

NATURALEZA JURÍDICA DE LOS ACTOS DE PRESTADORES DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS – Jurisprudencia unificada – Actos no ostenta naturaleza de acto administrativo - Régimen de derecho privado– Improcedencia de acción de nulidad – Cumplimiento contractual – Prerrogativas unilaterales – Principio de buena fe

[...] la Sección Tercera del Consejo de Estado unificó su jurisprudencia en el sentido de estimar que los actos expedidos por los prestadores de servicios públicos domiciliarios no ostentan la naturaleza de actos administrativos porque en sus relaciones negociales se rigen por el derecho privado y *no actúan – por regla general – en ejercicio de prerrogativas de poder* (par. 60) y, por ende, *"resulta un contrasentido analizarlos(s) como tal(es)"* (par. 65). Por ende, se determinó que el afectado no tiene la carga de pretender la anulación de ese tipo de decisiones con independencia de la formalidad o denominación con que estas se adopten, y que se debe adecuar la demanda y reconducirla para obtener decisión de fondo y examinar el negocio desde la perspectiva del cumplimiento contractual con el fin de determinar si el accionante tiene derecho a obtener lo pretendido.

En la aludida sentencia la Sección Tercera precisó que si bien es perfectamente viable pactar prerrogativas para que una de las partes ejecute algún acto unilateral, estas deben ejercerse *"en beneficio mutuo de las partes, bajo el imperativo de la buena fe en materia contractual que impone actuar con honradez, probidad, honorabilidad, transparencia, diligencia, responsabilidad y sin dobleces"*, sin que el hecho de acordarlas se asimile a una asignación de competencia -la cual está reservada al legislador- ni las decisiones en tal virtud adoptadas tengan la naturaleza de actos administrativos.

[...] aunque en el contrato sí se pactó la obligación de garantizar el cumplimiento contractual mediante una póliza de seguro y la cláusula penal pecuniaria a cargo de la parte incumplida, la entidad demandada incumplió el contrato por el abierto desconocimiento sus propios actos, en contravía de la buena fe que debía regir su actuación e intentó ejercer nuevamente una potestad ya agotada a través de unos actos contractuales que también fueron sometidos a control de esta jurisdicción y fueron objeto de decisión definitiva como se explicará más adelante; por lo tanto, la expedición de las Resoluciones números 562 y 755 de 2014 emitidas por EPN ESP constituye una abierta transgresión de la buena fe contractual y, por ende, incumplimiento del negocio. En consecuencia, se declarará incumplida a la parte demandada y como consecuencia de ello se dispondrá la imposibilidad de hacer efectivas las referidas resoluciones en contra del contratista demandante.

COSA JUZGADA – Solicitud de perjuicios – No procede

En relación con la pretensión económica consistente en que se le ordene pagar el saldo insoluto de los contratos números 087 y 192 de 2011, la Sala declara probada, de oficio, como lo ordena el artículo 187 del CPACA10, la excepción de cosa juzgada. Para el efecto, tiene en cuenta que idéntica súplica formuló el demandante en contra de la misma demandada en el proceso con número de radicación [...]

[...]

Aunque consecuenciales de la pretendida nulidad de actos distintos, las súplicas se encaminaron a obtener idéntico reconocimiento sobre los mismos supuestos de hecho relacionados con el no pago total del valor pactado en los contratos 087 y 194 de 2011, aspecto que esta Subsección resolvió en la sentencia dictada.

[...]

En ese contexto, no resulta procedente admitir que, so pretexto de la expedición de unas nuevas decisiones de la contratante en relación con la compañía aseguradora, el contratista ventile nuevamente su pretensión económica en un nuevo proceso porque esta ya fue decidida con fuerza de cosa juzgada, excepción que puede y debe ser declarada en este proceso.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN B

Bogotá DC, veintisiete (27) de febrero de dos mil veintiséis (2026)

Magistrado ponente: FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Expediente: 41001-23-33-000-2015-00653-02 (71.938)
Demandante: JOSÉ RICARDO FALLA DUQUE
Demandado: EMPRESAS PÚBLICAS DE NEIVA ESP (EPN ESP)
Medio de control: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
Asunto: ACTOS DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

Síntesis del caso: la ESP demandada contrató los servicios profesionales del abogado demandante (en su propio nombre) para que, de una parte, prestara asesoría a la gerencia y a la subgerencia administrativa (contrato 087 de 2011) y, de otra, asumiera su representación judicial en otro proceso de controversias contractuales en el cual fungía como demandada y en un proceso penal del que era parte en calidad de víctima (contrato 194 de 2011). Se controvierte la legalidad de las decisiones de la empresa (resoluciones 562 y 755 de 2014) adoptadas en cumplimiento de una decisión de acción de tutela mediante las cuales se dejaron sin efectos, únicamente respecto de la compañía aseguradora del cumplimiento contractual, los actos anteriores (Resoluciones por los cuales declaró el incumplimiento de ambos contratos e hizo efectivas las respectivas garantías, y le impuso al demandante, nuevamente, unas obligaciones que ya se habían definido y en un porcentaje superior al pacto de cláusula penal pecuniaria).

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 13 de agosto de 2024 por el Tribunal Administrativo del Huila, por medio del cual se resolvió lo siguiente:

“PRIMERO.- Declarar probada la excepción inexistencia de siniestro por falta de realización del riesgo respecto de la póliza de seguros 198776, propuesta por LIBERTY SEGUROS SA (llamada en garantía).

SEGUNDO.- Declarar la nulidad de las Resoluciones 0429 del 24 de julio de 2013 “por la cual se decide una actuación administrativa contractual y se adoptan otras disposiciones” y 00500 del 27 de agosto de 2013 “por la cual se resuelve recurso de reposición y se adoptan otras decisiones”; proferidas por el Gerente de las EMPRESAS PÚBLICAS DE NEIVA.

TERCERO.- Denegar las demás suplicas de la demanda.

CUARTO.- Denegar las suplicas de la demanda de reconvención.

Exp. 41001-23-33-000-2015-00653-02 (71.938)
 Demandante: José Ricardo Falla Duque
Controversias contractuales

QUINTO.- Sin condena en costas.

SEXTO.- Aceptar la renuncia del poder presentada por el abogado William Alvis Pinzón, titular de la CC 12.136.992 de Neiva y de la TP 71.411 del CSJ.

SÉPTIMO.- En firme la presente decisión, archívese el expediente, dejando las constancias de rigor en la base de datos del tribunal.” (fl. 50, índice 82 SAMAI).

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

El 17 de julio de 2016 (fl. 39 cdno. 1), el señor José Ricardo Falla Duque, en nombre propio, promovió demanda en ejercicio del medio de control judicial de controversias contractuales en contra de Empresas Públicas de Neiva con el fin de obtener las siguientes súplicas:

“PRETENSIÓN PRINCIPAL

1. Declare la nulidad de las resoluciones No. 0562 y No. 0755 de 2014 (...).

PRETENSIÓN CONSECUCIONAL: a título de restablecimiento del derecho y como consecuencia de la nulidad, se cancele la suma que corresponde a la suma (sic) de \$168.200.000 (IVA incluido) del valor restante por pagar del contrato más los intereses e indexación.

PRETENSIÓN SEGUNDA: Condena en costas a la parte responsable. En este caso a Empresas Públicas de Neiva (...).¹ (fls. 24 – 25 cdno. 1).

2. Hechos

Como sustento fáctico de las peticiones de la demanda se narró, en síntesis, lo siguiente:

1) Empresas Públicas de Neiva ESP (EPN ESP) suscribió el contrato de prestación de servicios número 087 de 14 de abril de 2011 con el objeto de que el abogado José Ricardo Falla Duque prestara los servicios de asesoría jurídica a la gerencia y a la subgerencia administrativa de la empresa hasta el 31 de diciembre de 2011, por un valor de \$51.077.340 e IVA de \$8.172.374.

¹ En la demanda se presentó otra pretensión que se identificó como “subsidiaria”, también dirigida a la nulidad de las mismas resoluciones y al restablecimiento de idéntica suma de dinero por lo cual no se transcribe.

2) El 22 de diciembre de 2012, las mismas partes suscribieron otro contrato identificado con el número 194 con el fin de que el mencionado profesional del derecho ejerciera la representación judicial de la empresa en dos procesos, uno de controversias contractuales en el cual fungía como demandada y, otro de carácter penal en el cual intervenía en calidad de víctima, con un valor de \$290.000.000 más IVA correspondiente a \$46.400.000.

3) La parte contratante adelantó un procedimiento para declarar el incumplimiento de los referidos contratos y vinculó a este a la garante de estos, esto es, a la compañía Liberty Seguros SA. Mediante la resolución número 429 de 24 de julio de 2013 la empresa demandada declaró el incumplimiento de ambos contratos y ordenó hacer efectivas las correspondientes garantías por el valor de la cláusula penal pecuniaria equivalente al 10% del valor de cada contrato. La decisión fue confirmada por la empresa en Resolución número 500 de 27 de agosto de 2013.

4) Liberty Seguros SA solicitó a la empresa declarar la ineficacia o la inexigibilidad de las resoluciones antes mencionadas porque no le fueron debidamente notificadas la decisión inicial ni aquella por la cual se decidió el recurso del contratista, petición que fue denegada por Resolución número 576 de 2 de octubre de 2013 por estimar que sí las notificó en debida forma y, en todo caso, el peticionario acepta que las conoció.

5) De otra parte, la sociedad Liberty Seguros SA promovió una acción de tutela en contra de EPN ESP con el fin de obtener el amparo del derecho fundamental del debido proceso; en sentencia de 24 de diciembre de 2013 el Juzgado Tercero Penal Municipal de Neiva (Huila) amparó los derechos de la aseguradora y ordenó dejar sin efectos las decisiones por las cuales se declaró el incumplimiento del contrato con el fin de proteger los derechos de la aseguradora.

6) El 30 de diciembre de 2013, EPN ESP expidió la Resolución número 0771 con la finalidad de dar cumplimiento a la sentencia de tutela antes referida y ordenó dejar sin efectos las decisiones de declaración de incumplimiento contractual únicamente respecto de la compañía Liberty Seguros SA y precisó que esta decisión no invalida, beneficia o afecta la actuación surtida respecto del doctor José Ricardo Falla Duque.

7) El 15 de septiembre de 2014, el gerente general (e) de EPN ESP expidió la Resolución número 562 por la cual decidió la actuación administrativa y declaró,

nuevamente, el incumplimiento de ambos contratos por parte del contratista e impuso la cláusula penal pecuniaria del identificado con el número 87 por el 15% del valor del contrato en los términos de la cláusula séptima. Respecto del contrato número 194 la fijó en el 10% del valor del contrato y ordenó hacer efectiva la garantía a cargo de Liberty Seguros SA.

8) La Resolución número 562 fue confirmada por la empresa EPN ESP a través de la Resolución número 755 de 29 de diciembre de 2014.

3. Cargos de nulidad

La parte demandante esgrimió los siguientes cuestionamientos de nulidad en contra de las decisiones acusadas:

1) *Violación del debido proceso.* No se configuraron las causales previstas en la ley para que la entidad demandada revocara directamente las decisiones iniciales con las cuales hizo efectiva la garantía de los contratos de prestación de servicios objeto de la controversia, sin consentimiento expreso y escrito del contratista. Estas decisiones estaban en firme y no permitían iniciar un nuevo procedimiento administrativo. No existía causa para iniciar ese nuevo procedimiento y con ello se desconoció la garantía de *non bis in idem*.

2) *Violación de las estipulaciones contractuales.* La cláusula séptima del contrato que se invocó como fundamento de la decisión de fijarla en un 15% del valor no dispone nada en relación con el valor de la cláusula penal; por el contrario, esta se pactó en el 10% del valor del contrato; adicionalmente, en ambos contratos la cláusula penal procedía en caso de incumplimiento reiterado del contratista, esto es, se necesitaba de varios incumplimientos para poder hacerla efectiva. No puede hacerse extensivo el incumplimiento de uno de los contratos al otro porque cada uno de ellos constituye un negocio jurídico principal y autónomo.

3) *Proporcionalidad y razonabilidad de la sanción.* El poder para contestar la demanda de controversias contractuales que le correspondía realizar en ejecución del contrato número 194 le fue otorgado el último día hábil con el que se contaba para tal efecto mediante envío de correo electrónico; sin embargo, para esa fecha estaba

hospitalizado, luego fue intervenido quirúrgicamente. Aunque cometió un error en la contabilización del término de traslado de la demanda no obró con mala fe ni con dolo.

4) *Violación del derecho de defensa.* La demandada no decretó los testimonios pedidos por el contratista durante el procedimiento administrativo sancionatorio con lo cual se le impidió respaldar apropiadamente su defensa. Tampoco tuvo en cuenta el cumplimiento del contrato en relación con el proceso penal en el cual intervino y se violó el principio *non bis in idem* porque se resolvió nuevamente sobre la responsabilidad del contratista y se varió lo decidido inicialmente.

5) *Legalidad de las faltas y de las sanciones.* Para poder sancionar al contratista debió indicarse el sustento legal de la preexistencia de la falta y de la sanción. En el contrato se pactó la cláusula penal pero no la facultad para terminar unilateralmente el contrato por parte de EPN ESE.

6) *Falta de competencia.* Los contratos suscritos entre las partes se rigen por el derecho privado y no involucran el ejercicio de potestades excepcionales; por consiguiente, la entidad contratante tenía que acudir al juez del contrato para poder obtener la cláusula penal, no podía imponerla unilateralmente ni terminar el negocio porque no gozaba de prerrogativas excepcionales.

7) *Contrato no cumplido.* EPN ESP no cumplió con el pago del 25% del valor del contrato que estaba sujeto a la condición consistente en la firmeza del auto de pruebas y, pese a que esta se materializó la entidad contratante no lo pagó, por lo cual debe prosperar la excepción de *contrato no cumplido*.

4. Oposición

En la oportunidad legal, la ESP demandada se opuso a las súplicas de la demanda (fls. 488 y ss cdno. ppal 3) con los siguientes argumentos:

1) No existen razones que justifiquen la anulación de los actos demandados y no puede prosperar la pretensión de restablecimiento del derecho consistente en el pago total del valor de los contratos que no ejecutó el contratista quien, a pesar de esto, recibió un anticipo por valor del 50%. La entidad no estaba obligada a pagar el precio por razón del incumplimiento del contratista.

2) La Resolución 429 de 2013 y su confirmatoria, por las cuales se declaró el incumplimiento del contratista, no han sido revocadas directamente por la empresa ni fueron dejadas sin efectos en virtud de las decisiones judiciales de acción de tutela que ampararon los derechos de Liberty Seguros SA; en los actos demandados se resolvió la situación de la mencionada aseguradora.

3) Formuló las siguientes excepciones: (i) inexistencia de presupuestos suficientes para desvirtuar la presunción de legalidad de los actos demandados, (ii) procedimiento administrativo ajustado al ordenamiento jurídico, (iii) incumplimiento de los deberes contractuales en defensa jurídica de EPN SA ESP, (iv) contrato no cumplido y, (v) inexistencia de revocatoria directa de la Resolución número 429 de 2013.

5. La sentencia apelada

El 13 de agosto de 2024, el Tribunal Administrativo del Huila (índice 82 SAMAI tribunal) profirió sentencia en la cual determinó declarar la nulidad de las Resoluciones 0429 de 2013 y 500 de 27 de agosto de 2013 expedidas por EPN ESE, actos distintos a los que fueron demandados; declaró probada la excepción de *inexistencia de siniestro por falta de realización del riesgo respecto de la póliza de seguros 198776* supuestamente propuesta por Liberty Seguros SA, quien no fue parte ni interviniente en el proceso, al tiempo que denegó las demás pretensiones. No obstante los referidos yerros, en la sentencia se plasmaron las siguientes consideraciones relevantes para el análisis que corresponde a esta Corporación como juez de segunda instancia:

1) Con antelación al inicio del proceso objeto de la presente decisión el demandante promovió otro proceso judicial, identificado con el número de radicación 41-001-23-33-000-2014-00111-01 en el cual pretendió la nulidad de las Resoluciones números 429 y 500 de 2013 dictadas por EPN ESP, el cual terminó con sentencia de 3 de junio de 2023 en la cual se dispuso la nulidad de dichos actos; sin embargo, no se reconoció ninguna suma en favor del demandante porque se probó que incumplió los contratos. Como en el referido proceso hubo demanda de reconvención se condenó al demandante a reintegrar la suma de \$24.545.117 del valor pagado a EPN ESP y a pagarle la suma de \$223.612.081 por “*alteración del equilibrio financiero del contrato*”; finalmente, se condenó a Liberty Seguros SA, quien fungió como llamada en garantía del demandado, a responder por \$13.917.345.

2) La jurisdicción de lo contencioso administrativo es competente para decidir las súplicas de la demanda con independencia del régimen jurídico privado que rige los contratos objeto del litigio, en aplicación de la *“cláusula general de competencia”* contenida en el artículo 104 del CPACA.

3) Sin perjuicio del carácter estatal de los contratos suscritos entre las partes, las decisiones de las empresas de servicios públicos domiciliarios adoptadas durante el iter contractual no son actos administrativos, pero, la jurisdicción puede ejercer su control de legalidad como si se tratara de estos porque se trata de declaraciones unilaterales de voluntad que afectan a un particular y son ejecutables.

4) La entidad demandada obró sin competencia cuando dispuso *“la terminación unilateral de los contratos”* porque no tenía facultad legal para expedir actos administrativos, con lo cual se configuró la causal de anulación de *falta de competencia*, por cuanto: *“las resoluciones 0429 y 00500 de 2013 no ostentan materialmente la calidad de actos administrativos; sin embargo, no son ajenas al control de legalidad, y en razón a que se expidieron sin contar con la respectiva atribución legal; es indudable que están viciadas de nulidad, y de contera, el trámite que se surtió soslayó el debido proceso.”* (fl. 45 sentencia de primera instancia, índice 82 SAMAI).

5) El 31 de diciembre de 2011, las partes liquidaron de forma bilateral el contrato número 087 de 2011, sin salvedades del contratista, y se declararon a paz y salvo por todo concepto por lo cual no son de recibo las reclamaciones económicas posteriores; por tanto *“el alegado incumplimiento fue saneado”* (fl. 47 *ibidem*).

6) En cuanto al contrato 194 de 2011 debe precisarse lo siguiente:

“i).- Como ya se indicara, la contestación extemporánea de la demanda ordinaria se materializó en desarrollo del contrato 087 (vigente hasta el 31 de diciembre de 2011), y en razón a que el mismo se liquidó sin ninguna clase de salvedad o reparo; ese incumplimiento no se puede extender al nuevo negocio jurídico.

ii).- El contrato se suscribió exclusivamente para atender el proceso contencioso administrativo que promovió OAE (hasta su culminación) y para representar a EPN en un proceso penal (en calidad de víctima).

El 50% del precio se canceló como pago anticipado, y quedó pendiente el 25% (pagadero en el momento de proferir el auto que decreta la práctica de

pruebas) y el otro 25% (al finalizar el proceso en segunda instancia o quedar el fallo ejecutoriado).

iii).- No obstante que en la resolución 429 del 24 de julio de 2013 (confirmada por la resolución 000500 del 27 de agosto de 2013) las EPN declararon el siniestro de incumplimiento, y entre otras decisiones, asumieron directamente la representación judicial a través del jefe de la oficina jurídica (argumentando el estado de indefensión⁹); extrañamente permitieron que en el proceso contencioso administrativo el contratista continuara fungiendo en calidad de apoderado de la empresa hasta el 3 de febrero de 2014 (fecha en la cual se radicó la revocatoria del poder¹⁰), y en el proceso penal hasta el 4 de marzo del mismo año (cuando intervino en la audiencia de lectura de un auto).

Teniendo en cuenta que hasta que se expidieron los actos enjuiciados el demandante ejerció la representación judicial, y continuó haciéndolo un buen tiempo después; no existe fundamento para ordenar la devolución del pago anticipado. Máxime, si se tiene en cuenta que como argumento la demandada se limitó a reiterar que el incumplimiento se gestó por no contestar oportunamente la demanda contenciosa; a sabiendas de que ello sucedió en desarrollo de un contrato anterior; que como ya quedara expuesto, fue ejecutado y liquidado de mutuo acuerdo (el 087 de 2011).

iv).- Como la fecha en que se profirió el auto que decretó las pruebas (5 de diciembre de 2011) es anterior a la fecha en que se suscribió el contrato 194 (22 de diciembre de 2011); es ilógico que se haya acordado que el 25% se pagaría en una fecha expirada. Y en la medida en que la gestión profesional que realizó el actor fue modesta, no existe justificación para deprecar el pago del otro 25% (pactado a la finalización del contrato); a sabiendas de que el resultado favorable no fue producto de su labor.

d.- En lo que tiene que ver con la situación de Liberty Seguros, dado que la demandada carecía de competencia para declarar el siniestro de incumplimiento, se declarará probada la exceptiva propuesta: inexistencia de siniestro por falta de realización del riesgo respecto de la póliza de seguros No 198776.” (fls. 47 – 48 sentencia de primera instancia, índice 82 SAMAI tribunal).

6. Recurso de apelación

En la oportunidad legal, el demandante José Ricardo Falla Duque apeló la sentencia de primera instancia (índice 87 SAMAI tribunal) con el fin de que se concedan las pretensiones consecuenciales a la nulidad declarada por el tribunal, en procura de lo cual sostuvo la argumentación que se sintetiza a continuación:

1) En la sentencia de primera instancia se hace alusión a una supuesta demanda de reconvencción que no existió y en 45 de sus 49 folios se menciona lo ocurrido en un proceso distinto. El *a quo* estimó que antes de resolver la demanda del contratista debía decidir las súplicas de reconvencción y analizar el cumplimiento contractual del demandante, conclusión equivocada por el hecho de que no existió dicho acto procesal.

2) El tribunal se ocupó de materias que no fueron objeto del proceso y dejó de resolver las pretensiones consecuenciales, frente a las que el recurrente puso de presente lo siguiente:

*“Así las cosas, **solicito** por haberse dado la circunstancia de la nulidad de la resoluciones atacadas que como consecuencia de ello proceda su despacho a **REVOCAR los numerales que le sean contrarios a esta situación de la providencia atacada para en su lugar DECLARAR LA PROSPERIDAD de la PRETENSION CONSECUCIONAL** como se solicitó en debida forma en la demanda, y es más nunca fue atacado ese acto procesal por parte de mi contraparte que siempre estuvo representado por sus apoderados, es decir bajo el entendido de derecho de defensa y contradicción; agregando simplemente que las excepciones presentadas no podían ser estudiadas, pues la situación de nulidad al darle prosperidad la sala pierde su objeto, pierden su razón de ser.”* (fl. 10 recurso de apelación, índice 87 SAMAI tribunal – mayúsculas sostenidas y negrillas originales).

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Surtido el trámite procesal, sin que se advierta nulidad que lo invalide², corresponde resolver de fondo el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, para lo cual se seguirá el siguiente derrotero: (i) objeto de la controversia, delimitación de la competencia del *ad quem* y anuncio de la decisión, (ii) postura unificada de la Sección Tercera del Consejo de Estado en relación con naturaleza de los actos contractuales de las empresas de servicios públicos domiciliarios y su aplicación al caso concreto, (iii) costas y, (iv) admonición al tribunal de primera instancia.

1. Objeto de la controversia, delimitación de la competencia del *ad quem* y anuncio de la decisión

1) La empresa de servicios públicos domiciliarios demandada, en condición de contratante, expidió las resoluciones números 429 y 500 de 2013 por medio de las cuales declaró el incumplimiento de su contratista de prestación de servicios e hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria a cargo de este y de la aseguradora del cumplimiento contractual (Liberty Seguros SA); esta última demandó en acción de tutela por el hecho de no haber sido vinculada previamente al procedimiento administrativo correspondiente y en sentencia de 24 de diciembre de 2013 el Juzgado

² En forma previa se verifica que no operó la caducidad del medio de control porque, con independencia de la naturaleza de los actos demandados, la demanda fue presentada el 17 de julio de 2016 (fl. 39 cdno. 1), esto es, dentro de los dos (2) años siguientes a la actuación que se cuestiona (diciembre de 2014).

Tercero Municipal con funciones de control de garantías de Neiva amparó su derecho fundamental del debido proceso y ordenó que se le permitiera ser parte de la actuación correspondiente para ejercer el derecho de contradicción.

2) En acatamiento de la mencionada sentencia de acción de tutela la empresa EPN ESP emitió la Resolución 771 de 2013 por la cual dejó sin efectos las referidas decisiones, únicamente en relación con Liberty Seguros SA y ordenó surtir el procedimiento con dicha aseguradora, al tiempo que dispuso que: *“la ineficacia de los actos administrativos declarada en el artículo anterior, no invalida, beneficia o afecta la actuación surtida respecto del doctor José Ricardo Falla Duque”*; como consecuencia, expidió las resoluciones números 562 y 755 de 2014 con las cuales decidió la actuación administrativa.

3) Por su parte, el contratista José Ricardo Falla Duque promovió un primer proceso judicial tendiente a obtener la nulidad de las referidas Resoluciones números 429 y 500 de 2013 al cual le correspondió el número de radicación 41-001-23-33-000-2014-00111-01 y culminó con sentencia de primera instancia de 16 de agosto de 2022 proferida por el Tribunal Administrativo del Huila y, de segunda, dictada por esta Subsección de la Sección Tercera del Consejo de Estado el 10 de octubre de 2024 con el número interno 69.070, MP Alberto Montaña Plata (índice 14 SAMAI exp. 69.070).

4) A su vez, en el presente proceso el demandante persigue la nulidad de las Resoluciones números 562 y 755 de 2014 emitidas por EPN ESP por estimarlas contrarias a las estipulaciones contractuales por motivo de fijar la cláusula penal en un 15% del valor del contrato cuando se había pactado el 10%, ser desproporcionadas e irrazonables, contrarias al derecho de defensa, sin sustento legal, sin competencia y con desatención del incumplimiento previo de la contratante.

5) Pese a ello, en la sentencia cuya apelación ahora se decide, el Tribunal Administrativo del Huila confundió el objeto de ambos asuntos judiciales al punto que terminó por decretar la nulidad de las Resoluciones 429 y 500 de 2013 que no fueron objeto de esta controversia, dejó de resolver sobre aquellas que sí fueron enjuiciadas (Resoluciones 562 y 755 de 2014) y denegó las súplicas consecuenciales a la declaración de nulidad.

6) La parte demandante es apelante única y en el recurso (i) puso de presente el yerro cometido por el tribunal y, de otro, (ii) insistió en el necesario reconocimiento de los pedimentos consecuenciales a la nulidad decretada en primera instancia.

7) La mencionada irregularidad no da lugar a la configuración de una nulidad insaneable porque (i) sí se surtió la primera instancia, (ii) no se revivió un proceso legamente concluido, toda vez que, para la época en que se dictó el apelado aún no se resolvía en segunda instancia el proceso con radicación número 41-001-23-33-000-2014-00111-01 y, (iii) por la misma razón, no se obró en contra de providencia ejecutoriada del superior.

8) En ese contexto, es procedente corregir en esta instancia dicha irregularidad -sin perjuicio de una admonición al tribunal de primera instancia- con fundamento en la alegación que de esta se hizo por parte del único apelante en el recurso de alzada que se resuelve, la cual habilita a la Sala para pronunciarse sobre el punto.

Por lo tanto, la Sala (i) revocará la sentencia apelada en tanto contiene decisiones incongruentes con lo debatido en el proceso, tal como lo alegó la parte demandante³, (ii) adicionará la sentencia de primera instancia en los términos del inciso segundo del artículo 287 del CGP⁴, en tanto se omitió resolver lo expresa y puntualmente pretendido en la demanda y el afectado con la omisión apeló y, (iii) declarará probada, de oficio, la excepción de cosa juzgada en relación con la pretensión económica consecencial consistente en el pago del saldo de los contratos por la suma de \$168.200.000 en su favor, porque esta fue negada mediante sentencia ejecutoriada en otro proceso judicial.

2. Postura unificada de la Sección Tercera del Consejo de Estado en relación con naturaleza de los actos contractuales de las empresas de servicios públicos domiciliarios y su aplicación al caso concreto

³ Es importante tener en cuenta que lo así decidido no afecta la prohibición de “*non reformatio in pejus*”, porque el único apelante también controvertió la incongruencia de la decisión impugnada, para lo cual tiene interés jurídico por razón de que en este aspecto la sentencia no se pronunció sobre lo expresa y puntualmente pretendido por él.

⁴ Código General del Proceso, “*artículo 287 (...) El juez de segunda instancia deberá complementar la sentencia del inferior siempre que la parte perjudicada con la omisión haya apelado; pero si dejó de resolver la demanda de reconvencción o la de un proceso acumulado, le devolverá el expediente para que dicte sentencia complementaria.*”.

1) En sentencia de 9 de mayo de 2024, la Sección Tercera del Consejo de Estado⁵ unificó su jurisprudencia en el sentido de estimar que los actos expedidos por los prestadores de servicios públicos domiciliarios no ostentan la naturaleza de actos administrativos porque en sus relaciones negociales se rigen por el derecho privado y *no actúan – por regla general – en ejercicio de prerrogativas de poder* (par. 60) y, por ende, *“resulta un contrasentido analizarlos(s) como tal(es)”* (par. 65). Por ende, se determinó que el afectado no tiene la carga de pretender la anulación de ese tipo de decisiones con independencia de la formalidad o denominación con que estas se adopten, y que se debe adecuar la demanda y reconducirla para obtener decisión de fondo y examinar el negocio desde la perspectiva del cumplimiento contractual con el fin de determinar si el accionante tiene derecho a obtener lo pretendido⁶.

2) En la aludida sentencia la Sección Tercera precisó que si bien es perfectamente viable pactar prerrogativas para que una de las partes ejecute algún acto unilateral, estas deben ejercerse *“en beneficio mutuo de las partes, bajo el imperativo de la buena fe en materia contractual que impone actuar con honradez, probidad, honorabilidad, transparencia, diligencia, responsabilidad y sin dobleces”*⁷, sin que el hecho de acordarlas se asimile a una asignación de competencia -la cual está reservada al legislador- ni las decisiones en tal virtud adoptadas tengan la naturaleza de actos administrativos.

3) En ese contexto, le asiste razón a la parte demandante y, en tal virtud, la demanda está llamada a prosperar parcialmente porque, según consta en la Resolución 771 de 30 de diciembre de 2013 (fl. 321 cdno. 2) proferida por la demandada en acatamiento de una decisión judicial de acción de tutela precisó, en forma inequívoca, que esta nueva actuación no estaba llamada a producir efectos en contra del señor José Ricardo Falla Duque según se advierte de lo consignado en dicho documento, en el que se lee lo siguiente:

⁵ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 9 de mayo de 2024, exp. 53.962, MP José Roberto Sáchica Méndez.

⁶ Las razones del disenso del magistrado sustanciador con la decisión de unificación fueron manifestadas oportunamente en el curso del proceso judicial que se decidió con la mencionada sentencia, sin embargo, en acatamiento de lo unificado por la Sección Tercera aplica integralmente a este caso lo allí resuelto.

⁷ *Ibidem*, párr. 51.

“ARTÍCULO PRIMERO. Dar cumplimiento a la sentencia de tutela de fecha 24 de diciembre de 2013, proferida por el Juzgado Tercero Penal Municipal con funciones de control de garantías de Neiva, en el sentido de **dejar sin efectos los diferentes actos administrativos emitidos en la actuación administrativa contractual surtida contra el Doctor JOSÉ RICARDO DUQUE FALLA respecto de los contratos de prestación de servicios por él suscrito 087 del 14 de abril y 194 del 22 de diciembre de 2011, en garantía del derecho fundamental del debido proceso de la compañía LIBERTY SEGUROS S.A. (...) para que sea parte como tercero interesado en la actuación y ejerza los derechos de defensa y contradicción que le asisten, atendiendo las consideraciones expuestas en la parte motiva. Esto, conllevará el otorgamiento de los términos referidos en cada acto administrativo proferido y que deberán notificarse de manera personal a la Compañía Liberty Seguros SA.**

ARTÍCULO SEGUNDO. La ineficacia de los actos administrativos declarada en el artículo anterior, no invalida, beneficia o afecta la situación surtida respecto del doctor JOSÉ RICARDO FALLA DUQUE, en los términos señalados en las consideraciones de la presente resolución⁸” (fls. 323 – 324, cdno. 2 – mayúsculas sostenidas del original - negrillas adicionales).

4) Se insiste, al margen de la naturaleza jurídica de esa decisión y de la legalidad o no de dicho proceder de EPN ESP, quedó suficientemente determinado que la situación jurídica del contratista José Ricardo Falla Duque fue decidida en las Resoluciones números 429 y 500 de 2014 y que aquellas que se demandan en este otro proceso solo tendrían efecto frente a Liberty Seguros SA. Por consiguiente, la entidad demandada desconoció la buena fe contractual cuando en la parte resolutive de estas últimas (Resoluciones 562 y 755 de 2014) incluyó también al referido contratista como su destinatario, pese a que esta particular situación jurídica ya había sido definida previamente por la administración, lo cual justificó el hecho de no haber sido formalmente vinculado a esta segunda actuación administrativa que se adelantó en acatamiento de un fallo de acción de tutela.

5) En ese contexto, aunque en el contrato sí se pactó la obligación de garantizar el cumplimiento contractual mediante una póliza de seguro y la cláusula penal pecuniaria a cargo de la parte incumplida⁹, la entidad demandada incumplió el contrato por el abierto desconocimiento sus propios actos, en contravía de la buena fe que debía regir su actuación e intentó ejercer nuevamente una potestad ya agotada a través de unos actos contractuales que también fueron sometidos a control de esta jurisdicción y

⁸ En las citadas consideraciones se indicó: “respecto del Doctor JOSÉ RICARDO FALLA DUQUE, es claro que su notificación personal ha cumplido las formalidades de las normas en referencia, al punto que ha ejercido a través de diferentes memoriales su derecho de defensa y contradicción, luego la declaratoria de ineficacia ordenada por el juez de tutela no afecta ni beneficia la actuación surtida respecto del Dr. Falla Duque”. (fl. 23 cdno. 2).

⁹ Cfr. Cláusulas séptima y décimo tercera del contrato (fls. 46 y 47 cdno. ppal. 1).

fueron objeto de decisión definitiva como se explicará más adelante; por lo tanto, la expedición de las Resoluciones números 562 y 755 de 2014 emitidas por EPN ESP constituye una abierta transgresión de la buena fe contractual y, por ende, incumplimiento del negocio. En consecuencia, se declarará incumplida a la parte demandada y como consecuencia de ello se dispondrá la imposibilidad de hacer efectivas las referidas resoluciones en contra del contratista demandante.

6) En relación con la pretensión económica consistente en que se le ordene pagar el saldo insoluto de los contratos números 087 y 192 de 2011, la Sala declara probada, de oficio, como lo ordena el artículo 187 del CPACA¹⁰, la excepción de cosa juzgada. Para el efecto, tiene en cuenta que idéntica súplica formuló el demandante en contra de la misma demandada en el proceso con número de radicación 44001-23-33-000-2014-00111-02 (69070), para cuya constatación se transcriben a continuación ambos pedimentos:

Pretensión expediente 44001-23-33-000-2014-00111-02 (69.070)	Pretensión expediente 41001-23-33-000-2015-00653-01 (71.938)
<i>“PRETENSIÓN CONSECUCIONAL. A título indemnización de perjuicios y como responsable Empresas Públicas de Neiva E.S.P, se cancele la suma que corresponde a la suma de \$168.200.000 (IVA incluido) del valor restante por pagar del contrato más los intereses e indexación.” (fl. 2 índice 14 SAMAI).</i>	<i>“PRETENSIÓN CONSECUCIONAL: a título de restablecimiento del derecho y como consecuencia de la nulidad, se cancele la suma que corresponde a la suma (sic) de \$168.200.000 (IVA incluido) del valor restante por pagar del contrato más los intereses e indexación.”. (fl. 23 cdno. 1).</i>

7) Aunque consecuenciales de la pretendida nulidad de actos distintos, las súplicas se encaminaron a obtener idéntico reconocimiento sobre los mismos supuestos de hecho relacionados con el no pago total del valor pactado en los contratos 087 y 194 de 2011, aspecto que esta Subsección resolvió en la sentencia dictada como conclusión del expediente de controversias contractuales referido en la primera columna, con la siguiente argumentación:

“46. Como resultado de la revocatoria de las declaratorias de incumplimiento, procede el estudio del “restablecimiento del derecho” alegado por el demandante principal. Para la prosperidad de esta pretensión es necesario

¹⁰ CPACA, “artículo 187 (...) En la sentencia se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada. El silencio del inferior no impedirá que el superior estudie y decida todas las excepciones de fondo, propuestas o no, sin perjuicio de la *non reformatio in pejus*.”.

*tener acreditado el cumplimiento de las obligaciones de la parte demandante, lo cual, no ocurrió. Por el contrario, **lo que está demostrado es que fue su actuación por fuera de términos lo que dio lugar a la declaratoria de incumplimiento que efectuó la entidad en los actos administrativos cuya nulidad se confirma en esta providencia.** No solo no hay pruebas del cumplimiento de sus obligaciones, sino que **la propia parte demandante aseguró que había dejado de contestar la demanda por haber cometido un error en la contabilización de los términos, lo que da cuenta de una actuación totalmente contraria al cumplimiento de sus obligaciones contractuales. Tampoco obra prueba del cumplimiento de la obligación de presentar un “informe bimensual, adjuntando copia de los recursos interpuestos”, ni de lo establecido en la cláusula cuarta del contrato 194 de 2011, relativa al pago del contrato, la cual establecía que, para efectuar “el pago final, el contratista deb[ía] anexar [...] un informe total del proceso y los demás requisitos que haya lugar para su liquidación”, elementos que, por estar ausentes, tampoco permiten acceder a las pretensiones consecuenciales referidas.**” (fl. 13 índice 14 SAMAI – se destaca).*

8) En ese contexto, no resulta procedente admitir que, so pretexto de la expedición de unas nuevas decisiones de la contratante en relación con la compañía aseguradora, el contratista ventile nuevamente su pretensión económica en un nuevo proceso porque esta ya fue decidida con fuerza de cosa juzgada, excepción que puede y debe ser declarada en este proceso.

3. Costas

La decisión de no imponer costas en primera instancia no fue apelada por lo cual se mantiene. De igual manera, en los términos del numeral 5 del artículo 365 de la Ley 1564 de 2012 la Sala se abstiene de imponer costas de segunda instancia porque la demanda prospera parcialmente y fue necesario complementar la sentencia objeto del recurso de alzada en favor del impugnante.

4. Admonición al tribunal de primera instancia

La Sala advierte con preocupación los graves yerros de la providencia apelada en la cual se hizo referencia a una parte inexistente así como también a supuestas excepciones propuestas por esta y, finalmente, se dispuso la anulación de unos actos que no eran objeto de control y, por el contrario, habían sido materia de análisis y decisión por la misma Corporación en un proceso distinto. Por tal razón, se reconviene y exhorta al Tribunal Administrativo del Huila a atender con mayor diligencia los deberes de los servidores judiciales establecidos en la Ley 270 de 1996, consistentes en “[d]esempeñar con (...) eficiencia (...) las funciones de su cargo” y “[r]esolver los asuntos sometidos a su consideración dentro de los términos previstos en la ley y con

sujeción a los principios y garantías que orientan el ejercicio de la función jurisdiccional”, deberes cuya observancia, naturalmente, ha de ser aún más estricta cuando de lo que se trata es de la aprobación de una sentencia que tiene que pasar por el tamiz de un juez colegiado. Al respecto, no sobra recordar el canon previsto en el artículo 7 de la misma ley (se transcribe): “La administración de justicia debe ser eficiente. Los funcionarios y empleados judiciales deben ser diligentes en la sustanciación de los asuntos a su cargo, sin perjuicio de la calidad de los fallos que deban proferir conforme a la competencia que les fije la ley.”.

En mérito de lo expuesto, el **CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA –SUBSECCIÓN B-**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A :

1º) Revócase la sentencia de 13 de agosto de 2024 proferida por el Tribunal Administrativo del Huila.

2º) Declárase que Empresas Públicas de Neiva incumplió el contrato por el hecho de expedir los actos denominados Resolución número 562 de 15 de septiembre de 2014 y Resolución número 755 de 29 de diciembre de 2014 con el fin de decidir una situación contractual ya definida previamente y, por ende, que el señor José Ricardo Falla Duque no está obligado en los términos dispuestos en dichos documentos.

3º) Declarase probada, de oficio, la excepción de cosa juzgada en relación con la “*pretensión consecuencial*” de la demanda por el hecho de haber sido decidida en otro proceso judicial mediante sentencia debidamente ejecutoriada.

4º) Niéganse las demás súplicas de la demanda.

5º) Sin costas en ambas instancias.

6º) Reconviénese y exhórtase al tribunal de primera instancia en los términos consignados en la parte motiva de esta providencia.

Exp. 41001-23-33-000-2015-00653-02 (71.938)
Demandante: José Ricardo Falla Duque
Controversias contractuales

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(firmado electrónicamente)
ALBERTO MONTAÑA PLATA
Magistrado
Aclara el voto

(firmado electrónicamente)
DIEGO ENRIQUE FRANCO VICTORIA
Magistrado

(firmado electrónicamente)
FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Presidente de la Subsección

Constancia. La presente providencia fue firmada electrónicamente por los magistrados de la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado en la plataforma SAMAI, en consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta de conformidad con los artículos 1 y 2 de la Ley 2213 de 2022.