denegatoria o condenatoria-*, no se analizará *ab initio*, sino al adelantar el estudio que permita definir si se incurrió o no en las causales de nulidad alegadas.

4. Oportunidad para el ejercicio del medio de control de controversias contractuales

Observa la Sala que el presente debate versa sobre la supuesta nulidad del otrosí No. 2 del 19 de diciembre de 2012, mediante el cual el municipio de Amalfi y la empresa Acueductos y Alcantarillados Sostenibles S.A. E.S.P. formalizaron la prórroga del contrato para la administración, operación y mantenimiento del sistema de acueducto y alcantarillado del municipio de Amalfi.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 141¹⁶ de la Ley 1437 de 2011, le corresponde a la Sala tramitar el asunto debatido a través del medio de control de controversias contractuales.

¹⁶ Artículo 141. *Controversias contractuales. Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su*



Radicación: 05001-23-33-000-2014-01389 02(67.565)
Actor: Empresa de Servicios Públicos
Domiciliarios de Amalfi S.A. E.S.P.
Demandado: Municipio De Amalfi y otro
Referencia: Controversias contractuales (ley 1437 de
2011)

Para establecer la oportunidad de la interposición de la demanda, la Sala atenderá a la regla prescrita en el inciso 2 del numeral 2 literal j) del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011, de conformidad con la cual: *“Cuando se pretenda la nulidad absoluta o relativa del contrato, el término para demandar será de dos (2) años que se empezarán a contar desde el día siguiente al de su perfeccionamiento. En todo caso, podrá demandarse la nulidad absoluta del contrato mientras este se encuentre vigente”*.

En esa misma línea, se precisa que el otrosí del 19 de diciembre de 2012, suscrito entre el municipio de Amalfi y Acueductos y Alcantarillados Sostenibles S.A. E.S.P., tuvo por objeto extender la vigencia del contrato primigenio hasta el 18 de mayo de 2027.

En ese orden de ideas, como la demanda se interpuso el 4 de agosto de 2014, es claro que el contrato y los actos contractuales de los cuales se pretende su nulidad se mantenían vigentes para ese momento, por lo que la demanda resultó oportuna.

5. Objeto de los recursos de apelación

Teniendo en cuenta lo considerado en el acápite previo sobre el alcance del objeto del litigio y la legitimación en la causa de Amalfi S.A. E.S.P., la Sala pone de presente que los argumentos relacionados con el otrosí No 2 del 19 de diciembre de 2012, son los siguientes:

El municipio de Amalfi apeló la sentencia con el fin de que sea revocada y al respecto argumentó los siguientes motivos: (i) El otrosí No. 2 del 19 de diciembre de 2012 es legal, según las normas que regulan el negocio, (ii) El otrosí No. 2 se realizó durante la vigencia del contrato inicial, que había sido previamente ampliado mediante el otrosí del 7 de mayo de 2012 y (iii) La creación de la empresa Amalfi S.A. E.S.P. no implicaba la obligación de prestar todos los servicios públicos de la

incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas. Así mismo, el interesado podrá solicitar la liquidación judicial del contrato cuando esta no se haya logrado de mutuo acuerdo y la entidad estatal no lo haya liquidado unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido para liquidar de mutuo acuerdo o, en su defecto, del término establecido por la ley.

Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, podrán demandarse en los términos de los artículos 137 y 138 de este Código, según el caso.

El Ministerio Público o un tercero que acredite un interés directo podrán pedir que se declare la nulidad absoluta del contrato. El juez administrativo podrá declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso, siempre y cuando en él hayan intervenido las partes contratantes o sus causahabientes (se destaca).



Radicación: 05001-23-33-000-2014-01389 02(67.565)
Actor: Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios de Amalfi S.A. E.S.P.
Demandado: Municipio De Amalfi y otro
Referencia: Controversias contractuales (ley 1437 de 2011)

localidad y, por ello no se le cercenó derecho alguno con la prórroga del contrato realizada a través del otrosí No. 2.

Por otra parte, el recurso de apelación de Acueductos y Alcantarillados Sostenibles S.A. E.S.P se fundó en que la prórroga del contrato se dio mediante un acto bilateral de carácter contractual que se materializó en el otrosí del 19 de diciembre de 2012.

Así las cosas, le corresponde a la Sala analizar los argumentos esbozados por las demandadas y determinar si se incurrió o no en las causales de nulidad absoluta del contrato declaradas en la sentencia de primera instancia.

6. Caso concreto

Con la finalidad de resolver los argumentos planteados en los recursos de apelación, la Sala definirá la tipología contractual del negocio jurídico demandado y su régimen normativo, con el propósito de establecer si la celebración del otrosí No. 2 del 19 de diciembre de 2012 fue legal, oportuna y si vulneró los derechos alegados por Amalfi S.A. E.S.P.

6.1. De la tipología y del régimen contractual del contrato celebrado entre Acuantioquia S.A. E.S.P. y Acueductos y Alcantarillados Sostenibles S.A. E.S.P.

6.1.1. Tipología contractual

En orden a determinar el régimen contractual que informó el contrato prorrogado mediante el otrosí demandado.

Esta Corporación en sendas ocasiones ha sostenido que al margen de la denominación que se le imprima a un determinado negocio jurídico, tal circunstancia no resulta determinante de la tipología a la que obedece, pues para tal fin indefectiblemente deben consultarse los elementos de su esencia, sin cuya concurrencia u observancia el negocio jurídico sería inexistente o se convertiría en otro diferente¹⁷.

Pues bien, el contrato inicial celebrado entre Acuantioquia S.A. E.S.P¹⁸ y Acueductos y Alcantarillados Sostenibles S.A. E.S.P., suscrito el 23 de abril de

¹⁷ Al respecto se puede consultar: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 1 de agosto de 2016, Expediente: 49.311. Criterio reiterado en sentencia del 13 de noviembre de 2018, expediente 55.230.

¹⁸ Identificada en la cláusula primera del contrato como: “*empresa oficial prestadora de servicios públicos domiciliarios, descentralizada del orden departamental, en la modalidad de sociedad*



Radicación: 05001-23-33-000-2014-01389 02(67.565)
Actor: Empresa de Servicios Públicos
Domiciliarios de Amalfi S.A. E.S.P.
Demandado: Municipio De Amalfi y otro
Referencia: Controversias contractuales (ley 1437 de
2011)

1997, tuvo como objeto “*la administración, operación y mantenimiento de los sistemas de acueducto y alcantarillado de los municipios de Amalfi, Anorí y Yalí*”; igualmente, del contenido de las prestaciones del negocio se evidencia que algunas de las obligaciones contraídas por Acueductos y Alcantarillados Sostenibles S.A. E.S.P fueron:

“A. Prestar eficientemente los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado a los usuarios que demanden el servicio, dentro del perímetro establecido en el plan maestro de acueducto y alcantarillado.

B. Mantener en buen estado de funcionamiento todos los componentes de los sistemas de acueducto y alcantarillado.

C. Efectuar las conexiones domiciliarias a que hubiere lugar de conformidad, con las normas reguladoras del servicio.

D. Dar lectura periódica a los aparatos de medición que registren la cantidad del consumo, entregando copia de la lectura al usuario.

E. Elaborar y distribuir las facturas a los usuarios teniendo en cuenta la estratificación socioeconómica vigente y el régimen tarifario.

F. Cobrar y recaudar oportunamente los pagos correspondientes por la prestación de los servicios y demás conceptos anexos.

G. Aplicar a los valores recaudados el régimen económico que en este contrato se acuerda (...)

(...).

K. Efectuar a cargo de Acuantioquia E.S.P. todas las inversiones y gastos que demande la optimización, mantenimiento, reposición, extensión y ampliación de los sistemas, de conformidad con lo acordado previamente.

L. Devolver a Acuantioquia E.S.P. todos los componentes vinculados al sistema con sus mejoras, al momento de terminación del presente contrato.

M. Realizar el diseño del plan maestro de acueducto y alcantarillado con cargo al sistema, cuyo valor será amortizado según se acuerde con Acuantioquia E.S.P.

Como retribución para el operador del sistema de acueducto y alcantarillado – *Acueductos y Alcantarillados Sostenibles S.A. E.S.P.*- se consagró en la cláusula cuarta del contrato:

anónima, sujeta al régimen de las empresas industriales del Estado”. La misma definición de su naturaleza jurídica fue tomada en cuenta por esta Sección en sentencia del 24 de mayo de 2006, expediente 31.024, magistrado ponente Alíer Eduardo Hernández Enríquez.



Radicación: 05001-23-33-000-2014-01389 02(67.565)
Actor: Empresa de Servicios Públicos
Domiciliarios de Amalfi S.A. E.S.P.
Demandado: Municipio De Amalfi y otro
Referencia: Controversias contractuales (ley 1437 de
2011)

“Cláusula Cuarta: Retribución del operador. El operador tendrá derecho a título de remuneración única por su gestión para la administración, operación y mantenimiento de los sistemas de acueductos y alcantarillados (...) a un 14% de lo efectivamente recaudado cada mes.

En favor de Acuantioquia S.A. E.S.P. se acordó una cláusula denominada *“Régimen económico del contrato”*, que estableció:

“Los recaudos obtenidos se contabilizarán según las disposiciones que regulan la materia y los ingresos se aplicaran en forma preferente a los siguientes conceptos, en su orden:

(...).

Realizada la anterior distribución, los excedentes se transferirán a la propietaria del sistema, quien aplicará el pago de la cuota de auditoría técnica a su favor en un porcentaje de lo trasladado el cual será reajustado anualmente por la junta directiva de Acuantioquia.

Las partes acordaron en la cláusula tercera¹⁹ del negocio un plazo de duración de 15 años, con posibilidad de ser prorrogado por un período igual, mediante acuerdo previo de las partes; sin embargo, también se estableció que *“en caso de determinarse la no conveniencia de la continuidad del operador, el sistema podrá ser sacado de nuevo a licitación pública”*. En ese sentido, la Sala aclara que si bien, se acordó una posibilidad de prórroga dicha decisión no generaba una obligación o compromiso a cargo de la entidad contratante porque también se permitió terminar el negocio al vencimiento del plazo, si no se consideraba conveniente su prórroga, sin que se observe otras pruebas que obligaran a suscribir una ampliación del plazo del negocio.

En el texto contractual, cláusula novena, también se pactó que el operador realizará la ejecución de las actividades a su cargo de manera autónoma e independiente siempre y cuando cumpliera con las delimitaciones legales y contractuales para el desarrollo de su actividad:

“Cláusula novena: El operador actuará con autonomía e independencia administrativa, técnica y financiera (...) sin perjuicio de rendirle a Acuantioquia E.S.P. las informaciones que solicite acerca de la gestión y de atender las

¹⁹ *“Cláusula tercera: Duración. La duración del presente contrato será de quince (15) años contados a partir de la fecha de su firma pudiendo ser prorrogado por acuerdo previo y escrito entre las partes, por un período igual al inicialmente pactado, sin perjuicio de la ocurrencia de alguna de las causales de suspensión o terminación anticipada, evento en el cual interrumpirá o cesará su vigencia, según el caso.*

En caso de determinarse la no conveniencia en la continuidad del operador, el sistema podrá ser sacado de nuevo a licitación pública. En todo caso la vigencia del contrato se extenderá hasta la liquidación final”.



Radicación: 05001-23-33-000-2014-01389 02(67.565)
Actor: Empresa de Servicios Públicos
Domiciliarios de Amalfi S.A. E.S.P.
Demandado: Municipio De Amalfi y otro
Referencia: Controversias contractuales (ley 1437 de 2011)

observaciones sobre el cumplimiento de los índices de gestión, la eficiencia en la prestación del servicio y el cumplimiento de sus compromisos legales, reglamentarios y contractuales (...). Es entendido que el operador laborará con su propio personal; por consiguiente, Acuantioquia E.S.P. no responderá por deudas laborales, fiscales, contractuales y extracontractuales ni de cualquier otra índole que surgieren con los usuarios, con entidades públicas o con terceros, en razón o con ocasión de los servicios que trata este documento (...).

Es importante precisar que en la demanda se identificó la tipología negocial como un contrato de concesión, lo que avoca a la Sala a realizar las siguientes precisiones:

Para esclarecer los elementos esenciales del contrato de concesión, la Sala acude al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, pues sin perjuicio de que ese no sea el régimen aplicable al contrato, como más adelante se explicará, no puede dejarse de lado el hecho de que fue esa compilación la que de manera general definió el contrato de concesión como aquel que celebran las entidades estatales con una de estas finalidades: de un lado, otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público; de otro lado, encomendar a dicho concesionario la construcción, explotación o conservación, total o parcial, de una obra o un bien destinado al servicio o uso público.

Como contraprestación se reconoce y paga una remuneración, la cual puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización o en la participación que se le otorgue al concesionario en la explotación del bien o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.

Al abordar el estudio de los elementos esenciales del contrato de concesión, sin cuya presencia esta tipología devendría en inexistente o desembocaría en otra distinta, esta Subsección consideró lo siguiente:

Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, (...) las características del contrato de concesión (...) son: i) su celebración por parte de una entidad estatal, que actúa con carácter de concedente y por una persona natural o jurídica que toma el nombre de concesionario, ii) es el concesionario quien asume la gestión y riesgo de un servicio que corresponde al Estado sustituyendo a éste en el cumplimiento de dicha carga, iii) la entidad estatal mantiene durante la ejecución del contrato la inspección, vigilancia y control de la labor a ejecutar por parte del concesionario, iv) el concesionario recibe una remuneración o contraprestación, la cual se pacta, de diversas maneras (tasas,



Radicación: 05001-23-33-000-2014-01389 02(67.565)
Actor: Empresa de Servicios Públicos
Domiciliarios de Amalfi S.A. E.S.P.
Demandado: Municipio De Amalfi y otro
Referencia: Controversias contractuales (ley 1437 de
2011)

tarifas, derechos, participación en la explotación del bien, entre otros) y v) los bienes construidos o adecuados durante la concesión deben revertirse al Estado, aunque ello no se pacte expresamente en el contrato. (...) una característica que diferencia el contrato de concesión de los demás contratos es el relacionado con la obligación que tiene el concesionario de asumir la ejecución del objeto de la concesión por su propia cuenta y riesgo. (...) a diferencia de los demás contratos, en la concesión la utilidad económica que persigue el concesionario no surge del precio pactado, sino del rendimiento de los recursos invertidos para la realización del objeto contractual²⁰.

Al descender al análisis del clausulado del contrato, del contenido de las obligaciones detalladas, emerge que el negocio en comento previó, algunos elementos propios del contrato de concesión en tanto su objeto consistió en trasladar a un tercero la administración, operación y mantenimiento del servicio público de acueducto y alcantarillado de los municipios de Amalfi, Anorí y Yalí.

Igualmente se deriva que el operador asumiría la prestación del servicio de manera autónoma e independiente, lo cual podría dar lugar a colegir, aunque no de manera contundente, que su gestión se emprendería bajo su cuenta y riesgo.

Se acordó además, en el literal L de las obligaciones del operador que, al finalizar el plazo contractual, estaba en la obligación de revertir o devolver a Acuantiquia E.S.P. todos los componentes vinculados al sistema con sus mejoras.

Sin embargo, no se evidencia que la retribución pactada en favor del operador hubiese consistido en el rendimiento de los recursos destinados a optimizar la explotación del servicio o en los dineros percibidos por cuenta de su operación, habida consideración de que lo que se convino fue que el operador recibiría un porcentaje fijo equivalente a 14% de lo efectivamente recaudado cada mes.

En similar sentido, en cuanto al sistema de inversiones se advierte que su modelo financiero no se estructuró sobre la base de una erogación a cargo del operador que habría de saldarse con el retorno del producto de la explotación. Lo acordado se concretó en que el monto de las inversiones efectuadas para la reposición y extensión del sistema se harían con cargo a Acuantioquia E.S.P. de acuerdo con lo estipulado en el plan de optimización y, en atención, a un sistema de pagos establecida en la cláusula quinta denominada régimen económico del contrato.

²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 27 de marzo de 2014, exp. 26939, actor: Productora de Carnes Ubaté PCU Ltda. C.P. Hernán Andrade Rincón.



Radicación: 05001-23-33-000-2014-01389 02(67.565)
Actor: Empresa de Servicios Públicos
Domiciliarios de Amalfi S.A. E.S.P.
Demandado: Municipio De Amalfi y otro
Referencia: Controversias contractuales (ley 1437 de
2011)

De lo expuesto, surge que, aun cuando el negocio jurídico en comento participa de algunos elementos de la tipología de concesión, ciertamente la ausencia de varios de ellos impiden enmarcarlo con absoluto vigor en esa categoría.

En ese orden, la Sala concluye que el contrato celebrado entre Acuantioquia S.A. E.S.P y la sociedad Acueductos y Alcantarillados Sostenibles S.A. E.S.P para trasladar la explotación de la infraestructura que poseía en diferentes municipios del departamento de Antioquia, para que asumiera la operación y prestación del servicio público de acueducto y alcantarillado en esas localidades, a cambio del cobro periódico a los usuarios del servicio de tarifas reguladas por la ley y por la respectiva comisión, con el fin de garantizar la continuidad en la prestación del servicio público en los municipios de Amalfi, Anorí y Yalí correspondió a un contrato atípico en el cual se concentraron algunos elementos de la tipología de concesión.

6.1.2. Del régimen normativo

En este punto debe precisarse que para la época en que se celebró el contrato para la administración, operación y mantenimiento de los sistemas de acueducto y alcantarillado de Amalfi, Anorí y Yalí -23 de abril de 1997- se encontraba vigente la Ley 142 de 1994, en su redacción original, en la cual se estableció el régimen de los servicios públicos domiciliarios y en su artículo 31 dispuso (en su redacción original previo a la modificación introducida por la Ley 689 de 2001):

Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley, y que tengan por objeto la prestación de esos servicios, se regirán por el parágrafo 1 del artículo 32²¹ de la ley 80 de 1993 y por la presente Ley, salvo en lo que la presente Ley disponga otra cosa.

Es de advertir que el mencionado parágrafo excluyó de cobertura del Estatuto de Contratación a algunas entidades de carácter financiero que, no obstante ser de naturaleza estatal, en sus actos y contratos habrían de regirse por regulación especial o por el derecho común, según fuera el caso.

De allí se concluye que el régimen contractual de las entidades que prestaran servicios públicos domiciliarios, por regla general, no estarían gobernadas por el Estatuto de Contratación del Estado, salvo algunas eventualidades expresamente consagradas por el legislador.

²¹ “Los Contratos que celebren los Establecimientos de Crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal, no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades”.



Radicación: 05001-23-33-000-2014-01389 02(67.565)
Actor: Empresa de Servicios Públicos
Domiciliarios de Amalfi S.A. E.S.P.
Demandado: Municipio De Amalfi y otro
Referencia: Controversias contractuales (ley 1437 de
2011)

En esa misma línea se observa que la Ley 142 de 1994, en su artículo 39, reguló los contratos especiales para la gestión de los servicios públicos y en el numeral 3 enunció (en su redacción original), lo siguiente:

“39.3. Contratos de las entidades oficiales para transferir la propiedad o el uso y goce de los bienes que destina especialmente a prestar los servicios públicos; o concesiones o similares; o para encomendar a terceros cualquiera de las actividades que ellas hayan realizado para prestar los servicios públicos; o para permitir que uno o más usuarios realicen las obras necesarias para recibir un servicio que las entidades oficiales estén prestando; o para recibir de uno o más usuarios el valor de las obras necesarias para prestar un servicio que las entidades oficiales estén prestando; o para pagar con acciones de empresas los bienes o servicios que reciban.

(...).

Parágrafo: Salvo los contratos de que trata el numeral 39.1., todos aquellos a los que se refiere este artículo se regirán por el derecho privado. (...).

Como se observa, el contrato que ocupa la atención de la Sala bien puede enmarcarse dentro del supuesto contemplado en el numeral tercero del artículo 39 de la Ley 142 de 1994, en atención a que se trató de un negocio en el que participó un ente oficial Acuantioquia S.A. E.S.P., para que un tercero administrara, operara y mantuviera la prestación del servicio público de acueducto y alcantarillado en los municipios determinados. En eventos como este el régimen contractual habría de corresponder al contenido en las normas del derecho privado.

Posteriormente, Acuantioquia S.A. E.S.P. *en liquidación*- mediante contrato No. 009 de 2005²² transfirió al municipio de Amalfi S.A. E.S.P. “*el derecho de dominio y la posesión material que la sociedad (...) tiene y ejerce sobre todos los componentes activos bienes muebles e inmuebles que integran el sistema de acueducto y alcantarillado de Amalfi.*”

Asimismo, Acuantioquia S.A. E.S.P., en ejercicio de la facultad otorgada en la cláusula 11 del contrato, cedió su posición contractual al municipio de Amalfi, mediante acuerdo suscrito el 31 de marzo de 2005, únicamente en lo relacionado con la calidad contractual que ostentaba el cedente sobre la administración, operación y mantenimiento del sistema de acueducto y alcantarillado del municipio de Amalfi, sin incluir a Anorí y Yalí²³; la notificación de la cesión al contratista - *Acueductos y Alcantarillados Sostenibles S.A. E.S.P.*- estuvo a cargo del cedente y

²² Folios 37 a 40 del cuaderno principal.

²³ Folios 41 a 42 del cuaderno principal.



Radicación: 05001-23-33-000-2014-01389 02(67.565)
Actor: Empresa de Servicios Públicos
Domiciliarios de Amalfi S.A. E.S.P.
Demandado: Municipio De Amalfi y otro
Referencia: Controversias contractuales (ley 1437 de 2011)

se realizó en la misma fecha en que se celebró el contrato de cesión²⁴; sin embargo, en este acuerdo no se indicó la existencia de un nuevo contrato, por el contrario, se precisó que el municipio de Amalfi asumiría todas las obligaciones y derechos del contrato inicial celebrado por Acuantioquia E.S.P.

Planteado este contexto fáctico es importante advertir que, si bien, a partir de la entrada en vigor del artículo 3 de la Ley 689 de 2001²⁵ se modificó el régimen jurídico aplicable a esta tipología contractual, lo cierto es que el contrato debe regirse por las normas vigentes al momento de su celebración²⁶, incluidas las prórrogas celebradas en el transcurso de su vigencia, así las haya celebrado el municipio de Amalfi en su calidad de cesionario de la posición contractual de Acuantioquia S.A. E.S.P., por tratarse de un mismo vínculo negocial.

6.2. Sobre el procedimiento y posibilidad de prorrogar el contrato para la administración operación y mantenimiento del sistema de acueducto y alcantarillado

En este punto, se recuerda que el régimen jurídico del derecho privado fue el que reguló el contrato suscrito entre Acuantioquia S.A. E.S.P., posteriormente cedido al municipio de Amalfi, y Acueductos y Alcantarillados Sostenibles S.A E.S.P. para la administración, operación y mantenimiento del sistema de acueducto y alcantarillado, debido a que para la fecha en que se celebró el negocio jurídico -23 de abril de 1997-, ya se había promulgado la Ley 142 de 1994, normativa que en su artículo 39 reguló los contratos especiales para la gestión de los servicios públicos y determinó que este tipo de contratos, como el que ahora examina la Sala, por las razones que ya se explicaron, quedaría sometido al imperio del derecho privado.

De ese modo, es del caso concluir que las actuaciones adelantadas para lograr la prórroga del contrato en ejecución también se encontraban reguladas por el derecho privado.

²⁴ Folio 43 del cuaderno principal.

²⁵ Artículo 3: "Modifícase el artículo 31 de la Ley 142 de 1994 el cual quedará así:

"*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 (...).*

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". (se destaca).

²⁶ Según lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley 153 de 1887, a cuyo tenor: "*En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración*".



Radicación: 05001-23-33-000-2014-01389 02(67.565)
Actor: Empresa de Servicios Públicos
Domiciliarios de Amalfi S.A. E.S.P.
Demandado: Municipio De Amalfi y otro
Referencia: Controversias contractuales (ley 1437 de 2011)

Siguiendo esta orientación, no sobra reiterar que aun cuando la regla relativa al régimen contractual aplicable a este tipo de contratos fue modificada por la Ley 689 de 2001, claramente esta reforma normativa se introdujo con posterioridad a la celebración del contrato objeto de estudio.

Según lo anterior, el cambio normativo incorporado a partir de la vigencia de la Ley 689 de 2001 no tiene la virtualidad de alterar el régimen jurídico que imponían las disposiciones legales vigentes al tiempo de su perfeccionamiento, ni el ejercicio de la cláusula 3 del contrato que permitía la prórroga contractual, en los siguientes términos:

La duración del presente contrato será de quince (15) años contados a partir de la fecha de su firma pudiendo ser prorrogado por acuerdo previo y escrito entre las partes, por un período igual al inicialmente pactado. (...). En todo caso la vigencia del contrato se extenderá hasta la liquidación final.

Sobre la naturaleza de la prórroga de los contratos sometidos al derecho privado, esta Subsección ha considerado la validez de este tipo de cláusulas y precisado lo siguiente (se transcribe de forma literal, incluso con los posibles errores):

La prórroga de un contrato supone la continuación del acuerdo de voluntades existente; dicho en otras palabras, comporta la prolongación del mismo vínculo negocial, lo que necesariamente supone la existencia de un negocio jurídico con base en el cual se opta por continuarlo o por finalizarlo, por el vencimiento del plazo de ejecución.

Ahora, cuando la prolongación de ese vínculo negocial se somete a la verificación de unos requisitos en punto al cabal cumplimiento del contrato, como ocurrió en este caso (...) la constatación de aquellos no entraña la existencia de un nuevo procedimiento de selección para la escogencia del contratista, en aras de suscribir el contrato correspondiente.

Ocurre que la posibilidad de prorrogar la relación preexistente se encuentra sometida al acuerdo de las partes y procede siempre que la evaluación de los resultados sobre la ejecución a punto de vencerse sea satisfactoria, evaluación que en todo caso se realizaría en el marco temporal y material del negocio jurídico existente y no en relación con un nuevo procedimiento de escogencia al que podrían acudir varios oferentes que no hubieran sostenido previamente una relación contractual con la entidad.

En ese sentido, la posibilidad de extender el vínculo se encuentra directamente ligada a la actividad negocial que aún está vigente y la extensión de su plazo depende de que su objeto se hubiere cumplido satisfactoriamente, dado que, de lo contrario, la mencionada prórroga no habrá de materializarse y, por contera, la vida jurídica del negocio en ejecución finalizará al vencimiento del término pactado²⁷.

²⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 5 de julio de 2018, expediente 56.091, demandante Telecom S.A. Demandado: E.S.E. Hospital Universitario CARI.



Radicación: 05001-23-33-000-2014-01389 02(67.565)
Actor: Empresa de Servicios Públicos
Domiciliarios de Amalfi S.A. E.S.P.
Demandado: Municipio De Amalfi y otro
Referencia: Controversias contractuales (ley 1437 de
2011)

Así las cosas, es claro que en los contratos que se rigen por el derecho privado - como ocurre en este caso- es viable y procedente pactar la posibilidad de prórrogas, pues prevalece la autonomía de la voluntad de las partes, ampliación que deberá surtirse antes del vencimiento de la relación obligacional que se pretende prolongar, aspecto que, aun cuando será retomado por la Sala en acápite posterior, no obsta para anticipar que en los casos en que la prórroga se encuentre sometida, para ponderar su viabilidad, al análisis de desempeño de las partes durante el plazo inicial, dicha circunstancia no se asemeja a un nuevo procedimiento de selección, ni implica un otro vínculo negocial entre las partes.

Bajo esa precisión, en este caso el municipio de Amalfi consideró que *“la sociedad Acueductos y Alcantarillados Sostenibles S.A. E.S.P. ha venido desarrollando eficiente, eficaz y efectivamente el objeto del contrato (...) desde hace ya 15 años, donde no se han presentado condenas (...) y, por el contrario, el operador ha mejorado los indicadores de gestión”*; por lo que lo más indicado era que continuara con la prestación del servicio. Dicho razonamiento sobre la conveniencia de extender en el tiempo la ejecución de un negocio vigente se materializó a partir de la celebración del otrosí No. 2 del 19 de diciembre de 2012.

En ese sentido, como se advirtió en el acápite previo, lo debatido en el *sub lite* versa sobre la validez del otrosí No. 2 del 19 de diciembre de 2012, el cual es claro en su finalidad de hacer uso de la cláusula 3 del contrato para prorrogar su plazo por un término igual al inicialmente pactado, en consideración a la correcta ejecución del negocio jurídico por parte de la empresa Acueductos y Alcantarillados Sostenibles S.A. E.S.P., por lo que se evidencia que se trata de un acto contractual bilateral.

Sobre este aspecto, la Sala aclara que no se vislumbra que este documento haya generado un nuevo negocio jurídico, como consecuencia de un proceso de selección del contratista, o modificado o degenerado el contrato inicial en otro diferente; por el contrario, se advierte que las cláusulas principales del negocio se mantuvieron incólumes y que el acuerdo formalizado mediante el otrosí No. 2 no dispuso ningún cambio distinto a prorrogar el plazo del negocio y renovar las garantía única de cumplimiento.

En estas condiciones, la Sala estima que le asiste la razón al apelante, Acueductos y Alcantarillados Sostenibles S.A. E.S.P, en cuanto sostiene que el otrosí No.2 correspondió a un acto bilateral de carácter contractual, que lo que hizo fue ampliar el término del contrato inicial y no comportó el nacimiento de un nuevo negocio jurídico.



Radicación: 05001-23-33-000-2014-01389 02(67.565)
Actor: Empresa de Servicios Públicos
Domiciliarios de Amalfi S.A. E.S.P.
Demandado: Municipio De Amalfi y otro
Referencia: Controversias contractuales (ley 1437 de
2011)

6.3. En cuanto a la legalidad y oportunidad para suscribir el otrosí 2 del 19 de diciembre de 2012

El municipio de Amalfi en su recurso esgrimió que el otrosí 2 se suscribió durante la vigencia del contrato inicial, que había sido previamente ampliado mediante el otrosí 1 del 7 de mayo de 2012.

Al respecto, se evidencia que el contrato inicial tuvo un plazo de 15 años²⁸ que inició a ejecutarse a partir de la firma del acta de inicio del 19 de mayo de 1997²⁹ y, posteriormente, fue prorrogado por 7 meses y 11 días, mediante el otrosí No. 1 del 7 de mayo de 2012³⁰, es decir, el plazo contractual se amplió hasta el 31 de diciembre de 2012 y, posteriormente, dentro de esa vigencia, mediante el otrosí No. 2 del 19 de diciembre de 2012³¹, el municipio de Amalfi y Acueductos y Alcantarillados Sostenibles S.A. E.S.P. prorrogaron el contrato vigente por el plazo máximo establecido en la cláusula 3 del contrato, es decir por 15 años, lo cual incluyó el término de la prórroga No. 1.

Lo anterior es suficiente para concluir que el otrosí No. 2 del 19 de diciembre de 2012 que prorrogó el contrato para la administración, operación y mantenimiento del sistema de acueducto y alcantarillado celebrado entre el municipio de Amalfi y Acueductos y Alcantarillados Sostenibles S.A. E.S.P. se realizó dentro del término de ejecución del negocio³² y, además, se recuerda que se encuentra sometido al régimen jurídico que regula el contrato inicial, es decir, al régimen de derecho privado, por lo que no vulneró las normas del procedimiento de licitación pública que consideró el Tribunal *a quo*.

6.4. Sobre el supuesto derecho de Amalfi S.A. E.S.P. para prestar el servicio público de acueducto y alcantarillado del municipio de Amalfi

El Tribunal *a quo* consideró que el municipio de Amalfi infringió lo establecido en el artículo 6 de la Ley 142 de 1994, por no haber realizado una invitación pública a los posibles prestadores de servicios públicos domiciliarios, entre los que se encontraban Amalfi S.A. E.S.P.

²⁸ Folios 37 a 40 del cuaderno principal

²⁹ Folio 36 del cuaderno principal.

³⁰ Folios 102 a 104 del cuaderno principal.

³¹ Folios 105 a 117 del cuaderno principal.

³² De acuerdo con el plazo del contrato fue de 15 años -folios 37 a 40 del cuaderno principal- que inició a ejecutarse desde el 19 de mayo de 1997, prorrogado durante su vigencia inicial mediante otrosí No 1 y, posteriormente, ampliado por el plazo máximo permitido mediante el otrosí No. 2 del 19 de diciembre de 2012.



Radicación: 05001-23-33-000-2014-01389 02(67.565)
Actor: Empresa de Servicios Públicos
Domiciliarios de Amalfi S.A. E.S.P.
Demandado: Municipio De Amalfi y otro
Referencia: Controversias contractuales (ley 1437 de
2011)

Sobre este aspecto, en el recurso de apelación, el municipio de Amalfi adujo que, si bien Amalfi S.A. E.S.P. se creó como consecuencia de un proceso de selección adelantado por el municipio de Amalfi para formar una empresa de servicios públicos, esa situación no implicaba que a esta empresa debiera adjudicársele la prestación de todos los servicios públicos de esta localidad, especialmente si se tiene en cuenta que no cumplía con los requisitos mínimos para poder ejecutar el contrato demandado, por manera que no se le truncó derecho alguno.

De entrada, habrá de descartar el argumento del tribunal, de conformidad con el cual concluyó que debía realizarse un nuevo procedimiento de selección y garantizar en su desarrollo la participación de Amalfi S.A. E.S.P., toda vez que, como se explicó en precedencia, el otrosí No. 2 no correspondió a un nuevo contrato respecto de cuya celebración se hubiera eludido el procedimiento de licitación pública.

A contrario sensu, su naturaleza se identificó con la de un acto contractual bilateral, cuyo único objeto fue el de darle continuidad a un vínculo negocial preexistente.

Sin perjuicio de lo anotado, tampoco se evidencia sustento en el dicho del tribunal *a quo* al sostener que al evadir la licitación pública, como procedimiento de escogencia del futuro operador del servicio público, se configuró una vulneración al artículo 6 de la Ley 142 de 1994, habida consideración de que esa disposición normativa regula los eventos en que los entes territoriales deben asumir directamente la prestación del servicio público, supuesto fáctico que no guarda identidad con lo acontecido en el *sublite*, en el que el municipio de Amalfi no asumió la prestación directa del servicio, precisamente porque a través del otrosí No. 2 lo que hizo fue extender el plazo de la relación negocial por cuenta de la cual el servicio se prestaba a través de un tercero.

En línea con lo anotado, la Sala estima de recibo los argumentos del recurso de apelación de Amalfi, pues, en efecto, de los documentos de conformación de la empresa Amalfi S.A. E.S.P., únicamente se evidencia que el municipio de Amalfi realizó un proceso de selección para elegir un socio con el fin de conformar la empresa Amalfi S.A. E.S.P.³³, con domicilio en dicha entidad territorial, pero no se desprende la existencia de un derecho para prestar el servicio de acueducto y alcantarillado de la localidad, por lo siguiente:

³³ Según la resolución 431 del 21 de agosto de 2008 que obra a folio 44 del cuaderno principal.



Radicación: 05001-23-33-000-2014-01389 02(67.565)
Actor: Empresa de Servicios Públicos
Domiciliarios de Amalfi S.A. E.S.P.
Demandado: Municipio De Amalfi y otro
Referencia: Controversias contractuales (ley 1437 de
2011)

En primer lugar, la Sala observa que en la escritura pública de constitución de la sociedad Amalfi S.A. E.S. P. se estableció que la empresa creada tendría un objeto social bastante amplio que abarcaba la prestación de cualquier tipo de servicio público, sin restricciones territoriales para su operación³⁴, es decir, su creación no se limitó a prestar el servicio público de acueducto y alcantarillado en el municipio de Amalfi.

En segundo lugar, en la escritura pública de constitución de Amalfi S.A. E.S.P., el municipio de Amalfi se comprometió a aportar y, en efecto así se reconoció como capital pagado, lo siguiente: (i) Recursos para la creación del relleno sanitario; (ii) Recursos para la interventoría a la construcción del relleno sanitario y (iii) seis inmuebles debidamente identificados con sus respectivas matrículas inmobiliarias.

Así, se advierte que en ningún momento la entidad territorial garantizó adjudicar a la empresa el contrato para la administración, operación y mantenimiento del sistema de acueducto y alcantarillado del municipio, del cual la parte demandante pretende derivar un derecho específico a prestar dicho servicio en Amalfi.

Por último, no se evidencia que la Ley 142 de 1994 obligara a la entidad territorial a prestar el servicio público a través de la empresa demandante, que, a pesar de contar con participación accionaria pública, es de naturaleza privada en los términos del artículo 14.7 de la misma ley, pues, se reitera, la participación del municipio de Amalfi es apenas del 49% de las acciones.

6.5. Conclusión

En este caso, Amalfi S.A. E.S.P reclamó lo que considera un derecho a ejecutar el contrato de administración, operación y mantenimiento del sistema de acueducto y alcantarillado del municipio de Amalfi, por tratarse de una empresa con participación de capital público del respectivo ente territorial y acusó de nulidad el otrosí No 2 del 19 de diciembre de 2012, que prorrogó el contrato vigente entre el Municipio de Amalfi y Acueductos y Alcantarillados Sostenibles S.A. E.S.P.

³⁴ Según la escritura pública de constitución de Amalfi S.A. E.S.P. que obra a folios 52 a 79 del cuaderno principal, el objeto social de la empresa consistió en: *La prestación de servicios públicos domiciliarios de acueducto, agua potable, alcantarillado (recolección municipal de residuos, principalmente líquidos por medio de tuberías y acueductos, transporte, tratamiento y disposición final de tales residuos; aseo (recolección, transporte, aprovechamiento, tratamiento intermedio y final, incineración y disposición final de residuos sólidos, gestión integral de residuos sólidos peligrosos y no peligrosos, barrido y limpieza de vías, tratamiento de aguas residuales y demás actividades de saneamiento básico, además se podrán prestar y operar los servicios públicos domiciliarios y conexos de gas, energía y alumbrado público (...)) en general se prestarán todos los servicios públicos domiciliarios a los que hace referencia la normatividad actual y aquella que la adicione y/o modifique (...).*



Radicación: 05001-23-33-000-2014-01389 02(67.565)
Actor: Empresa de Servicios Públicos
Domiciliarios de Amalfi S.A. E.S.P.
Demandado: Municipio De Amalfi y otro
Referencia: Controversias contractuales (ley 1437 de 2011)

La Sala al analizar las pruebas que obran en el proceso concluye que no se demostró la supuesta nulidad de los documentos contractuales y, por otra parte, tampoco se acreditó que la Ley 142 de 1994 otorgara un derecho exigible, incluso, del acto de su conformación tampoco se evidencia una expectativa legítima para asumir la prestación del servicio de acueducto y alcantarillado en el municipio y, por ende, no se probó la existencia de un daño antijurídico, como consecuencia de la suscripción del otrosí demandado.

Con fundamento en lo anterior, la sentencia de primera instancia será revocada, dado que no se evidencia que el otrosí No. 2 del 19 de diciembre de 2012 se encuentre incurso en ninguna causal de nulidad del derecho privado.

7. Costas

7.1. Procedencia de la condena en costas

De conformidad con el artículo 188³⁵ del CPACA y con la disposición especial del numeral cuarto del artículo 365³⁶ del CGP, para el caso particular procede la condena en costas, en ambas instancias, a cargo de la parte vencida en el proceso, en este asunto a la demandante.

Así las cosas, el artículo 361 del CGP establece que las costas están integradas por la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en derecho.

La liquidación de las costas la hará de manera concentrada el Tribunal *a quo*, en los términos del artículo 366 del Código General del Proceso³⁷.

En el presente caso se encuentra acreditada la gestión de las entidades demandadas, en ambas instancias, pues contestaron oportunamente la demanda, de igual manera presentaron y sustentaron debidamente los recursos de apelación en contra de la sentencia de primera instancia por ser contraria a sus intereses. En

³⁵ “CPACA. Artículo 188. Condena en costas. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”.

³⁶ “Condena en costas. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas: (...) 4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.

³⁷ A cuyo tenor: “Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas (...)”.



Radicación: 05001-23-33-000-2014-01389 02(67.565)
Actor: Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios de Amalfi S.A. E.S.P.
Demandado: Municipio De Amalfi y otro
Referencia: Controversias contractuales (ley 1437 de 2011)

tal sentido, la Sala estima suficiente dicha gestión para que se disponga la fijación de agencias en derecho en la liquidación de las costas en favor del municipio de Amalfi y Acueductos y Alcantarillados Sostenibles S.A. E.S.P., según lo previsto en los artículos 365 y 366 del CGP.

Conviene señalar que, bajo las reglas del código en cita, la condena en costas no requiere de la apreciación o calificación de una conducta temeraria de la parte a la cual se le imponen, toda vez que en el régimen actual dicha condena se determina con fundamento en un criterio netamente objetivo, en este caso frente a la parte que ha resultado vencida, *“siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley”*³⁸.

Asimismo, la Sala considera que en este caso no hay lugar a aplicar el numeral 1 del artículo 188 del CPACA³⁹, porque la actora con la demanda persiguió una indemnización patrimonial derivada de la declaratoria de nulidad de la Resolución 936 de 2012 y de los otros íes demandados.

La liquidación de las costas se debe adelantar de manera concentrada en el Tribunal que conoció del proceso en primera instancia, de acuerdo con lo que dispone el artículo 366 del CGP.

7.2. Fijación de agencias en derecho

El Acuerdo 1887 de 2003, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, vigente para la fecha en que se presentó la demanda⁴⁰, estableció las tarifas de agencias en derecho.

En cuanto a los criterios para la fijación de las tarifas en los asuntos contencioso administrativos, el artículo 3 del referido Acuerdo dispuso que debía tenerse en cuenta la naturaleza, la calidad y la duración útil de la gestión realizada por el

³⁸ De acuerdo con la Corte Constitucional *“La condena en costas no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto, según el artículo 365. Al momento de liquidarlas, conforme al artículo 366, se precisa que tanto las costas como las agencias en derecho corresponden a los costos en los que la parte beneficiaria de la condena incurrió en el proceso, siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley. De esta manera, las costas no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra”*. Sentencia C-157/13. MP. Mauricio González Cuervo.

³⁹ Artículo 188: *“Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”*.

⁴⁰ La demanda se presentó el 4 de agosto de 2014 y el Acuerdo 1887 de 2003 fue derogado por el Acuerdo 10554 de agosto 5 de 2016.



Radicación: 05001-23-33-000-2014-01389 02(67.565)
Actor: Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios de Amalfi S.A. E.S.P.
Demandado: Municipio De Amalfi y otro
Referencia: Controversias contractuales (ley 1437 de 2011)

apoderado, así como la cuantía de la pretensión y las demás circunstancias relevantes.

En lo que a este caso interesa, se reitera que la Sala resolverá sobre las agencias causadas en ambas instancias, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 365 del CGP, debido a que se revocará totalmente lo decidido por el Tribunal *a quo*.

Así mismo, según lo dispuesto en el artículo 3 del Acuerdo 1887 de 2003, se acredita la gestión procesal en esta instancia de los apoderados del municipio de Amalfi y de Acueductos y Alcantarillados Sostenibles S.A. E.S.P. quienes debieron estar pendientes de las actuaciones en segunda instancia para atender el proceso de manera diligente en beneficio de sus poderdantes.

De igual manera, resulta oportuno anotar que en los procesos con cuantía y que se adelantan ante esta jurisdicción, las agencias en derecho en **primera instancia** pueden fijarse hasta en un 20% del valor de las pretensiones reconocidas o negadas y, en **segunda instancia**, deben fijarse hasta en un 5% *-límite máximo-* del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia, según se dispuso en los numerales 3.1.2. y 3.1.3 del artículo 6⁴¹ del mencionado Acuerdo 1887 de 2003, respectivamente.

De acuerdo con lo anterior, la Sala advierte que las pretensiones negadas en el *sub lite* corresponden a \$2.077'707.199. Por lo anterior, las agencias en derecho de primera instancia se fijarán en un 2% del valor de las pretensiones denegadas, es decir, en la suma de \$41'554.143. Asimismo, las agencias en derecho en segunda instancia se fijarán en un 1% del valor de las pretensiones negadas, es decir, \$20'777.071. Dichas sumas se dividirán en partes iguales para cada entidad demandada.

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

⁴¹ "Artículo. 6º—Tarifas. Fijar las siguientes tarifas de agencias en derecho:(...).

"III CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO (...).

"3.1.2. Primera instancia.

"Con cuantía: Hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

"3.1.3. Segunda instancia. (...)

"Con cuantía: Hasta el cinco por ciento (5%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia" (se destaca).



Radicación: 05001-23-33-000-2014-01389 02(67.565)
Actor: Empresa de Servicios Públicos
Domiciliarios de Amalfi S.A. E.S.P.
Demandado: Municipio De Amalfi y otro
Referencia: Controversias contractuales (ley 1437 de
2011)

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 27 de julio de 2021, por el Tribunal Administrativo de Antioquia – Sala Primera de Oralidad, con fundamento en las razones advertidas en la parte considerativa de esta providencia, y en su lugar, negar las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de las dos instancias a la parte demandante, las cuales serán liquidadas de manera concentrada por el Tribunal de primera instancia, de acuerdo con lo previsto en el artículo 366 del Código General del Proceso.

Como agencias en derecho en primera instancia, se fija la suma de \$41'554.143, la cual se reconocerá en partes iguales en favor del municipio de Amalfi y Acueductos y Alcantarillados S.A. E.S.P.

Como agencias en derecho en esta instancia, se fija la suma de \$20'777.071, la cual se reconocerá en partes iguales en favor del municipio de Amalfi y Acueductos y Alcantarillados S.A. E.S.P.

TERCERO: Cumplido lo anterior, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARÍA ADRIANA MARÍN

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

Nota: esta providencia fue suscrita en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar la integridad y autenticidad del presente documento en el link <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/Vistas/documentos/validador>. Igualmente puede acceder al aplicativo de validación escaneando con su teléfono celular el código QR que aparece a la derecha.



VF