**LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA – Clases**

La primera hace referencia a la relación procesal que se establece entre el demandante y el demandado por intermedio de la pretensión procesal, es decir, cuando se atribuye una conducta al demandado en la demanda y se notifica su existencia. Entonces, quien endilga la conducta que dio lugar a la acción está legitimado de hecho por activa y a quien se imputa la acción u omisión está legitimado de hecho por pasiva después de la notificación del auto admisorio de la demanda. Esta vertiente de la legitimación procesal faculta a los sujetos litigiosos para intervenir en el trámite del plenario y ejercer sus derechos de defensa y de contradicción. (…) Por su parte, la legitimación material en la causa alude a la participación real de las personas en el hecho que originó la presentación de la demanda, independientemente de que estas no demandaron o no fueron demandadas. Esta categoría supone la conexión entre las partes y los hechos constitutivos del litigio porque resultaron perjudicadas u originaron el daño.

**LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA – Interés indirecto**

De ahí que un sujeto puede estar legitimado en la causa de hecho, pero carecer de legitimación en la causa material. Aunque sea parte del proceso no necesariamente se relaciona con los hechos que motivaron el litigio. De este modo, la legitimación por pasiva de hecho o la potencialidad del demandado de ser parte del proceso simplemente establece un requisito de procedibilidad de la oposición al libelo introductorio, mientras que la legitimación por pasiva material constituye una exigencia anterior para la prosperidad de las pretensiones de la demanda, pues si no concurre la legitimación material el demandante carecería de un interés jurídico perjudicado y susceptible de ser resarcido o el demandado no sería el llamado a reparar los perjuicios ocasionados a los actores.

**CONTROVERSIAS CONTRACTUALES – Empresas públicas de servicios públicos domiciliarios – Régimen societario especial**

Ahora, en lo concerniente a las pretensiones conducidas por el medio de control de controversias contractuales es importante considerar que las controversias contractuales de las empresas públicas de servicios públicos domiciliarios son competencia de la jurisdicción de contencioso administrativo en virtud del numeral 2 del artículo 104, mientras que el numeral 3 está destinado a las empresas privadas constituidas bajo ese régimen societario especial. (…) Así, siendo la Empresa una persona jurídica de derecho público, es decir, una empresa oficial constituida bajo la figura de empresa industrial y comercial del Estado según lo acreditó esta demandada en los anexos a su contestación de demanda (f. 837–838, c. 3) recae en el supuesto de competencia dispuesto en el numeral 2 del artículo 104 del CPACA, por lo que esta jurisdicción es competente para resolver las controversias contractuales formuladas en la demanda que dio inicio a este proceso judicial.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN C**

**Magistrado ponente: JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS**

Bogotá, D.C., veintidós (22) de octubre del dos mil dieciocho (2018)

**Radicación número: 85001-23-33-000-2017-00115-01(61205)**

**Actor: UNIÓN TEMPORAL TILO Y PUNTO NUEVO 2013**

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

**Referencia: MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES**

El Despacho resuelve los recursos de apelación interpuestos por los demandados, Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Yopal E.S.P. y el municipio de Yopal, contra el auto que negó la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva de los recurrentes, dictado en el curso de la audiencia inicial regulada por el artículo 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) y celebrada el cinco (5) de marzo de dos mil dieciocho (2018).

**I. ANTECEDENTES**

* 1. **La demanda**

La Unión Temporal Tilo y Punto Nuevo 2013 (en adelante, la UT Tilo) presentó demanda[[1]](#footnote-1), en ejercicio del medio de control de controversias contractuales, contra la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Yopal E.S.P. (de aquí en más, la Empresa) y el municipio de Yopal (en lo sucedáneo, el Municipio), el trece (13) de junio de dos mil diecisiete (2017), escrito en el que formuló las siguientes pretensiones:

*“****2.1. PRETENSIONES PRINCIPALES. MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES.***

***2.1.1.*** *Declárase que la Unión Temporal Tilo y Punto Nuevo 2013 y sus integrantes,**cumplieron con las actividades del contrato Nº 15 del 5 de marzo de 2013 y sus contratos adicionales, que tuvieron por objeto “Construcción y optimización de las redes de alcantarillado sanitario y construcción planta de tratamiento de agua residual del centro poblado del corregimiento de Tilodirán y del centro poblado del Punto Nuevo, municipio de Yopal, departamento de Casanare.”, celebrado con la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Yopal.*

***2.1.2.*** *Declárase que en desarrollo del contrato Nº 15 del 5 de marzo de 2013 y de sus adicionales se presentaron:* ***i)*** *circunstancias que alteraron la relación del equilibrio económico y financiero del mismo; e* ***ii)*** *incumplimiento de la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Yopal EAAAY EICE-ESP frente a lo pactado contractualmente al imponer obligaciones no previstas.*

***2.1.3.*** *Como consecuencia de la anterior declaración, condénese a la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Yopal EAAAY EICE-ESP a pagar a la Unión Temporal Tilo y Punto Nuevo 2013 y/o a sus integrantes la suma de* ***$573.193.030,*** *valor que corresponde, a la fecha de radicación de este escrito, a los costos de operación y administración de los sistemas de tratamiento de aguas residuales de los corregimientos de Tilodirán y Punto Nuevo del Municipio de Yopal.*

***2.1.4.*** *Condénese a la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Yopal EAAAY EICE-ESP a actualizar la suma adeudada y derivada de la alteración al equilibrio económico del contrato.*

***2.1.5.*** *Condénese a la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Yopal EAAAY EICE-ESP a pagar el valor de los intereses moratorios sobre la suma adeudada y derivada de la alteración al equilibrio económico del contrato.*

***2.1.6.*** *Condénese al pago de costas y agencias en derecho que se causen en este asunto.*

***2.2. PRIMERAS PRETENSIONES SUBSIDIARIAS. MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA.***

*Si no se accede a las anteriores pretensiones, solicito lo siguiente:*

***2.2.1.*** *Declárese administrativamente responsable a la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Yopal EAAAY EICE-ESP y al municipio de Yopal, en solidaridad, del daño y los perjuicios ocasionados a los demandantes por el hecho de abstenerse a recibir las obras y equipos producto del contrato Nº 15 del 5 de marzo de 2013, que tuvo por objeto: Construcción y optimización de las redes de alcantarillado sanitario y construcción planta de tratamiento de agua residual del centro poblado del corregimiento de Tilodirán y del centro poblado del Punto Nuevo, municipio de Yopal, departamento de Casanare.”, celebrado con la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Yopal EAAAY EICE-ESP.*

***2.2.2.*** *Declárese administrativa y solidariamente responsables a la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Yopal EAAAY EICE-ESP y al municipio de Yopal del daño y los perjuicios ocasionados a los demandantes por el hecho de abstenerse de asumir directamente la operación y administración de los sistemas de tratamiento de aguas residuales de los centros poblados de los corregimientos de Tilodirán y Punto Nuevo.*

***2.2.3.*** *Condenar de forma solidaria a la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Yopal EAAAY EICE-ESP y al municipio de Yopal, a pagar a los demandantes la suma de $573.193.030, valor que corresponde a la fecha de radicación de este escrito a los costos de operación y administración de los sistemas de tratamiento de aguas residuales de los centros poblados de los corregimientos de Tilodirán y Punto Nuevo.*

***2.2.4.*** *Condenar de forma solidaria a la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Yopal EAAAY EICE-ESP y al municipio de Yopal, en solidaridad, a pagar a los demandantes la suma que corresponda a los costos de operación y administración de los sistemas de tratamiento de aguas residuales de los centros poblados de los corregimientos de Tilodirán y Punto Nuevo desde la fecha de radicación de esta demanda hasta la fecha de la sentencia definitiva de este proceso.*

***2.2.5.*** *Condénese a las Entidades a actualizar la suma adeudada.*

***2.2.6.*** *Condénese al pago del valor de los intereses moratorios, hasta que se verifique su pago total.*

***2.2.7.*** *Condénese al pago de costas y agencias en derecho que se causen en este asunto.*

***2.3. SEGUNDAS PRETENSIONES SUBSIDIARIAS. MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA***

*Si no se accede a las pretensiones del numeral 2.2. solicito lo siguiente:*

***2.3.1.*** *Declárese administrativa y solidariamente responsables a la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo y Yopal EAAAY EICE-ESP y al municipio de Yopal, por los perjuicios causados a la Unión Temporal Tilo y Punto Nuevo 2013, por la configuración de un enriquecimiento sin causa para la Administración y un detrimento económico para la Unión Temporal Tilo y Punto Nuevo 2013, por omitir pagar los costos de operación y administración de los sistemas de tratamiento de aguas residuales de los centros poblados de los corregimientos de Tilodirán y Punto Nuevo, derivados del contrato Nº 15 del 5 de marzo de 2013, celebrado entre la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Yopal EAAY EICE – ESP y la Unión Temporal Tilo y Punto Nuevo 2013, las cuales ascienden a la suma de* ***$573.193.030,*** *consolidada a la fecha de radicación de la demanda, más lo que resulte hasta la sentencia definitiva.*

***2.3.1.1.*** *Condénese a las Entidades a actualizar la suma adeudada.*

***2.3.1.2.*** *Condénese al pago del valor de los intereses moratorios, hasta que se verifique su pago total.*

***2.3.1.3.*** *Condénese al pago de costas y agencias en derecho que se causen en este asunto.*

La parte demandante expuso, en resumen, los siguientes supuestos fácticos procurando la prosperidad de sus peticiones:

La Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Yopal E.S.P. y el municipio de Yopal (en adelante, el Municipio) suscribieron el contrato interadministrativo n. º 1076 del nueve (9) de octubre de dos mil doce (2012), cuyo objeto fue, de acuerdo con lo indicado por la demandante, *“el desarrollo del proyecto de construcción y optimización e interventoría de las redes de alcantarillado del centro poblado del corregimiento de punto nuevo, municipio de Yopal, departamento de Casanare”.*

En desarrollo de dicho convenio, y con el fin de adelantar su ejecución, la Empresa y la UT Tilo celebraron el contrato n.º 15 de 2013, cuyo objeto fue la *“Construcción y optimización de las redes de alcantarillado sanitario y construcción planta de tratamiento de agua residual del centro poblado del corregimiento de Tilodirán y del centro poblado del corregimiento de Punto Nuevo, municipio de Yopal, departamento de Casanare”.* Este contrato contó con la Unión Temporal Interventoría Construcción Redes 2013, suscrita mediante el contrato nº 20 de 2013.

El contrato se pactó por un plazo inicial de seis (6) meses y quince (15) días, el acta de inicio se suscribió el ocho (8) de abril de dos mil trece (2013). Empero, el contrato fue prorrogado y suspendido en varias ocasiones, así:

1) Otrosí nº 001 del 17 de octubre de 2013, prorroga por 2 meses.

2) Acta de suspensión nº 1 del 29 de octubre de 2013, por 3 meses y 25 días.

3) Acta de reinicio del 21 de febrero de 2014.

4) Otrosí nº 002 del 11 de abril de 2014, ampliación del plazo por 2 meses.

5) Acta de suspensión nº 2 del 19 de mayo de 2014 por 2 meses.

6) Acta de reinicio del 18 de julio de 2014.

7) Otrosí nº 003 del 7 de agosto de 2014: prórroga del plazo por 1 mes y 15 días.

8) Otrosí nº 004 del 5 de septiembre de 2014: adición en valor y prórroga en plazo de 3 meses.

9) Acta de suspensión nº 3 del 2 de octubre de 2014 por 2 meses.

10) Acta de ampliación de suspensión nº 3 del 1º de diciembre de 2014 por 19 días.

11) Acta de reinicio del 19 de diciembre de 2014.

El acta de terminación fue suscrita el trece (13) de marzo de dos mil quince (2015), siendo observación de la interventoría que el contratista cumplió satisfactoriamente con el objeto contractual, sin que se efectuase la recepción de las obras construidas por parte la Empresa y la consecuente entrega de las obras al Municipio, en virtud del convenio interadministrativo celebrado entre las demandadas.

Durante ese tiempo, la UT Tilo asumió los gastos de operación, administración y funcionamiento de los sistemas de tratamiento de aguas residuales que debieron ser costeadas, bien sea por la Empresa o por el Municipio, omisión que causó perjuicios económicos a la actora.

Las partes contratantes firmaron el acta de liquidación del contrato el doce (12) de junio de dos mil diecisiete (2017), luego de requerir tanto la suscripción de dicho acto como a la Empresa en aproximadamente veinticuatro (24) ocasiones.

La actora presentó solicitud de conciliación prejudicial el 1º de marzo de 2017. La Procuraduría 182 Judicial I para asuntos administrativos declaró fallida la etapa de conciliación prejudicial por falta de ánimo conciliatorio mediante constancia del 12 de junio de 2017 (f. 45-47, c. 1).

* 1. **Intervención de los demandados**

El Municipio, en su escrito de contestación de la demanda[[2]](#footnote-2), se opuso a las pretensiones planteadas por el actor y propuso como excepción la falta de legitimación en la causa por pasiva[[3]](#footnote-3). Al respecto adujo que la entidad territorial no tiene relación contractual alguna con la UT Tilo, recalcando como todas las pretensiones de la demanda tenían como fuente el contrato celebrado entre la actora y la Empresa.

Por su parte, la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Yopal, en su escrito de contestación de la demanda[[4]](#footnote-4), se opuso a las pretensiones elevadas por la demandante y propuso, como previa la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva. Argumentó que dicha empresa *“no es la entidad competente para prestar directamente los servicios en el sector rural, los cuales constitucional y legalmente son responsabilidad directa del municipio de Yopal (…)”.* Aunado a lo anterior, indicó que *“debe destacarse que la EAAAY EICE ESP ha cumplido las actividades propias de operación y mantenimiento de los sistemas desde el pasado julio de 2017, una vez superado el recibo y liquidación de las obras cuyo titular por mandato legal es el municipio de Yopal, quien como se narra en el contenido de esta contestación de demanda se niega a recibirlas”.*

* 1. **El auto recurrido**

El Tribunal Administrativo de Casanare resolvió declarar no probadas las excepciones alegadas por las partes, particularmente la de falta de legitimación en la causa por pasiva reclamada tanto por el Municipio como por la Empresa, a través de la audiencia inicial del cinco (5) de marzo de dos mil dieciocho (2018). En esta diligencia, el *a quo* señaló:

1. Así mismo, el Municipio tiene legitimación en la causa por pasiva para comparecer al presente asunto, toda vez que de esta entidad se reclama su responsabilidad, no como parte de un contrato celebrado con la UT Tilo sino como extremo del contrato interadministrativo suscrito con la Empresa. En tal medida, las obligaciones allí pactadas deben ser analizadas a la luz de lo que logren probar las partes y de los deberes legales a los que se encuentra sometida esta entidad porque:

*“i) deberá determinarse quien sea* (sic) *el responsable institucional de la operación y sostenimiento de las PTAR en los dos centros poblados concernidos, acorde con los actos de creación y régimen de la EAAAY; ii) tendrán que definirse los alcances del convenio respecto de la terminación de los trabajos allí previstos y lo que debió hacerse una vez EAAAY los haya recibido a satisfacción de su contratista, ahora demandante, si ello ocurrió; iii) a partir de esos presupuestos fácticos y normativos, podrán clarificarse las relaciones contractuales y extracontractuales entre YOPAL y la EAAAY y entre aquellos y la parte actora, considerando como se hará que no hubo demandas de reconvención, denuncia de pleito u otras modalidades de tercerías; solo defensas pasivas.”*

2. Que no había falta de legitimación en la causa por pasiva de la Empresa por cuanto la demanda expresamente busca discutir en juicio dos aspectos de la responsabilidad de la demandada bajo la misma cuerda procesal: (i) uno de estirpe típicamente contractual, en que se reclama el desequilibrio económico del contrato padecido por la actora y señalado de parte contratante dentro del contrato de obra nº 15 de 2013 y (ii) una de carácter extracontractual, en tanto se le atribuye a la Empresa un daño antijurídico ocasionado por la omisión de su obligación de hacerse cargo de la operación y sostenimiento de las plantas de tratamiento de aguas residuales (PTAR) del sistema de acueducto y alcantarillado de los corregimientos de Tilo y Punto Nuevo pertenecientes al Municipio.

* 1. **El recurso de apelación instaurado**

El municipio de Yopal y la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Yopal E.S.P. apelaron la decisión del Tribunal Administrativo de Casanare, en el transcurso de la audiencia inicial. Solicitaron que se declarara la falta de legitimación propuesta y, como sustento de la alzada, reiteraron profusamente los argumentos esgrimidos en sus respectivas contestaciones de demanda.

**II. CONSIDERACIONES**

* 1. **Competencia**

El Despacho es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto contra la decisión proferida en primera instancia por el Tribunal Administrativo de Casanare, que declaró no probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por cada una de las entidades demandadas. Lo anterior, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 125 y 180 numeral 6 - inciso 4 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA)

**2.2. Problema jurídico**

De acuerdo con los puntos de vista del *a quo* y el de los recurrentes, el Despacho resolverá si la Empresa y el Municipio cuentan con legitimación en la causa por pasiva para comparecer al proceso instaurado por la UT Tilo.

**2.3. Legitimación en la causa - Reiteración jurisprudencial**

Ha sido suficientemente decantado por la jurisprudencia de la Corporación[[5]](#footnote-5) que existen dos clases legitimación en la causa: la de hecho y la material.

La primera hace referencia a la relación procesal que se establece entre el demandante y el demandado por intermedio de la pretensión procesal, es decir, cuando se atribuye una conducta al demandado en la demanda y se notifica su existencia. Entonces, quien endilga la conducta que dio lugar a la acción está legitimado de hecho por activa y a quien se imputa la acción u omisión está legitimado de hecho por pasiva después de la notificación del auto admisorio de la demanda. Esta vertiente de la legitimación procesal faculta a los sujetos litigiosos para intervenir en el trámite del plenario y ejercer sus derechos de defensa y de contradicción. Se trata, según la jurisprudencia, de la capacidad de quienes son citados para comparecer y actuar válidamente al interior del proceso:

*“… la capacidad para comparecer al proceso es el equivalente procesal de la capacidad de ejercicio del derecho sustancial. Se refiere a la aptitud de la persona para actuar, válidamente, en el proceso, y esto implica, acudir a él por sí mismo y ejecutar los actos procesales propios de aquél. Por regla general, quien tiene capacidad para ser parte, por ser persona, la tiene para comparecer al proceso por sí mismo, por tanto, lo que interesa para este presupuesto procesal son los eventos de su ausencia, que coinciden con los casos en los que no se tiene la capacidad para celebrar actos jurídicos, ejemplo de ellos son los menores de edad, los interdictos y las demás personas que se tipifican en los supuestos fácticos de los artículos 1503 y 1504 del Código Civil Colombiano. En efecto, en estos eventos no se cuenta con la legitimatio ad processum, como también es conocida esta clase de capacidad procesal, por cuanto la persona no puede acudir al proceso directamente, pues es necesario que lo haga a través de su representante legal.*

*Ahora bien, en lo que concierne a las personas jurídicas, de naturaleza pública o privada, siempre deberán acudir al proceso por medio de su representante legal, no obstante, esto no significa que carezcan de legitimación para actuar por sí mismas, y que su capacidad procesal deba ser suplida por su representante. Es claro que las personas jurídicas son constructos autorizados por el Derecho y dotados de plena capacidad para ser sujetos autónomos de derechos y obligaciones, empero, como sólo existen en el mundo del derecho, deben valerse necesariamente de personas naturales para el ejercicio de todos sus actos, sin perjuicio de su autonomía como sujetos jurídicos independientes.*

*Finalmente, la legitimatio ad processum, así como la capacidad para ser parte, es un presupuesto necesario para la validez del proceso, que de faltar, la consecuencia inevitable es la declaratoria de nulidad.”[[6]](#footnote-6)*

Por su parte, la legitimación material en la causa alude a la participación real de las personas en el hecho que originó la presentación de la demanda, independientemente de que estas no demandaron o no fueron demandadas. Esta categoría supone la conexión entre las partes y los hechos constitutivos del litigio porque resultaron perjudicadas u originaron el daño.[[7]](#footnote-7)

De ahí que un sujeto puede estar legitimado en la causa de hecho pero carecer de legitimación en la causa material. Aunque sea parte del proceso no necesariamente se relaciona con los hechos que motivaron el litigio.

De este modo, la legitimación por pasiva de hecho o la potencialidad del demandado de ser parte del proceso simplemente establece un requisito de procedibilidad de la oposición al libelo introductorio, mientras que la legitimación por pasiva material constituye una exigencia anterior para la prosperidad de las pretensiones de la demanda, pues si no concurre la legitimación material el demandante carecería de un interés jurídico perjudicado y susceptible de ser resarcido o el demandado no sería el llamado a reparar los perjuicios ocasionados a los actores.

**2.3. Análisis del caso concreto**

Según las recurrentes, el Tribunal erró en su apreciación sobre la legitimidad en la causa por pasiva de ellos mismos para comparecer al juicio que la UT Tilo inició con ocasión de lo que, en su parecer, configuró: (i) la responsabilidad contractual de la Empresa por un supuesto incumplimiento de las obligaciones del contrato nº 15 de 2013, además de la configuración de un posible desequilibrio económico en desmedro de la actora; (ii) la responsabilidad extracontractual tanto de la Empresa como del Municipio, la primera por no entregarlas al ente territorial y este último por no asumirlas, a su vez, de la Empresa, recabando en que una vez terminadas las obras era una obligación específica de un convenio interadministrativo celebrado entre la Empresa y el Municipio que estos recibirían y tomarían el control y funcionamiento de las plantas construidas.

Nótese de entrada que ninguno de estos argumentos refiere la legitimación en la causa de hecho, es decir, la requerida en esta etapa procesal en donde se verifica, fundamentalmente, si las llamadas a juicio están habilitadas para ejercer su defensa en el juicio. Es necesario decir que verificar la capacidad procesal de las demandadas en nada incide en su eventual responsabilidad cuyo análisis queda reservado para la sentencia, escenario en donde se determinará la relación sustancial de las partes con los hechos que alegan y con las pretensiones formuladas, en lo que se ha denominado la legitimación en la causa material.

De allí que sea improcedente calificar, en este ámbito, a quién le correspondía la recepción de las obras o a qué entidad le resultaba exigible asumir el control del sistema de tratamiento que fuera objeto de las obras ejecutadas por la UT Tilo, en virtud de sus deberes de prestación del servicio, como lo buscaban las demandadas en la interposición del recurso. Justamente, esos argumentos defensivos sobre la atribución de responsabilidades hacen parte del debate jurídico probatorio antecedente a la decisión de fondo, y no es dable a este Despacho –como tampoco lo fue al *a quo*- anticipar un señalamiento sin superar las etapas subsiguientes del proceso.

Cabe agregar que, bajo el sistema jurídico procesal instaurado en el CPACA, la jurisdicción de lo contencioso administrativo tiene dentro del objeto de su competencia, por regla general, *“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.”* E incluyó varios tópicos que también recaen en la competencia de esta jurisdicción, entre ellos los siguientes de remarcada relevancia para el asunto:

*“1. Los relativos a la responsabilidad extracontractual de cualquier entidad pública, cualquiera que sea el régimen aplicable.*

*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.*

*3. Los relativos a contratos celebrados por cualquier entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios en los cuales se incluyan o hayan debido incluirse cláusulas exorbitantes. (…)”*

Del numeral primero citado, es claro que la jurisdicción competente para conocer de las pretensiones subsidiarias incoadas por la UT Tilo a través del medio de control de reparación directa en contra de la Empresa y del Municipio es la contencioso administrativa.

Ahora, en lo concerniente a las pretensiones conducidas por el medio de control de controversias contractuales es importante considerar que las controversias contractuales de las empresas públicas de servicios públicos domiciliarios son competencia de la jurisdicción de contencioso administrativo en virtud del numeral 2 del artículo 104, mientras que el numeral 3 está destinado a las empresas privadas constituidas bajo ese régimen societario especial. Así, según la jurisprudencia:

*“… los numerales 2 y 3 del inciso primero del art. 104 de la Ley 1437 de 2011 –concordados con el numeral 1 del art. 105- significan lo siguiente, armonizado su contenido, en términos del objeto de la jurisdicción:*

***a.*** *De conformidad con el numeral 2, las controversias o litigios relacionados con cualquier clase de contrato, regido por el derecho administrativo o por cualquier otro derecho, donde sea parte una entidad estatal –criterio orgánico-, de aquellas a que se refiere el parágrafo del art. 104, quedan bajo la jurisdicción de lo contencioso administrativo; salvo las instituciones financieras públicas, cuando contraten objetos que hacen parte del giro ordinario de su negocio.*

*En otras palabras, en este supuesto quedan comprendidas casi todas las entidades estatales excluidas de la Ley 80 de 1993, que actualmente aplican como régimen jurídico una mezcla de derecho privado con principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, además del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, lo que cada entidad pública traduce en un reglamento o manual de contratación[[8]](#footnote-8), cuya naturaleza de derecho administrativo queda así insinuada, porque el reglamento interno produce normas de contratación especial –distintas al derecho privado- para cada entidad.*

*Por tanto, en este numeral quedan comprendidas las todas entidades estatales que prestan SPD, por el sólo hecho de ser públicas: i) municipios, ii) empresas oficiales y iii) empresas mixtas con capital del Estado igual o superior al 50%, iv) prestadores marginales, independientes o para uso particular, cuando tengan naturaleza pública, v) entidades estatales del régimen de transición de la Ley 142 –arts. 180 y 182-, vi) empresas industriales y comerciales del Estado regidas por la Ley 489 de 1998 que prestan SPD, vii) empresas de naturaleza estatal que ejecuten actuaciones urbanísticas y deban aplicar la Ley 142 de 1994 –art. 36[[9]](#footnote-9)-, viii) las entidades de naturaleza estatal que actúen como operadores de SPD en el marco de los Planes Departamentales de Agua o Planes Departamentales para el Manejo Empresarial de los Servicios de Agua y Saneamiento, y ix) las demás entidades que en los términos de la Ley 142 tengan naturaleza pública. En sentido contrario, las empresas privadas, las empresas privadas con participación pública –en los términos que las definió la sentencia C-736 de 2007, es decir, aquellas donde existe participación estatal inferior al 50%- y las demás que en los términos de la Ley 142 tengan esa naturaleza, no quedan incluidas en este numeral.*

***b.*** *De conformidad con el numeral 3, las controversias o litigios relacionados con cualquier otra entidad prestadora de SPD -es decir, excluidas las estatales, esto es, las que no están comprendidas en el numeral 2-, o lo que es igual: i) las empresas privadas, ii) las empresas privadas con participación pública –en los términos que las definió la sentencia C-736 de 2007, es decir, aquellas donde existe participación estatal inferior al 50%-, iii) los prestadores marginales, independientes o para uso particular -cuando tengan naturaleza privada-, iv) las empresas de naturaleza privada que ejecuten actuaciones urbanísticas y deban aplicar la Ley 142 de 1994 –art. 36- y v) las demás que en los términos de la Ley 142 tengan naturaleza privada, siempre que en sus contratos tengan o hayan debido tener cláusulas exorbitantes, quedarán bajo la jurisdicción de lo contencioso administrativo.*

*En todo caso -se insiste-, en este evento no sólo los problemas que atañen a las cláusulas exorbitantes corresponde dirimirlos a esta jurisdicción, sino cualquiera otra diferencia que surja del mismo contrato, aunque no se refiera a los poderes exorbitantes.*

*En sentido contrario, los contratos de estas mismas empresas privadas, pero que no tengan ni hayan debido tener cláusulas exorbitantes, quedarán bajo la jurisdicción ordinaria.”* [[10]](#footnote-10)

Así, siendo la Empresa una persona jurídica de derecho público, es decir, una empresa oficial constituida bajo la figura de empresa industrial y comercial del Estado según lo acreditó esta demandada en los anexos a su contestación de demanda (f. 837-838, c. 3) recae en el supuesto de competencia dispuesto en el numeral 2 del artículo 104 del CPACA, por lo que esta jurisdicción es competente para resolver las controversias contractuales formuladas en la demanda que dio inicio a este proceso judicial.

Por lo tanto, el auto dictado por el Tribunal Administrativo de Casanare será confirmado en tanto no está probada la excepción alegada por las recurrentes.

En mérito de lo expuesto, el Despacho,

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** el auto proferido por el Tribunal Administrativo de Casanare, en el transcurso de la audiencia inicial celebrada el cinco (5) de marzo de dos mil dieciocho (2018), que negó la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por el municipio de Yopal y la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Yopal.

**SEGUNDO:** Ejecutoriado este auto, **DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase,

**JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS**

Magistrado

1. Folios 1-31 del cuaderno 5. [↑](#footnote-ref-1)
2. Folios 736-750 del cuaderno 3. [↑](#footnote-ref-2)
3. Folios 745 y 746 ibídem. [↑](#footnote-ref-3)
4. Folios 807-836 del cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-4)
5. Además de las que se citarán a continuación, ver entre otras: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 15 de junio de 2000, rad. 10171 y sentencia del 28 de abril de 2005, rad. 66001-23-31-000-1996-03266-01(14178). [↑](#footnote-ref-5)
6. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sala Plena. Auto del 25 de septiembre de 2013. Rad. 2500023260001997503301. Exp. 20420. [↑](#footnote-ref-6)
7. *“La legitimación en la causa es un elemento sustancial que corresponde a la calidad o al derecho que tiene una persona para formular o para contradecir las pretensiones de la demanda, como sujeto de la relación jurídica sustancial; de esta manera, la parte demandante tiene la posibilidad de reclamar el derecho invocado en la demanda -legitimación por activa- frente a quien fue demandado -legitimación por pasiva-. En ese sentido, se entiende que la primera (la legitimación por activa) es la identidad que tiene el demandante con el titular del derecho subjetivo y, por lo mismo, posee la vocación jurídica para reclamarlo, al paso que la segunda (la legitimación por pasiva), es la identidad que tiene la parte accionada con quien tiene el deber de satisfacer el derecho reclamado”.* En: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del 27 de marzo de 2017, rad. 56.895. [↑](#footnote-ref-7)
8. *“La naturaleza jurídica de esta norma corresponde a un acto administrativo, del tipo de los reglamentos, como lo sentenció la Sección Tercera, Subsección C, en la providencia del 13 de abril de 2011 –exp.37.423, CP. Jaime Orlando Santofimio G-: “La naturaleza jurídica de las normas demandadas ha sido cuestionada por la ETB, tanto en la contestación de la demanda, como en el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia. Para la entidad, las normas demandadas fueron expedidas por su Junta Directiva en virtud de facultades previstas en sus propios estatutos. Es decir, la entidad demandada sostiene que dichos reglamentos se expidieron en cumplimiento de una disposición estatutaria amparada en el derecho privado y no en ejercicio de función administrativa, como lo afirma el demandante, situación que, a su juicio, no fue tenida en cuenta por el Tribunal en el fallo de primera instancia. // Por su parte, para el Tribunal Administrativo de Cundinamarca son dos los argumentos principales para rechazar la excepción propuesta por la ETB y, por tanto, afirmar que los actos demandados sí son actos administrativos. En primer lugar, a juicio del Tribunal, el hecho de que la ETB, al momento de expedir los actos demandados, fuera una entidad oficial de servicios públicos por tener capital 100% estatal, traía como consecuencia que sus actos y contratos debían regirse por el derecho público. En segundo término, el Tribunal consideró que en la mediada en que dichos actos tenían aptitud para producir efectos jurídicos tales como la creación, modificación o extinción de situaciones jurídicas generales o particulares, debían ser calificados como actos administrativos. // “En este orden de ideas, la revisión de la naturaleza de los actos demandados se convierte un asunto esencial; ya que, en virtud de lo dispuesto por el artículo 84 del C.C.A la acción de nulidad sólo procede frente a actos administrativos. Esto es, manifestaciones de la voluntad, en ejercicio de la autoridad propia de las autoridades administrativas, de otras entidades públicas o de los particulares en ejercicio de la función administrativa, con capacidad de producir efectos frente a un sujeto de derecho o ante un grupo determinado o indeterminado de ellos, de manera indiferente a la anuencia de estos. // “Procede entonces la Sala a establecer cual es la naturaleza jurídica de las normas demandadas, para esto se analizará el contenido material de las mismas (punto 4.1), sus destinatarios (punto 4.2.) y su procedimiento de expedición (punto 4.3) //* ***“4.1. Contenido material de los actos demandados*** *(…) “La Sala constata entonces, al analizar la normas demandadas, que la presencia de los elementos propios de los actos administativos se verifica en este caso concreto, pues se está ante manifestaciones unilaterales de la voluntad de la administación, que se producen sin la anuencia de sus destinatarios y que trazan verdaderas reglas de conducta obligatorias para éstos. // “Así, las normas demandadas son actos administrativos a través de los cuales las empresas de servicios públicos domiciliarios, en este caso la ETB, establecen reglas contractuales que les permiten desarrollar su objeto, reglas que deben respetar los principios de la función administrativa. Se trata entonces de directrices que se trazan para lograr la mejor prestación del servicio público, con el objeto de acercar estos servicios a los fines del Estado. // “En consecuencia, los actos demandados sirven de instrumento a las empresas de servicios públicos domiciliarios para que, amparadas en el derecho privado, puedan regular, entre otros aspectos, los procesos de adquisición de bienes y/o servicios que requieran para el cumplimento de su objeto social.”* (Cita nº 24 original de la providencia) [↑](#footnote-ref-8)
9. *Dispone el inciso 4 del art. 36 de la Ley 388 de 1997: “(…) // “En el evento de programas, proyectos y obras que deban ejecutar las entidades públicas, como consecuencia de actuaciones urbanísticas que le sean previstas en los planes de ordenamiento o en los instrumentos que los desarrollen, las entidades municipales y distritales competentes sin perjuicio de su realización material por particulares, podrán crear entidades especiales de carácter público o mixto para la ejecución de tales actuaciones, de conformidad con las normas legales generales y con las especiales contenidas en la presente ley y en la Ley 142 de 1994.”* (Cita nº 25 original de la providencia) [↑](#footnote-ref-9)
10. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Auto del 21 de noviembre de 2013. Rad. 76001-23-31-000-2012-00002-01(46027) [↑](#footnote-ref-10)