



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCION C

CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá D.C. veintisiete (27) de enero de dos mil dieciséis (2016)

Radicación: 05001-23-31-000-2002-02072-01 (48.812)

Actor: INGENIEROS ASOCIADOS S.A.

Demandado: EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P.

Proceso: Acción Contractual

Asunto: Recurso de apelación

Contenido: Descriptor: Se niegan pretensiones al no demandarse la nulidad de los actos administrativos por medio de los cuales ya en vía administrativa se negaron las pretensiones que ahora presenta el actor /Restrictor: Régimen jurídico de los contratos de los prestadores de servicios públicos domiciliarios/Término de caducidad de la acción de controversias contractuales en aquellos contratos que se rigen por derecho privado /Principio de Legalidad y la Presunción de legalidad de los actos administrativos/ Presupuestos procesales de la relación jurídico procesal – fallos inhibitorios y de mérito/Función de Interpretación integral de la demanda.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 9 de julio de 2013 proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Antioquía, mediante la cual se declaró como probada la excepción de caducidad de la acción y se declara inhibido para emitir un pronunciamiento de fondo sobre el asunto.

I. ANTECEDENTES.

1. Lo Pretendido.



El 11 de abril de 2002¹ la **Sociedad I.A. S.A. Ingenieros Asociados**, antes **I.A. Ltda. Ingenieros Asociados** presentó demanda contra **Empresas Públicas de Medellín E.S.P.** formulando las siguientes pretensiones:

Primero solicita que se declare que la demandada incumplió el contrato No. 5300301 celebrado entre éstos el 15 de agosto de 1997, por no reconocer ni cancelar el valor del IVA del 16% sobre el valor del FOB sobre los bienes importados, ni los mayores valores cancelados por concepto del incremento del porcentaje del impuesto de timbre del 1% y luego al 1.5% con posterioridad a la presentación de la oferta; por no expedir un acta de recibo final de las obras y por no liquidar el contrato.

Solicita, como consecuencia de la anterior declaración, que se condene a la demandada al reconocimiento y pago de la suma de US\$ 1'312.412,78, por concepto del IVA del 16% sobre el valor FOB de los bienes importados con destino al contrato y a la suma de US\$ 45'481.84, por concepto de los mayores valores que tuvo que cancelar por el incremento en los porcentajes del impuesto de timbre con posterioridad a la presentación de la oferta a la tasa vigente a la fecha del fallo, más los intereses moratorios ocasionados a título de restablecimiento del equilibrio financiero del contrato.

Pide también que se condene a la demandada al pago de las costas y agencias en derecho.

Por último, solicita el reconocimiento y pago de las demás sumas que resulten probadas en el proceso.

2. Los hechos en que se fundamentan las pretensiones.

El 15 de agosto de 1997 se celebró entre la demandante y la demandada el contrato No. 5300301, por virtud del cual aquella se obligó frente a ésta a realizar el diseño, fabricación, suministro, instalación, prueba y puesta en funcionamiento de los equipos y elementos necesarios para un sistema de redes de distribución para la prestación del servicio de televisión por cable, así como las aplicaciones de video interactivo en los

¹ Folios 1066 a 1086 del C. No. 1.



Distritos y Sectores en donde ésta prestara sus servicios de telecomunicaciones incluyendo mantenimiento y capacitación de personal.

La accionante presentó su propuesta a precios fijos en dólares de cada uno de los ítems, cotizando el IVA del 16% sobre los precios FOB o el IVA de nacionalización de los bienes importados y aparte el IVA del 16% sobre el precio de los fletes y seguros externos.

Como valor total del contrato se convino la suma de US\$ 6.955.148.96 a precios firmes sin incluir el IVA de los bienes nacionales, correspondiendo una suma equivalente a US\$4.486.767.78 por concepto del precio de los bienes importados incluyendo capacitación y mantenimiento y la suma de US\$2.468.381.18 por concepto del precio de los bienes nacionales.

El término de duración del contrato se fijó en seis (6) meses contados a partir de la orden de inicio de ejecución de las obras que se expediría dentro de los cinco (5) días siguientes a la aprobación de la garantía única o de la licencia de importación, es decir, desde el 26 de septiembre de 1997 según lo afirma la actora en su demanda.

El 15 de octubre de 1997 se celebró entre las partes un otrosí mediante el cual se adicionó un segundo párrafo a la cláusula segunda del contrato principal relativa al valor total del contrato, en el que se precisó que valores debían entenderse incluidos tanto en los bienes nacionales como en los bienes importados.

El plazo de ejecución inicial del contrato se extendió a través de la suscripción de las Actas de Modificación Bilateral Nos. 1 del 13 de agosto de 1998² por un término de 5 meses, la No. 2 del 15 de septiembre de 1998³ que sólo lo adicionó en valor, la No. 3 del 26 de noviembre de 1998⁴ hasta el 31 de diciembre de 1998, la No. 4 del 4 de mayo de 1999⁵ por un término de 6 meses y del acta de reunión suscrita el 23 de junio de 2000⁶ por un plazo de 6 meses más.

² Folios 599 a 600 del C. No. 1.

³ Folios 603 a 604 del C. No. 1.

⁴ Folios 605 a 606 del C. No. 1.

⁵ Folios 607 a 608 del C. No. 1.

⁶ Folios 612 a 613 del C. No. 1.

Dice que en la ejecución del contrato realizó todos los pagos requeridos pero la accionada sólo le reconoció las sumas por concepto del impuesto del IVA correspondientes a los fletes y seguros externos, dejando por fuera el reconocimiento y pago del IVA correspondiente al 16% del valor de los bienes importados precio FOB, el cual ascendía a la suma de US\$ 1'312.412,78.

Pese a las diversas comunicaciones y cuentas de cobro requiriendo a la demandada para que le cancelara las sumas adeudadas por concepto del IVA correspondiente al 16% del valor de los bienes importados precio FOB, ésta negó su reconocimiento y pago por medio de los Oficios Nos. 854557 del 2 de diciembre de 1999, el No. 863514 del 27 de enero de 2000, el No. 923600 del 3 de enero de 2001 y el No. 977818 del 31 de octubre de 2001 con base en argumentos que configurarían una modificación unilateral de las condiciones inicialmente convenidas.

Por último, señala que el porcentaje a cancelar por concepto del impuesto de timbre se incrementó durante la ejecución del contrato de un 0.25% a un 1.5% del valor total del contrato lo que generó un desequilibrio económico del contrato por el hecho del príncipe, pues dicha variación le generó sobrecostos y que si bien reclamó ante la accionada el reintegro de los mayores valores cancelados, ésta le negó dicha petición mediante Oficio No. 915735 del 17 de noviembre de 2001.

Concluye señalando que entre las partes no se suscribió un acta de recibo definitivo de las obras objeto del contrato ni mucho menos se llegó a un acuerdo sobre su liquidación final.

3. El trámite procesal.

Admitida que fue la demanda y notificada la demandada del auto admisorio, el asunto se fijó en lista y dentro del término la accionada Empresas Públicas de Medellín E.S.P. le dio respuesta oponiéndose a las pretensiones formuladas.

Después de decretar y practicar pruebas, se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para que alegaran de conclusión, oportunidad que sólo fue aprovechada por las partes y en donde la demandada Empresas Públicas de Medellín propuso la excepción de caducidad de la acción.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL.

En sentencia del 9 de julio de 2013 el Tribunal Contencioso Administrativo de Antioquia declaró como probada la excepción de caducidad de la acción y se inhibió de emitir un pronunciamiento de fondo sobre el asunto.

Para tomar esta decisión el Tribunal expuso las siguientes razones:

Luego de hacer un breve recuento de los hechos, las pretensiones y del trámite surtido en primera instancia el Tribunal de primera instancia hace referencia al artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, a la modificación introducida por el artículo 23 del Decreto ley No. 2304 de 1989 y al artículo 50 de la ley 80 de 1993, trae a cuento un auto proferido por la Sección Tercera de ésta Corporación el 19 de febrero de 2004, para luego concluir que el término de caducidad de 20 años previsto en éste último sólo resultaba aplicable en aquellos eventos en los cuales se advirtiera una conducta contractual antijurídica, siendo entonces aplicable al presente asunto el término de caducidad previsto en el referido artículo 136 del C.C.A.

Trae a cuento una sentencia proferida por la Sección Tercera de ésta Corporación el 4 de diciembre de 2006 bajo el radicado No. 15239 relativa a los términos de caducidad aplicables según la norma procesal vigente a la fecha de celebración del contrato, para luego concluir que en aquellos eventos de tránsito legislativo, por regla general resulta aplicable el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 conforme al cual las normas procesales son de aplicación inmediata salvo aquellos procesos en los cuales los términos ya hubieran empezado a correr o ya se hubieran iniciado las actuaciones o diligencias respectivas.



Dice que teniendo en cuenta que el contrato No. 5300301 que dio lugar al presente litigio se celebró el 17 de agosto de 1997, le eran aplicables entonces los términos de caducidad del artículo 136 del C.C.A. y la modificación introducida por el artículo 23 del Decreto No. 2304 de 1989 y que como en éste se acordó un plazo de ejecución inicial de 6 meses contados desde el 26 de septiembre de 1997 que se prorrogó en 4 oportunidades, el contrato finalmente se terminó el 3 de septiembre de 1999, tal como había sido reconocido por ambas partes, fecha desde la cual se debía a empezar a contar el término de 2 años de caducidad de la acción.

Afirma que teniendo en cuenta que la accionante no solicitó en su demanda que se ordenara la liquidación judicial del contrato, los 2 años de caducidad de la acción debían contarse una vez ocurridos los motivos de hecho o de derecho que le sirvieran de fundamento, es decir desde el 3 de septiembre de 1999 que fue la fecha en la que éste se terminó.

Así las cosas la demandante tenía hasta el 3 de septiembre de 2001 para presentar su demanda, razón por la cual para la fecha en la que la presentó, esto es, 11 de abril de 2002 ya había operado la caducidad de la acción, siendo entonces procedente declarar su configuración según el artículo 164 del Código Contencioso Administrativo.

No obstante lo anterior, precisa que si en la demanda interpuesta la accionante hubiera solicitado la liquidación judicial del contrato, el término de 2 años de caducidad de la acción debían contabilizarse a partir del día siguiente al del incumplimiento de la obligación de liquidar por parte de la administración, pero teniendo en cuenta que en el presente asunto no se solicitó la liquidación judicial del contrato, resultaba entonces improcedente contar el término de caducidad una vez transcurridos los 6 meses después de su terminación.

Hace referencia al carácter rogado de la jurisdicción contencioso administrativa, por virtud del cual el juez administrativo no le es dable extender su análisis y decisión a aspectos diferentes a los solicitados o planteados por el actor en su demanda, para lo cual trae a cuento una sentencia proferida por la Sección Primera de ésta Corporación



el 15 de mayo de 2003 bajo el radicado No. 7898, luego hace referencia al principio de congruencia y trae a cuento otra sentencia proferida el 31 de agosto de 2000 bajo el radicado No. 5579, a partir de lo cual concluye que teniendo en cuenta que la accionante no pidió la liquidación judicial del contrato no resultaba entonces procedente pronunciarse respecto de la misma.

Que en caso de que el término de caducidad de la acción se contabilizara una vez vencidos los 4 meses para efectuar la liquidación bilateral y los 2 meses para efectuar la liquidación unilateral, la demanda debía presentarse a más tardar el 4 de noviembre de 2002 y que como se presentó el 11 de abril de 2002, para esa fecha ya había operado la caducidad de la acción.

Con base en las anteriores consideraciones declara como probada la excepción de caducidad de la acción interpuesta y en consecuencia se inhibe de emitir un pronunciamiento de fondo, precisando que sí en gracia de discusión dicha excepción no resultara probada, al resolver de fondo el asunto las pretensiones de la demanda resultaban condenadas al fracaso en virtud del principio de congruencia, pues la actora no solicitó la liquidación del judicial del contrato.

Por último, niega la pretensión relativa a la condena en costas al no encontrar elementos de juicio suficientes para imponerlas.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN.

Contra lo así resuelto la Sociedad demandante interpuso el recurso de apelación con fundamento en las siguientes razones:

Inicia su argumentación la recurrente afirmando que si bien no pidió expresamente la liquidación judicial del contrato, en aras de garantizar la prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal el funcionario judicial tenía el deber de interpretar integralmente la demanda para determinar que lo realmente pretendido por ella era que se ordenara la liquidación judicial de éste.

Hace referencia al principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el formal contenido en el artículo 228 de la Constitución Política, a su estrecha relación con los principios de eficacia y de supremacía constitucional, trae a cuento algunas de las sentencias proferidas por la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y una proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia dentro del proceso radicado bajo el No. 2008-00451-01 al respecto para luego concluir que la función judicial de interpretación de las normas procesales se constituía en un instrumento que garantizaba la prevalencia del derecho sustancial sobre las formalidades.

Afirma que con la entrada en vigencia del literal J del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011 se derogó la limitación contenida en el artículo 136 del antiguo Código Contencioso Administrativo, pues dicha normativa ya no exige que en ejercicio de la acción contractual el contratista solicite la liquidación judicial del contrato.

Estima reprochable el fallo inhibitorio proferido por el Tribunal de primera instancia y su decisión de contar el término de caducidad de la acción contractual a partir de la fecha de terminación del contrato fundado únicamente en el hecho de que la sociedad contratista no haya solicitado su liquidación judicial, pues con ello se desconoce el deber legal a cargo de la administración de liquidar los contratos y se configuraría un enriquecimiento sin justa causa en detrimento de los intereses de la contratista.

Señala que el Tribunal de primera instancia también vulneró el principio de congruencia, pues de los hechos y las pretensiones de la demanda se lograba evidenciar que a la fecha de presentación de la demanda el contrato no se había liquidado, hecho éste que había sido aceptado por la accionada en su contestación, razón por la cual en caso de ordenarse su liquidación judicial no se estarían vulnerando derechos al debido proceso y defensa de ésta.

Tampoco resulta aplicable al presente asunto el principio de justicia rogada, pues con ello se estaría vulnerando el principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal.

Dice que al momento de proferir la sentencia el Tribunal de primera instancia no tuvo en cuenta el acta suscrita el 23 de junio de 2000 visible a folios 612 a 613 del cuaderno de pruebas y mediante la cual las partes acordaron prorrogar el plazo de ejecución del contrato por 6 meses más, razón por la cual éste en realidad se terminaría el 23 de diciembre de 2000, hecho éste que también había sido señalado por la accionante en su demanda.

Con base en lo anterior señala que incurrió en equivocación el Tribunal al afirmar que el plazo de ejecución del contrato venció el 3 de septiembre de 1999, pues éste en realidad venció el 23 de diciembre de 2000, razón por la cual el término de caducidad de 2 años operaría el 23 de diciembre de 2002 y como la demanda se presentó el 11 de abril de 2002 es evidente que para esa fecha aún no había operado la caducidad de la acción, pues ésta se presentó con 8 meses de anticipación.

Manifiesta que es la misma ley la que le impone a la administración el deber de liquidar los contratos que lo requieren ya sea en el término convenido o en su defecto en el señalado en la Ley 80 de 1993, trae a cuento una sentencia proferida por la Sección Tercera de ésta Corporación y un Concepto del 1º de diciembre de 1999 proferido por la Sala de Consulta y Servicio Civil bajo el radicado No. 1230 al respecto, para luego señalar que teniendo en cuenta que en el presente asunto el plazo de ejecución del contrato se terminó el 23 de diciembre de 2000, los 2 meses para liquidarlo unilateralmente vencían el 23 de junio de 2001, de forma tal que la caducidad de la acción operaría el 23 de junio de 2003 y como la demanda se presentó el 11 de abril de 2002, es evidente que para esa fecha aún no había operado la caducidad de la acción.

Concluye señalando que al proferir un fallo inhibitorio el Tribunal de primera instancia no sólo incurrió en violación de la ley sino que también premió el incumplimiento de la contratante al no liquidar el contrato cuando legalmente se encontraba obligada a ello, configurándose de ésta forma un enriquecimiento sin justa causa lo que va en contra de lo previsto en el artículo 831 del Código de Comercio.

Por último y en atención a lo manifestado por la accionada en sus alegatos de conclusión precisa que el acta parcial No. 1 del 28 de octubre de 1998 se suscribió

antes de la presentación de las facturas Nos. 1956 y 1957 del 13 y 14 de julio de 1999, mediante las cuales había exigido el pago de las sumas canceladas por concepto del impuesto del IVA de nacionalización y que dicho documento al ser parcial no podía modificar o extinguir las obligaciones a cargo de las partes así como tampoco podía tomarse como definitivo, pues sólo mediante el acta de liquidación definitiva del contrato podía determinarse realmente quien le debía a quien y cuanto, para lo cual trae a cuento una sentencia proferida por la Sección Tercera de esta corporación el 22 de junio de 1995 bajo el radicado No. 9965 en la que se afirma que la relación negocial surge una vez se suscribe el contrato y finaliza una vez éste ha sido liquidado.

Con base en lo anterior, la Sociedad recurrente solicita que se revoque la decisión de primera instancia y que en su lugar se resuelva de fondo el asunto, se ordene la liquidación judicial del contrato y se acceda a las súplicas de la demanda.

IV. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público guardó silencio en este asunto.

No advirtiéndose causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado se procede a desatar la alzada previas las siguientes.

V. CONSIDERACIONES

Para resolver lo pertinente, la Sala, retomando la problemática jurídica propuesta por el actor en el presente asunto, precisará el alcance de los conceptos adoptados como *ratio decidendi* para sustentar su decisión así: **1)** Régimen jurídico de los contratos de los prestadores de servicios públicos domiciliarios; **2)** Término de caducidad de la acción de controversias contractuales en aquellos contratos que se rigen por derecho privado; **3)** Principio de Legalidad y la Presunción de legalidad de los actos administrativos; **4)**

Presupuestos procesales de la relación jurídico procesal – fallos inhibitorios y de mérito;
5) Función de interpretación integral de la demanda; 6) La solución del caso concreto.

1. Régimen jurídico de los contratos de los prestadores de servicios públicos domiciliarios.

En lo relativo al régimen jurídico aplicable a las Empresas Prestadoras de Servicios Públicos Domiciliarios, ya ésta Subsección había precisado:

“El servicio público “rompe de una manera tan profunda la idea simple del contrato según los postulados del derecho civil, que comienza a sostenerse como verdad jurídica del contrato administrativo la de su desigualdad por naturaleza, esto es, a favor del interés general que implica todo servicio público. Así, el contratista no solo se vincula al cumplimiento de las obligaciones normales y ordinarias de todo contrato, sino también, y de manera especial, al funcionamiento regular y continuo de los servicios públicos, sometido por otra parte a un concreto régimen de exorbitancias en donde la administración goza de poderes y prerrogativas unilaterales para imponerse en la relación negocial. Desde el punto de vista del control, los litigios suscitados con ocasión de estos contratos se someten al conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa”⁷⁻⁸”.

En cuanto a “los negocios jurídicos y de los actos unilaterales en materia de servicios públicos, se observa una peculiar interrelación normativa y de principios de los llamados derechos público y privado, dentro del contexto de la economía de mercado y la libre competencia. Resulta interesante observar como el legislador en estas materias quebró las profundas barreras existentes entre la concepción intervencionista, que proclamaba estructuras jurídicas rígidas de estricto derecho administrativo y las neoliberales, que abren el proceso a la competencia, para regular los servicios públicos en aspectos tan neurálgicos como los de sus actos y contratos, diseñando un sistema donde lo predominante son las normas del derecho privado, sin abandonar en ciertos aspectos la aplicación de disposiciones y principios ligados al derecho administrativo”⁹”.

De acuerdo con la jurisprudencia de la Sub-sección C por “mandato constitucional (artículos 334, 365 y 370), los servicios públicos en Colombia están sujetos al régimen especial que para ellos determine la ley. Ahora bien, debe señalarse que este mandato se refiere a los servicios públicos en general, expresión que sin duda cobija los servicios públicos domiciliarios, en otras

⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “La figura del contrato administrativo”, ob., cit. (Original del fallo que se cita).

⁸ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Servicios públicos y concesión. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá [próximo a publicar como Tomo V del Tratado del mismo autor] (Original del fallo que se cita).

⁹ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Servicios públicos y concesión. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá [próximo a publicar como Tomo V del Tratado del mismo autor] (Original del fallo que se cita).

palabras, el género incluye la especie¹⁰. En desarrollo de estos preceptos constitucionales se expidió la Ley 142 de 1994. Se trata entonces de una ley ordinaria que manda al Estado intervenir en los servicios públicos, utilizando los instrumentos a los que hace referencia el artículo 3 de la propia ley, en especial la regulación, la vigilancia y el control de las empresas y de los servicios que ellas prestan. Además, la Ley 142 es una norma especial en materia de servicios públicos domiciliarios y, en consecuencia, su aplicación es preferente respecto de otras leyes, también se trata de una ley que regula íntegramente la materia y, por tanto, deroga todas las disposiciones legales preexistentes que regulen este tema¹¹. En cuanto al ámbito de aplicación de la Ley 142 de 1994, cabe señalar que se trata de una ley que no sólo se aplica a los servicios públicos domiciliarios; sin embargo, para la Sala resulta claro que, dentro de esos ámbitos de aplicación se encuentra el régimen de las empresas prestadoras de dichos servicios y las actividades que ellas realizan. Es así como el artículo 32 de la mencionada ley establece que, “salvo que la Constitución o la misma ley dispongan otra cosa, los actos de todas las empresas de servicios públicos, **así como los requeridos para la administración** y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, en lo no dispuesto en esta ley, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado”. (Negrilla propia) Así las cosas, la Sala encuentra que es la propia Ley 142 la que faculta a las empresas de servicios públicos domiciliarios a dictar todos los **actos necesarios para su administración**, en consecuencia, los manuales de contratación no son nada distinto que una manifestación de dicha competencia atribuida directamente por la ley, que, en virtud de su contenido material y del capital 100% público de las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios, revisten la forma jurídica de actos administrativos de contenido general, sin que ello signifique que su régimen contractual sea el del derecho público pues, como se verá este sólo se aplicará de manera excepcional¹².

Una aproximación a las bases jurídicas de los servicios públicos domiciliarios “permite concluir sin mayor dificultad la consolidación del derecho privado como la regla general rectora de la actividad de los operadores de los servicios públicos en todo lo relacionado con sus actos y contratos, y a la vez, la proclamación de una regla de excepción, de obvia aplicación restrictiva, sujeta a las disposiciones del derecho administrativo, que rige un pequeño número de contratos relacionados con los servicios públicos y principalmente con aquellas actuaciones tendientes a la producción de actos típicamente administrativos, que dicho sea, constituyen materialmente un ámbito muy restringido en la actividad de las empresas prestatarias de servicios públicos, principalmente en los asuntos que implican relaciones con el usuario y en el desarrollo de procedimientos que conllevan afectaciones al interés general”¹³.

Este “contexto de inversión a los postulados tradicionales corresponde indudablemente a una nueva concepción en el manejo de otrora responsabilidades públicas, en lo que ha dado en llamar Gaspar Ariño, el cambio del modelo de Estado como consecuencia de las transformaciones profundas en los procesos económicos y sociales, que consolidan un sistema fundado en la competencia, libre dentro del mercado¹⁴, que indudablemente influyen y

¹⁰ En relación con la especialidad del derecho de los servicios públicos véase CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-066 de 1997 (Original del fallo que se cita).

¹¹ ATEHORTÚA RÍOS, Carlos Alberto. *Servicios públicos domiciliarios, proveedores y régimen de controles*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006, pp. 65-68.

¹² Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 13 de abril de 2011, expediente 37423 (Original del fallo que se cita).

¹³ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Servicios públicos y concesión. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá [próximo a publicar como Tomo V del Tratado del mismo autor].

¹⁴ ARIÑO ORTIZ, Gaspar (e tal), *El Nuevo Servicio Público*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid 1997, pp.19 ss (Original del fallo que se cita).

determinan los fenómenos jurídicos propios del servicio público, en especial el tema de los contratos y de las actuaciones unilaterales que puedan darse en su prestación^{15,16}.

*Los “desarrollos normativos de las Leyes 142 y 143 ambas de 1994, conforme a las previsiones constitucionales de los artículos 333, 334, 336 y 365 a 370, implicaron definitivamente un abandono a la regla general de la legalidad aplicable a los negocios jurídicos suscritos por las empresas prestadoras de servicios públicos, en la medida que trajeron un rompimiento de la dogmática tradicional del derecho administrativo, creando en su reemplazo una base jurídica, particular y especial, conformada a partir de la aplicación del derecho privado para atender las exigencias de la vida económica sustentadora de los servicios públicos”*¹⁷.

En este sentido, “puede sostenerse que el ordenamiento jurídico ha respondido a la nueva concepción del servicio público creando un sistema jurídico sumido en los principios y reglas del derecho civil y comercial, que destacan la autonomía de la voluntad, la libertad contractual, de iniciativa, de empresa y de competencia, donde se sanciona la competencia desleal y cualquier acto que perturbe el libre tráfico jurídico de la competencia, tanto en el comercio interno, como en el internacional, en este último, imponiendo sanciones para el dumping y las subvenciones. Se pretende evitar que las prácticas desleales perturben el orden que debe reinar en el mercado, en el cual debe triunfar el mejor, quien ofrece mejores bienes y servicios, porque exige un interés general en la prevalencia de ese orden”^{18,19}.

¹⁵ CONSEJO DE ESTADO, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de septiembre 23 de 1997, expediente S-701. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Honorable Consejo de Estado ha resumido todo el problema del régimen jurídico aplicable a los actos y contratos de las empresas de servicios públicos en los siguientes términos: “[...] los esquemas clásicos: derecho público igual jurisdicción administrativa y derecho privado igual jurisdicción ordinaria, han perdido fuerza en nuestro sistema, tal como se infiere de la interpretación, entre otras, de las Leyes 80 de 1993 y 142 de 1994. En conclusión: a) Los actos y contratos de las empresas de servicios domiciliarios son privados y están sometidos, por regla general, al derecho privado y sus conflictos dirimibles ante la jurisdicción ordinaria...c) Así mismo, esas empresas pueden celebrar contratos sometidos por regla general al derecho privado y a la jurisdicción ordinaria; y otros, como los de prestación de servicios regulado en los artículos 128 y ss y los demás contratos que contengan cláusulas exorbitantes por imposición o autorización de las comisiones de regulación, en las cuales el derecho público será predominante y cuyas controversias serán de la jurisdicción administrativa (artículo 31 inciso 2), porque quien presta esos servicios se convierte en copartícipe por colaboración, de la gestión estatal; o, en otras palabras, cumple actividades o funciones administrativas...e) Los contratos especiales enunciados en el artículo 39 de la mencionada ley estarán sujetos al derecho privado, salvo el señalado en el artículo 39.1 que estará sometido al derecho público y a la jurisdicción administrativa [...]”(Original del fallo que se cita).

¹⁶ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Servicios públicos y concesión. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá [próximo a publicar como Tomo V del Tratado del mismo autor] (Original del fallo que se cita).

¹⁷ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Servicios públicos y concesión. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá [próximo a publicar como Tomo V del Tratado del mismo autor] (Original del fallo que se cita).

¹⁸ Este problema ya había sido resuelto por la Corte Constitucional, incluso con anterioridad a la claridad legislativa que hoy nos brinda la Ley 689 de 2001, al respecto señaló la corporación en la sentencia 066 de 1997 lo siguiente: En efecto, pretende la ley objeto de control someter a un régimen de derecho privado los actos y contratos que celebren las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios. No es otro el objetivo del envío que el artículo 31 de la ley 142 de 1994 hace, en tratándose de contratos celebrados por dichas empresas, al parágrafo 1º del artículo 32 del Estatuto General de la Contratación Administrativa, salvo cuando la primera ley citada disponga otra cosa. En igual forma y directamente, el artículo 32 de la misma ley deja en manos de las reglas propias del derecho privado, salvo en cuanto la Constitución Política o la misma ley dispongan lo contrario, la constitución y demás actos de las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para su administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas socias de ellas...Pero independientemente de la anterior discusión doctrinal sobre qué debe ser objeto de

De "la lectura de los artículos, 2, 30, 31, 32, 33 y 39 de la Ley 142 de 1994, se deduce sin mayores dificultades esta novedosa realidad jurídica de interrelación entre cláusulas propias de supuestos ordenamientos disímiles, según las ópticas jurídicas tradicionales. Conforme a esta relación jurídica, se deduce una especie de regla general en cuanto al régimen aplicable a los contratos de las empresas de servicios públicos domiciliarios, según la cual están sujetos al

normas del derecho público o del derecho privado, considera la Corte que esa sola apreciación no puede constituir base suficiente para declarar la inexecutable del régimen establecido por el legislador para la prestación de los servicios públicos domiciliarios, en vista de que la norma constitucional que los organiza no lo determina expresa y menos privativamente. Al respecto, simplemente el Constituyente dejó en manos de la ley, sin tener en cuenta su pertenencia a un régimen de derecho público o privado, la fijación de las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de tales servicios, su cobertura, calidad, financiación, tarifas, etc. Luego, el legislador, en uso de la facultad constitucional consagrada en los artículos 365 y 367 de la Carta, expidió en el año de 1994 la ley 142 y entregó a las normas que regulan la conducta de los particulares la forma de actuar y contratar de las empresas prestadoras de los servicios tantas veces citados, sin transgredir con ello la normatividad Superior... Tampoco desbordó el legislador la competencia dada por el Constituyente para expedir el estatuto general de la contratación de la administración pública, toda vez que el régimen de contratos organizado en la ley 142 de 1994 no es de la administración pública, sino de los servicios públicos domiciliarios que pueden ser prestados bien por ella, bien por sociedades por acciones, personas naturales o jurídicas privadas, organizaciones y entidades autorizadas, entidades descentralizadas, etc. (ver artículo 15 de la ley). Entonces, la ley 80 de 1993 no podía cubrir a todas las personas en posibilidad de prestar los servicios públicos domiciliarios, por ello fue necesario dictar una reglamentación especial sobre la materia y ésta nada tiene que ver con el inciso final del artículo 150 de la Carta, sino con los artículos 365 y 367 de la misma, directos depositantes de tal facultad en el legislador. Lo dicho anteriormente sirva para destruir el argumento que pretende la inconstitucionalidad de las normas objeto de control por violación del artículo 333 de la Constitución, pues si bien éste guarda relación con el tema tratado en tanto se refiere a la iniciativa privada, libre competencia económica, no abuso de posiciones dominantes y alcance de la libertad de empresa frente al interés social y el ambiente, se reitera que, por razón de su especialidad, la constitucionalidad de tales tópicos debe examinarse a la luz de los artículos 365 y siguientes arriba enunciados, relativos a los servicios públicos y particularmente a los domiciliarios, y no tanto a otros con incidencia tangencial, no obstante el control de constitucionalidad integral que a esta Corte compete. Más cuando el artículo 333 citado no constituye un catálogo de cuanto los particulares pueden o no hacer, para que sea razonable la interpretación dada por el actor. Así mismo, lo relativo a la posibilidad de que las Comisiones de Regulación, de acuerdo con los artículos 31 y 35 de la ley 142 de 1994, determinen de manera general la inclusión facultativa u obligatoria de cláusulas exorbitantes en ciertos contratos y la celebración de licitaciones públicas u otros procedimientos que estimulen la concurrencia de oferentes, cuando las empresas de servicios públicos domiciliarios requieran bienes o servicios provistos por terceros. Dice el actor que tales disposiciones son inconstitucionales, pues "el legislador de la ley 142 de 1994 le creó al Presidente de la República, para que la ejerciera a través de las Comisiones de Regulación, una COMPETENCIA para, so pretexto de ejercer "el control, la inspección y vigilancia" de las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios, REGLAMENTAR la GESTION CONTRACTUAL en dichas entidades. Sin embargo, ni expresa ni tácitamente dicha COMPETENCIA encuentra asidero en el artículo 370 de la Constitución Política". En verdad, tal competencia no la dispone expresamente el artículo 370 Superior, pero en parte alguna la Constitución prohíbe que las Comisiones de Regulación dicten normas de carácter general que, no obstante no ser leyes, puedan constituir el parámetro objetivo por el actor reclamado. Así, teniendo en cuenta que las Comisiones de Regulación derivaron esa competencia directamente de la ley y ésta fue facultada por los artículos 365 y 367 de la Constitución para organizar lo relativo a los servicios públicos en general, y a los domiciliarios en particular, lo cual incluye, desde luego, la posibilidad de desarrollar dentro del marco legal lo referente a los contratos de manera independiente de la ley 80 de 1993, como tantas veces se ha sostenido en este pronunciamiento, no es admisible el cargo imputado por el actor, en razón a que no existe el traslado de competencias del legislador al Presidente de la República, sino que se trata, se repite, de una facultad atribuida por el legislador directamente a las Comisiones de Regulación, que en este sentido son instrumentos de realización de los intereses públicos consagrados en la Constitución y en la ley (Original del fallo que se cita).

¹⁹ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Servicios públicos y concesión. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá [próximo a publicar como Tomo V del Tratado del mismo autor] (Original del fallo que se cita).

derecho privado, no obstante que por excepción en casos precisamente determinados por la misma Ley 142 de 1994, se rigen por el derecho administrativo^{20,21}.

La “insistencia del legislador en remitir la contratación de las empresas prestadoras de servicios públicos al derecho privado tiene sus fundamentos ideológicos en la ruptura del Estado intervencionista y en la consolidación de las economías de mercado. Para el legislador, las empresas de servicios públicos deben actuar en el tráfico jurídico ordinario, como unos sujetos más del mercado. Precisamente en el artículo 30 de la Ley de Servicios Públicos se establece que: “[...] Las normas que esta ley contiene sobre contratos se interpretarán de acuerdo con los principios que contiene el título preliminar, en la forma que mejor garantice la libre competencia y que mejor impida los abusos de la posición dominante, tal como ordena el artículo 333 de la Constitución política [...]”. Esto es, de manera directa y sin complejos ideológicos frente al derecho administrativo y la sustantividad del contrato del Estado, se instituye al derecho privado como la legalidad aplicable por estas entidades prestadoras de servicios públicos, dentro de una clara y definitiva política de acatamiento a las directrices neoliberal, que tradicionalmente se hacen acompañar de este ordenamiento jurídico por ser el propio y natural de la iniciativa privada y la libertad de negociación en el mercado²².

Conforme con “la redacción del artículo 31 de la Ley 142 de 1994, con las modificaciones introducidas por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001, los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, Ley 80 de 1993, salvo en los casos en que la Ley de Servicios Públicos disponga otra cosa, como ocurre en los eventos en que las Comisiones de Regulación hagan obligatoria la inclusión de cláusulas de excepción o

²⁰ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de abril 20 de 2005, expediente 23835. Esta posición doctrinal ha sido históricamente reiterada y aún hoy se mantiene intacta como una verdad incontrovertible que genera seguridad jurídica y que no puede ser desconocida por ningún operador o interprete de las normas sobre servicios públicos domiciliarios. Precisamente en reciente providencia del H. Consejo de Estado se indicó sobre este tema lo siguiente: “La anterior cita muestra como la Ley 142 de 1994 previó situaciones específicas, sobre casos en los cuales el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública era aplicable a los contratos de empresas de servicios públicos, no sin antes advertir que la generalidad de la norma, es que la Ley 80 de 1993 no es aplicable a las empresas estatales que presten servicios públicos. Al tomar en conjunto los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994, se tiene que existe una regla general sobre las normas aplicables a las empresas de servicios públicos, seguida por unas excepciones a la regla, las cuales se encuentran diseminadas en otras disposiciones de la Ley 142. Para una mejor comprensión de lo expuesto, se observa que: La regla general indica que los actos y contratos de las empresas de servicio público -incluido su constitución- se someterán a las reglas de derecho privado (Art. 32), sin importar que las mismas sean de carácter público (Art. 31 Inc. 1º). la excepción a la regla general se inicia con la posibilidad de incluir forzosamente cláusulas exorbitantes en los contratos celebrados por cualquier empresa de servicios públicos (Art. 31 Inc. 2º). Otras excepciones a la regla se encuentran diseminadas a lo largo de la Ley 142 (Arts. 39, 44.4, 154 entre otros) La sola interpretación sistemática de las normas en mención, arroja la solución legal al problema de competencia sometido a la consideración de la Sala, pues se entiende que la generalidad de las normas aplicables al tipo de contrato demandado, son las reglas de derecho privado” (Original del fallo que se cita).

²¹ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Servicios públicos y concesión. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá [próximo a publicar como Tomo V del Tratado del mismo autor] (Original del fallo que se cita).

²² SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Servicios públicos y concesión. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá [próximo a publicar como Tomo V del Tratado del mismo autor] (Original del fallo que se cita).

*exorbitantes en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos domiciliarios y en los eventos en que por solicitud de éstas se incluyan en todos los demás*²³.

Cuando la inclusión “sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se registrará, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos y contratos en los que se utilicen esas cláusulas y/o se ejerciten esas facultades estarán sujetas al control de la jurisdicción contencioso administrativa, y sin perjuicio de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, cuya comprensión implica que el no someterse al Estatuto mencionado implica que en el desarrollo de la actividad contractual por las empresas que prestan servicios públicos deben observar los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal según los mandatos constitucionales de los artículos 209 y 267 de la Carta Política, así como los mandatos convencionales tanto sustanciales de la Convención Americana de Derechos Humanos [en especial la garantía efectiva de los derechos –artículo 1-; a la protección de la vida –artículo 4.1-; a la protección de la integridad personal –artículo 5.1-; a la igualdad ante la ley –artículo 24-; y, a la protección o garantía judicial efectiva –artículo 25-], como aquellos en los que se afecte a las personas o colectividades por virtud del Protocolo adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales –Protocolo de San Salvador-, [especialmente cuando se trata de la protección eficaz de los derechos a la salud –artículo 10- y a un medio ambiente sano –artículo 11- que puedan resultar vulnerados con ocasión de la prestación, no prestación o deficiente prestación de los servicios públicos]”²⁴.

Es de advertir, “que cuando esta norma tuvo vigencia en los términos iniciales de la ley 142 de 1994, siempre se consideró que estaba mal redactada. Sin embargo, por fuera de esta consideración, lo único que se podía concluir de la remisión que el artículo 31 original de la ley 142 de 1994 hacía al parágrafo primero del artículo 32 de la ley 80 de 1993, es que se reiteraba que el régimen jurídico de las empresas que tenían por objeto la prestación de los servicios públicos domiciliarios, no podía ser otro que el derecho privado. Así lo entendía el Consejo de Estado al aplicar esta norma cuando era procedente”^{25,26}

²³ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Servicios públicos y concesión. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá [próximo a publicar como Tomo V del Tratado del mismo autor] (Original del fallo que se cita).

²⁴ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Servicios públicos y concesión. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá [próximo a publicar como Tomo V del Tratado del mismo autor] (Original del fallo que se cita).

²⁵ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de junio 10 de 2004., expediente 24764. “A pesar de que la ley 80 enmarcó los contratos en una sola categoría, en el parágrafo 1º del art. 32 determina que los contratos de los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal, que “correspondan al giro ordinario de las actividades propias de su objeto social” no están sujetos a las disposiciones de ese régimen de contratación y “se registrarán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades”. Sobre esa disposición, la sala plena de esta corporación señaló que los contratos que celebren los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal “no sólo no serán estatales en los términos del estatuto general de contratación pública, sino que sus conflictos no deberán dirimirse por la jurisdicción administrativa cuando actúen bajo la forma de establecimiento de crédito, compañía de seguros o de entidad financiera y siempre que el objeto del contrato corresponda al giro ordinario de su actividad propia. Esos contratos estarán así regulados por las normas legales aplicables a la actividad financiera de crédito o seguros, como, por ejemplo, el estatuto orgánico del sistema financiero, el código de comercio, el código civil, etc. El juez será el ordinario civil, que es el natural de la clase de conflictos originados en contratos propios de esas actividades” (Original del fallo que se cita).

²⁶ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Servicios públicos y concesión. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá [próximo a publicar como Tomo V del Tratado del mismo autor] (Original del fallo que se cita).

Ahora bien, la remisión anteriormente mencionada “fue expresamente modificada por la ley 689 de 2001, la cual constituye sin mayores dubitaciones la regla aplicable frente a cualquier aproximación jurídica al tema que nos ocupa, e impide que el intérprete del régimen jurídico en cuestión haga afirmaciones, aplicaciones o remisiones de normatividades extrañas como la de la ley 80 de 1993 para hacer juicios de legalidad de la conducta de los actores de la contratación dentro de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios. Desde el 31 de agosto de 2001, día en que fue publicada en el diario oficial 44537 la ley 689 de ese año, entró a regir un marco jurídico específico y preferente para los contratos de las empresas de servicios públicos domiciliarios, que se caracteriza en su artículo 3, al modificar el 31 de la Ley 142 de 1994, por excluir expresamente, como regla general, de cualquier aplicación a la ley de la contratación pública del Estado”²⁷.

Según “la ley 689 de 2001 en la nueva redacción del artículo 31 de la 142 de 1994 que “[...] 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 la contratación de la administración pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa [...]”^{28,29}

Se relaciona, también, “por el legislador como otra excepción a la regla general enunciada en los casos de contratos celebrados por los entes territoriales con las empresas de servicios públicos, con el objeto de que éstas 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, casos éstos en donde se aplicarán integralmente las normas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Es más, el legislador insiste en que para efectos del principio de transparencia, la selección del contratista en estos eventos deberá siempre realizarse previa licitación pública, de conformidad con el estatuto de la contratación pública del Estado. Así mismo en el parágrafo del artículo 39 de la Ley 142 de 1994, con las modificaciones introducidas por la Ley 689 de 2001, se prevé otra clara excepción al excluir de la aplicación del derecho privado algunos contratos, como los de concesión para el uso de recursos naturales o del medio ambiente, o de acceso al espectro electromagnético”^{30,31}.

²⁷ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Servicios públicos y concesión. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá [próximo a publicar como Tomo V del Tratado del mismo autor] (Original del fallo que se cita).

²⁸ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto del 30 de septiembre de 2004, expediente 25453. Sobre la magnitud de este cambio legislativo se ha pronunciado el Consejo de Estado en los siguientes términos: “Se advierte que esta ley aclaró la confusión que había con la remisión que el original artículo 31 hacía al parágrafo 1º del art. 32 de la ley 80 de 1993, en cuanto señaló expresamente que los contratos celebrados por las entidades estatales que prestan servicios públicos, no están sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. De otra parte, corrigió la imprecisión en que incurrió el art. 31 de la ley 142, que había sido puesto de presente por esta Sección al señalar que cuando se incluían cláusulas exorbitantes “todo lo relativo a tales cláusulas” se regía, en cuanto fuera pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993 y “los actos” en los que se ejercitaran esas facultades estaban sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa, lo cual significaba que sólo se regía por la ley 80 de 1993 y se sometía a la jurisdicción administrativa lo relativo a las cláusulas y los actos en los que se ejercitaran los poderes exorbitantes. Es claro que la ley 689 de 2001 expresamente asigna a la jurisdicción de lo contencioso administrativo el control de los contratos que contengan cláusulas exorbitantes y el de los contratos que celebren las entidades territoriales con las empresas del sector.” (Original del fallo que se cita).

²⁹ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Servicios públicos y concesión. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá [próximo a publicar como Tomo V del Tratado del mismo autor] (Original del fallo que se cita).

³⁰ Ahora bien, la Superintendencia de Servicios Públicos al ser consultada sobre el régimen de contratación que le es aplicable a las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, señaló que a estas no les son exigibles las disposiciones contenidas en el Estatuto General de Contratación Estatal, conforme a lo consagrado en el artículo 31 de la Ley 142 de 1994 modificado por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001. Adicionalmente, estableció que “la norma

Bajo estos presupuestos, resulta claro que en el caso del derecho colombiano de los servicios públicos, el legislador desarrolló un sistema mixto de evidente influencia del derecho privado, principalmente comercial, para regir los contratos de las empresas de servicios públicos, sin negarle espacio, pero a título de excepción al derecho administrativo³², en casos de contratos considerados como de tradicional estirpe pública, en cuanto implican ejercicio de poder concedente para el desarrollo de actividades de servicios sin que el Estado se desprenda del privilegio sobre los mismos, admitiendo tan sólo su gestión por la iniciativa particular(...)³³.

Así las cosas, teniendo en cuenta que la ahora accionada Empresas Públicas de Medellín E.S.P., es una empresa prestadora de los servicios públicos domiciliarios de agua, energía y gas natural, al tramitar, celebrar, perfeccionar, ejecutar y liquidar contratos en cumplimiento de sus finalidades deberá sujetarse a lo previsto en el régimen de Derecho privado para los negocios jurídicos celebrados entre particulares, esto es, a la disposiciones mercantiles y civiles que fueren pertinentes al igual que a los principios del derecho privado que no resulten incompatibles con los presupuestos básicos del interés general que dicha contratación entraña.

Si bien fue el mismo legislador quién por medio del artículo 32 de la ley 142 de 1994 dispuso que las Empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios en ejercicio de su actividad contractual se sujetarían a un régimen especial, y que éste sería el

general está representada por la aplicación del régimen de derecho privado, salvo en los casos en que como se dijo anteriormente, en el contrato se dé aplicación a los mecanismos excepcionales previstos en los artículos 31 y 35 de la ley de servicios públicos. Es importante tener en cuenta que, si bien es cierto que el régimen de actos y contratos de las empresas de servicios públicos es de derecho privado salvo las excepciones previstas en la Ley 142 de 1994, ello no significa que en los procesos de contratación que se celebren no deban observarse los principios de transparencia y de libre concurrencia, ya que conforme lo dispone el artículo 30 ídem, las normas sobre contratos que contiene la Ley 142 de 1994 se interpretarán y aplicarán de acuerdo con los principios del Título Preliminar de la misma, en la forma que mejor garantice la libre concurrencia de oferentes y que mejor impida los abusos de posición dominante”. SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS. Concepto jurídico No.624 de octubre 8 de 2010, en [www.superservicios.gov.co] (Original del fallo que se cita).

³¹ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Servicios públicos y concesión. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá [próximo a publicar como Tomo V del Tratado del mismo autor] (Original del fallo que se cita).

³² Por otra parte, si bien es cierto que en los contratos de prestación de servicios domiciliarios celebrados por la administración y regidos sólo por el derecho privado, “no se cuestiona la posibilidad de que las partes pacten la cláusula de multas o la cláusula penal, dado que tales estipulaciones en ejercicio de la autonomía de la voluntad son de uso común y válidas en dicho régimen, no lo es menos que la administración cuando actúa en pie de igualdad con los particulares no puede declarar directamente el incumplimiento (total o parcial) del contrato e imponer y hacer efectiva unilateralmente una sanción mediante un acto administrativo, ni menos aún puede decretar la caducidad del contrato, pues tales potestades exorbitantes no le fueron atribuidas o autorizadas en las normas civiles o comerciales, ni como ocurre en el caso concreto en la citada Ley 142 de 1994”. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 15 de noviembre de 2011, Exp: 21.178 (Original del fallo que se cita).

³³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 1º de julio de 2015, Exp. 37.197.

previsto en el derecho privado, éstas disposiciones no modifican su naturaleza de entidades estatales, que como tal deben sujetar el ejercicio de sus funciones a los principios que rigen la función pública administrativa en los términos del artículo 209 constitucional, al igual que a los principios generales de la contratación estatal y del contrato.

En éste sentido, los procesos de contratación y los contratos celebrados por empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios no se encuentran desligados de principios vitales tales como los de transparencia, selección objetiva, legalidad, conmutatividad, sujeción a la economía del mercado, buena fe objetiva, interés general, planeación, estructuración conforme a los intereses generales de la colectividad, y en fin, a todos aquellos que consoliden el interés general que es inherente a dicha contratación, lo anterior por supuesto, sin desconocer las disposiciones que de manera especial regulan su actividad previstas en la Ley 142 de 1994^{34 35}

Ahora bien, teniendo en cuenta que la sujeción de las Empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios al régimen de derecho privado en ejercicio de su actividad contractual, no modifica su naturaleza de entidades públicas, la Jurisdicción Contencioso Administrativa es competente para asumir el conocimiento de las

³⁴ “Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones”.

³⁵ Postura predicable igualmente para las Universidades Públicas, entidades frente a las cuales ya la Subsección C de la Sección Tercera de ésta Corporación, mediante sentencia proferida el 29 de abril de 2015 bajo el Radicado No. 33.244 había señalado “Así que entonces, es claro que el régimen contractual previsto para las universidades estatales y las instituciones educativas de nivel superior de carácter estatal u oficial es un régimen especial, pues al tramitar, celebrar, perfeccionar, ejecutar y liquidar contratos, en cumplimiento de sus finalidades, deberán sujetarse a lo previsto en el régimen de Derecho privado para los negocios jurídicos celebrados entre particulares, esto es a la disposiciones mercantiles y civiles que fueren pertinentes al igual que a los principios del derecho privado que no resulten incompatibles con los presupuestos básicos del interés general que dicha contratación entraña (...) Ahora, si bien la misma ley dispuso que las universidades en ejercicio de su actividad contractual se sujetarían a un régimen especial, y que éste sería el previsto en el derecho privado, éstas disposiciones no modifican su naturaleza de entidades estatales, que como tal deben sujetar el ejercicio de sus funciones a los principios que rigen la función pública administrativa en los términos del artículo 209 constitucional y 13 de la Ley 1150 de 2007, al igual que a los principios generales de la contratación estatal y del contrato, los cuales deberán quedar reflejados en todos sus actos y decisiones de naturaleza previa a la celebración del contrato mismo, su adjudicación, perfeccionamiento, ejecución y liquidación(...) En éste sentido, los procesos de contratación y los contratos de las universidades públicas, no están desligados de principios vitales tales como los de transparencia, selección objetiva, legalidad, conmutatividad, sujeción a la economía del mercado, buena fe objetiva, interés general, planeación, estructuración conforme a los intereses generales de la colectividad, y en fin, a todos aquellos que consoliden el interés general que es inherente a dicha contratación, sin que por ello se desconozcan o se mengüen los intereses subjetivos de los proponentes y contratistas que colaboran con el cumplimiento de los propósitos y las finalidades para los cuales han sido instituidas las universidades y entidades educativas en la Ley 30 de 1992”.

controversias que surjan en ejercicio de dicha actividad, ello de conformidad con lo previsto en el inciso 1º del artículo 82 del Código Contencioso Administrativo.

2. Término de caducidad de la acción de controversias contractuales en aquellos contratos que se rigen por derecho privado.

Para efectos de determinar el momento a partir del cual se debe contar el término de caducidad de la acción de controversias contractuales en el presente asunto, deben tenerse en cuenta las reglas contenidas en el No. 10 del artículo 136 del C.C.A., modificado a su vez por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998 y a cuyo tenor se lee:

“ART. 136. **Caducidad de las acciones.**

(...)

10. En las relativas a contratos, el término de caducidad será de dos (2) años que se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.

En los siguientes contratos, el término de caducidad se contará así:

- a) En los de ejecución instantánea, a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes a cuando se cumplió o debió cumplirse el objeto del contrato;*
- b) En los que no requieran de liquidación, a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes, contados desde la terminación del contrato por cualquier causa;*
- c) En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada de común acuerdo por las partes, a más tardar dentro de los dos (2) años, contados desde la firma del acta;*
- d) En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada unilateralmente por la administración, a más tardar dentro de los dos (2) años, contados desde la ejecutoria del acto que la apruebe. Si la administración no lo liquidare durante los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido por las partes o, en su defecto del establecido por la ley, el interesado podrá acudir a la jurisdicción para obtener la liquidación en sede judicial a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar;*
- “e) <Literal condicionalmente EXEQUIBLE> La nulidad absoluta del contrato podrá ser alegada por las partes contratantes, por el Ministerio Público o cualquier persona interesada, dentro de los dos (2) años siguientes a su perfeccionamiento. Si el término de vigencia del contrato fuere superior a dos (2) años, el término de caducidad será igual al de su vigencia, sin que en ningún caso exceda de cinco (5) años, contados a partir de su perfeccionamiento. En ejercicio de esta acción se dará estricto cumplimiento al artículo 22 de la Ley "por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia".*
- f) La nulidad relativa del contrato, deberá ser alegada por las partes dentro de los dos (2) años, contados a partir de su perfeccionamiento”.*

Ahora, teniendo en cuenta que el contrato que dio lugar al presente litigio no requería de liquidación al sujetarse a las normas previstas en el derecho privado y que las partes en ejercicio del principio de autonomía de la voluntad tampoco acordaron sujetarlo a dicho trámite, es evidente que para contar el término de caducidad de la acción de controversias contractuales interpuesta resulta aplicable la regla contenida en el literal b del No. 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, conforme al cual frente aquellos contratos que no requieren liquidación dicho término deberá contarse “*a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes, contados desde la terminación del contrato por cualquier causa*”.

Así las cosas, teniendo en cuenta que el contrato celebrado no se encontraba sujeto a liquidación y que las partes tampoco acordaron sujetarlo a dicho trámite es evidente que el término de dos (2) años de caducidad de la acción consagrados en el No. 10 del artículo 136 del C.C.A. deben contabilizarse a partir de la fecha en la que se terminó el contrato.

De ésta forma, como el contrato se terminó el 23 de diciembre de 2000, el término de dos (2) años de caducidad de la acción de controversias contractuales interpuesta se consolidarían el 23 de diciembre de 2002 y como la demanda se presentó el 11 de abril de 2002³⁶, es evidente que la caducidad aún no se había consolidado para ese momento.

En conclusión, contrario a lo que afirma el Tribunal de primera instancia y tal como lo señala la sociedad accionante en su recurso de apelación, para la fecha en que se presentó la demanda, aún no había operado el fenómeno de la caducidad de la acción.

Así pues, incurrió en equivocación el Tribunal de primera instancia al aplicar las disposiciones previstas en la Ley 80 de 1993 para contabilizar el término de caducidad de la acción contractual interpuesta y, al afirmar que en el presente asunto ambas partes aceptaron como un hecho cierto que la fecha de terminación del contrato fue el 3 de septiembre de 1999, pues fue la misma actora quién en su demanda afirmó que teniendo en cuenta el acta suscrita el 23 de junio de 2000 y mediante la cual se acordó prorrogar el plazo de ejecución del contrato por 6 meses más, éste finalmente se habría

³⁶ Folios 1066 a 1086 del C. No. 1.

terminado el 23 de diciembre de 2000; afirmación ésta que fue aceptada como cierta por la accionada mediante el escrito de contestación de la demanda.

Una vez demostrado que en el presente asunto, para la fecha en que se presentó la demanda aún no había operado la caducidad de la acción, la Sala revocara la sentencia de primera instancia y en consecuencia procederá a resolver de fondo el asunto.

3. Principio de Legalidad y la Presunción de legalidad de los actos administrativos.

Ya en anteriores oportunidades ésta Sala había tenido la oportunidad de señalar que conforme a lo previsto en los artículos 2º, 209 y 365 del texto constitucional, la actividad del Estado debe estar encaminada, de un lado, al servicio de los asociados y a la promoción de la prevalencia de los intereses generales y, de otro, a garantizar la adecuada, continua y eficiente prestación de los servicios públicos.

Este objeto de la actividad de la Administración comprende múltiples facetas pero en todo caso, sin importar cuál de ellas se trate, su actuación supone la existencia de un acto administrativo, pues éste es el instrumento mediante el cual la Administración expresa su designio y cumple sus propósitos, actividad aquella que se rige no sólo por los principios constitucionales que la guían sino también por los llamados supra principios del Estado de derecho como lo son el de legalidad, el de prevalencia del interés general, el de prevalencia y respeto a los derechos fundamentales y el de control a la actividad pública, entre otros.

“El principio de legalidad determina y limita el ejercicio del poder público, brinda a los administrados estabilidad y seguridad jurídica y, en relación con la función administrativa, debe entenderse como “la necesaria conformidad de sus actos con el ordenamiento jurídico en general, y con el que le da fundamentación en especial,” de tal manera que “la administración no podrá realizar manifestación alguna de voluntad que no esté expresamente autorizada por el ordenamiento” y que todos sus

pronunciamientos “deben buscar el bienestar, el interés público y el bien general de los asociados.”³⁷

En consecuencia, si de acuerdo con el principio de legalidad la actividad de la Administración debe someterse plenamente a las normas de superior jerarquía, se infiere que, mientras no se demuestre lo contrario, una vez se tornen ejecutorios los actos que la comprenden, toda ella se ha realizado de conformidad con el ordenamiento y por ende queda cobijada con una presunción de legalidad.

Con otras palabras, “se considera que la manifestación voluntaria de la administración se encuentra conforme a derecho, y se acepta que reúne todas las condiciones y elementos indispensables para concluir que es un acto regular y perfecto, mientras no se demuestre lo contrario. Es decir, en sentido opuesto, por profundos que sean los vicios en que pueda incurrir un acto administrativo, tendrá validez y fuerza ejecutoria hasta tanto la autoridad competente no se hubiere pronunciado al respecto.”³⁸

Esta presunción de legalidad encuentra cabal desarrollo en los artículos 64 y 66 del Código Contencioso Administrativo que al hacer referencia al carácter ejecutivo y ejecutorio de los actos administrativos, disponen respectivamente que “*salvo norma expresa en contrario, los actos que queden en firme al concluir el procedimiento administrativo serán suficientes, por sí mismos, para que la administración pueda ejecutar los actos necesarios para su cumplimiento...*” y que “*salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo...*”³⁹

Ahora, los actos administrativos perderán su fuerza ejecutoria únicamente i) Cuando hayan sido suspendidos en aplicación de la medida cautelar de suspensión provisional; ii) Cuando hayan desaparecido los fundamentos de hecho o de derecho en los cuales se fundó su expedición; iii) Cuando transcurridos 5 años posteriores a su firmeza, la

³⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 14 de marzo de 2012, Exp. 21578, Sentencia del 28 de marzo de 2012, Exp. 20393, entre otras.

³⁸ J. O. SANTOFIMIO GAMBOA. *Tratado de derecho administrativo. Acto administrativo*. Op. cit. p. 54-55

³⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 12 de junio de 2014, Exp. 27590.

administración no haya desplegado los actos requeridos para ejecutarlo; iv) Cuando se cumpla la condición resolutoria a cuyo acaecimiento se haya sometido su extinción; y v) Al perder su vigencia.

Así las cosas, se entiende que todo acto administrativo una vez ejecutoriado produce a plenitud su efectos y se impone su obligatorio cumplimiento por parte de todos los destinatarios hasta tanto la administración no declare lo contrario, por lo cual quien pretenda su nulidad no sólo tiene la obligación de expresar claramente los cargos en los cuales funda la ilegalidad que alega sino que también tiene la carga de demostrar los hechos en que se sustenta esa ilegalidad, pues de no hacerlo así, de un lado, el juez no podrá acometer oficiosamente el estudio de la ilicitud del acto y, de otro lado, se mantendrá incólume la presunción de legalidad que lo ampara.

4. Presupuestos procesales de la relación jurídico procesal – fallos inhibitorios y de mérito.

Los presupuestos procesales son las condiciones necesarias para que la relación jurídico procesal nazca válidamente y en consecuencia se pueda decidir sobre el mérito de la cuestión litigiosa.

En lo relativo a las providencias judiciales, se denominan inhibitorias aquellas en virtud de las cuales, la inobservancia de ciertos presupuestos procesales conllevan a que el funcionario judicial se abstenga de proferir una resolución de fondo respecto de un determinado asunto que se somete a su decisión.

Si bien se había venido sosteniendo que los presupuestos para que una relación jurídico procesal pudiera surgir válidamente eran la demanda en forma, la competencia del juez, la capacidad para ser parte y la capacidad procesal, y que la ausencia de alguna de ellas conducía a sentencia inhibitoria, lo cierto es que hoy en día se entiende que la inhibición por la ausencia de presupuestos procesales se reduce a la falta de capacidad para ser parte y a algunos casos excepcionales de inepta demanda pues las dos restantes, así como cualquier otro vicio que expresamente señale la ley, configuran

causales de nulidad que deben regirse por los artículos 140 y siguientes del Código de Procedimiento Civil⁴⁰ y 132 y siguientes del Código General del Proceso.

Aún más, ni siquiera en tratándose de una inepta demanda, puede afirmarse que se justifique la presencia de un fallo inhibitorio, pues la sola existencia de éste vicio no impide jurídicamente que el funcionario judicial emita un pronunciamiento de fondo, salvo casos excepcionales tales como la indebida acumulación de pretensiones.

Pero no ocurre lo mismo cuando el defecto consiste, por ejemplo, en que no se impugna la legalidad de una serie de actos administrativos que se presumen válidos, se encuentran en firme y están produciendo a plenitud sus efectos y luego en ejercicio de la acción de controversias contractuales se pretende el reconocimiento de unas pretensiones que ya han sido denegadas por medio de estos, pues en tal hipótesis lo procedente no es la sentencia inhibitoria sino una decisión de fondo desestimando lo pretendido en ella.

Así que en estas circunstancias el juez, en lugar de negarse a resolver el conflicto pues a esto equivale una sentencia inhibitoria, lo que debe hacer es desatar el fondo de la cuestión litigiosa negando lo pretendido por la demandante.

5. Función de interpretación integral de la demanda.

Ya en anteriores ocasiones ésta Subsección había tenido la oportunidad de señalar al respecto:

“Por averiguado se tiene que es deber del juez, en el marco de su autonomía funcional y siendo garante del acceso efectivo a la administración de justicia, interpretar de manera integral, y como un todo, el escrito de demanda⁴¹ extrayendo el verdadero sentido y alcance de la protección judicial deprecada por quien acude a la jurisdicción.

Así, corresponde a la judicatura adentrarse en el estudio de los extremos fácticos que circunscriben la causa petendi y los razonamientos jurídicos de manera armónica con lo pretendido, de modo tal que más que aferrarse a la literalidad de los términos expuestos

⁴⁰ Sobre este aspecto cfr. H. F. LÓPEZ BLANCO. *Instituciones de derecho procesal civil colombiano. Parte General*. T. I, Bogotá, Dupré Ditores, 2009, p. 967 a 977.

⁴¹ Véase: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencias de 19 de agosto de 2011 (20144) y 13 de febrero de 2013 (24612) (Original del Fallo que se cita)

interesa desentrañar el sentido del problema litigioso puesto a su consideración⁴², eso sí, sin desquiciar los ejes basilares de la misma demanda⁴³.

Luego, sí lo que ocurre en un determinado asunto es que en ejercicio de su función de interpretación integral de la demanda el juez se percata de la existencia de un determinado hecho pero a partir de la misma no puede determinar que la actora efectivamente pretendía el reconocimiento de algo que ésta no solicitó expresamente, no puede entonces el juez proceder a reconocer algo que la accionante no pidió en su demanda⁴⁴.

En efecto, si la parte demandante no presentó sus peticiones de forma completa en su demanda, no puede después en sede del recurso de apelación solicitar que se le reconozca algo que no pidió, pues de ésta forma estaría formulando nuevas pretensiones que no fueron solicitadas en la demanda, lo que equivaldría a una modificación o alteración de la *causa petendi* en detrimento del debido proceso, cuestión que prohíbe tajantemente el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil.

6. La solución del caso concreto.

En el asunto que aquí se revisa por la vía de la apelación se tiene que la demandada dio apertura al proceso de contratación directa No. CD-5747 con el objeto de contratar el diseño, fabricación, suministro, instalación, prueba y puesta en funcionamiento de los equipos y elementos necesarios para un sistema de redes de distribución para la prestación del servicio de televisión por cable, así como las aplicaciones de video interactivo en los Distritos y Sectores en donde ésta prestara sus servicios de telecomunicaciones incluyendo mantenimiento y capacitación de personal (Fols. 16 a 130 del C. No. 1).

⁴² Compendio de derecho procesal. Teoría General del Proceso. Tomo I. Hernando Devis Echandía. Biblioteca Jurídica Dike. Duodécima edición. Pág. 436(Original del fallo que se cita).

⁴³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 16 de marzo de 2015, Exp. 31.429.

⁴⁴ En lo relativo a las cargas o requisitos a cargo del accionante cuando demanda la nulidad de los actos administrativos ver sentencia C- 197 del 7 de abril de 1999.



Mediante el **inciso 2º del numeral 1.9.1.** del pliego de condiciones relativo a los precios de la propuesta se estableció que el proponente debía cotizar en su propuesta todos los impuestos que pudieran generarse con ocasión del contrato, ya pagados o pagaderos en Colombia o en el país de origen, entre estos, los impuestos, derechos y gravámenes aduaneros, impuestos a las ventas, etc. Además, todos los costos de transportes, seguros y bodegajes, terrestres o marítimos (Fol. 28 del C. No. 1).

A su vez, por medio de los **incisos 4º y 6º** del mismo numeral del pliego de condiciones se señaló que en el valor de la componente nacional de los equipos se debían incluir todos los gastos de importación, impuestos, gravámenes, bodegajes, transportes, seguros y en general cualquier costo de instalación en el que incurriera el contratista en Colombia, además los gastos legales del contrato y todos los costos derivados de la ejecución del contrato (Fol. 29 del C. No. 1).

Por su parte el **numeral 1.11 relativo a impuestos** se señaló:

“Al preparar su oferta el proponente deberá tener en cuenta todos los impuestos que puedan afectar sus precios y hayan de causarse por la ejecución del contrato, tales como el impuesto de renta, si es del caso, el de industria y comercio, el de timbre, el valor que ocasione la constitución de garantías, así como las deducciones y retenciones a que haya lugar, de acuerdo con la ley.

Serán por cuenta del Contratista todos los impuestos y derechos a su cargo. Igualmente, todos los gastos, tasas, impuestos y derechos necesarios para iniciar la ejecución del contrato. Es entendido que las Empresas no están obligadas a expedir ningún certificado o a suscribir cualquier otro documento destinado a que el Contratista obtenga exención del pago de impuestos o derechos a su cargo y derivados del contrato” (Fol. 33 del C. No. 1).

A través del numeral 1.9.2. relativo al impuesto de timbre se señaló que éste sería equivalente al 0,25% del valor total del contrato de conformidad con los artículos 532 del Estatuto Tributario y 130 de la Ley 6ª de 1992 (Fol. 29 del C. No. 1).

El 15 de agosto de 1997 se celebró entre la demandada el contrato No. 5300301, en el que se reprodujo el objeto del proceso de contratación directa No. CD-5747 (Fols. 457 a 461 del C. No.1).

Por medio de la **Cláusula Segunda** (Fols. 457 y 458 del C. No. 1) relativa al valor del contrato las partes convinieron:

*“**SEGUNDA: Valor del contrato.** El valor de este contrato es de seis millones novecientos cincuenta y cinco mil ciento cuarenta y ocho dólares con noventa y seis centavos de dólar (US\$6.955.148.96), a precios firmes, sin incluir el IVA de los bienes nacionales, discriminados así: cuatro millones cuatrocientos ochenta y seis mil setecientos sesenta y siete dólares con setenta y ocho centavos de dólar (US\$4.486.767.78), por concepto de bienes importados, incluida la capacitación y el mantenimiento correspondiente y dos millones cuatrocientos sesenta y ocho mil trescientos ochenta y un dólares con dieciocho centavos de dólar (US\$2.468.381.18), por concepto de bienes nacionales, sin incluir el IVA, pero incluidos la capacitación y el mantenimiento correspondiente. Este es un valor estimado. El valor real del contrato será la suma de los productos de las unidades entregadas y recibidas a satisfacción por LAS EMPRESAS, a los precios unitarios que figuran en el anexo al presente contrato(...).”*

El 15 de octubre de 1997 se suscribió entre las partes un otrosí al contrato No. 5300301 en el que las partes en el que las partes incluyeron un parágrafo adicional a la cláusula segunda del contrato así:

“PARAGRAFO 2. El concepto bienes importados comprende materiales y equipos importados (precio FOB); y el concepto bienes nacionales hace referencia al valor pagadero en moneda nacional, que comprende los ítemes(sic) del anexo que se describen a continuación: Los ítemes(sic) 1.1, 1.3, 2, y 8 que corresponden exclusivamente a servicios prestados en Colombia; el ítem 4 que corresponde a fletes y seguros externos de los bienes importados y los demás ítemes(sic) que corresponden a bodegajes, transportes, seguros, impuestos pagaderos en Colombia, gastos de importación, IVA de nacionalización, aranceles y los demás costos en que EL CONTRATISTA incurrirá en Colombia, para la ejecución del contrato(...) (Fol. 464 del C. No. 1).

El 28 de octubre de 1998 y en vigencia del acta de modificación bilateral No. 1 se suscribió entre la demandante y la demandada un **Acta de Liquidación Parcial** (Fols. 1137 a 1139 del C. No. 1) en la que se hizo constar el incumplimiento en el que incurrió la contratista en los plazos parciales de entrega de obra pactados para cada de las zonas, lo que había dado lugar a la imposición de multas parciales por la contratante y se señalaron las obras pendientes a ejecutar por la contratista.

Por medio de la **Cláusula Quinta** del acta referida la demandada se obligó a cancelar en favor de la accionante la suma de US\$4'377.852,60, por concepto de la componente extranjera que incluía los valores del FOB de los bienes importados, su diseño, asesoría, instalación y puesta en servicio; y la suma de US\$2'030.914.68, por concepto de la componente nacional asociada a los ítems de la componente extranjera.

En la **Cláusula Sexta** relativa a las obligaciones pendientes la sociedad contratista declaró *“que no tiene ninguna reclamación que hacer a las EMPRESAS en virtud de las obligaciones surgidas a cargo de esta entidad con motivo de la ejecución del contrato base, y la presente Acta de Liquidación Parcial”* (Fol. 1138 del C. No. 1).

6.1. Pretensiones relativas al reconocimiento y pago del impuesto del IVA de nacionalización de los bienes importados.

Por medio de la comunicación No. IA-RT-1194-9 del 3 de septiembre de 1999, recibida por Empresas Públicas de Medellín E.S.P. el 6 de septiembre de 1999 (Fols. 635 a 638 del C. No. 1) la accionante remite nuevamente las facturas de cobro Nos. 9954 y la No. 9957 que habían sido devueltas por la demandada, requiriéndola para que procediera al reconocimiento y pago de las sumas equivalentes a \$1'129.834.802 y de \$1'056.531.352 por concepto del reintegro del IVA correspondiente a la legalización de bienes y accesorios importados.

Funda su petición en el hecho de que a su juicio los valores por concepto del impuesto del IVA de nacionalización de los bienes importados equivalente al 16% sobre los precios FOB no habían sido incluidos ni en la propuesta ni en el valor total del contrato convenido en la cláusula segunda y afirmando que el otrosí mediante el cual ésta se adicionó era totalmente contrario a la Ley 80 de 1993.

El 20 de enero de 2000 la Sociedad I.A. S.A. Ingenieros Asociados remite ante la accionada la nota debito No. 016-00000000055 por un valor equivalente a \$2'186.366.154,00 por concepto del IVA de nacionalización de los bienes importados, suma que debía ser cancelada de forma inmediata (Fol. 542 del C. No.1).

Mediante comunicación No. IA-GG-3458-01 del 26 de julio de 2001 (Fols. 639 a 641 del C. No. 1) la demandante requiere nuevamente a las Empresas Públicas de Medellín E.S.P. para que le reconozca y pague las sumas por concepto del IVA de nacionalización de los bienes importados, argumentando que según lo acordado en el otrosí suscrito el 15 de octubre de 1997 era ésta quién debía asumir el pago de dichas sumas y advirtiéndole que en caso de no llegar a una solución amigable iniciaría un proceso por la vía ordinaria para exigir su pago.

6.1.1. Actos administrativos por medio de los cuales la administración niega las pretensiones relativas al reintegro de las sumas canceladas por concepto del IVA de nacionalización de los bienes importados.



Por medio del Oficio No. 854557 del 2 de diciembre de 1999 (Fols. 535 a 540 del C. No. 1), y en respuesta a la Comunicación No. I.A.-RT-1194-99, el Coordinador del Equipo de Logística Internacional de las Empresas Públicas de Medellín E.S.P. negó la solicitud de reconocimiento y pago de las sumas por concepto del IVA de nacionalización de bienes importados argumentando que conforme al pliego de condiciones, a la propuesta y al contrato celebrado, era la contratista quién debía asumir el pago de las sumas por dicho concepto, quedando entonces a cargo de la contratante únicamente el pago del IVA de los bienes nacionales; que no era posible realizar un doble pago en favor de la contratista pues los valores reclamados ya se encontraban incluidos tanto en la cotización de precios presentada en la propuesta como en las sumas entregadas a título de anticipo y que en todo caso, estos ya habían sido cancelados dentro de los términos de ejecución del contrato.

Mediante el Oficio No. 863514 del 27 de enero de 2000, el Coordinador de la Unidad de Compras del Equipo de Logística Internacional de E.P.M. E.S.P. realiza la devolución de la Nota Débito No. 016-00000000025 por un valor de \$2'186.366.154,00, por concepto del IVA de nacionalización con fundamento en los mismos argumentos del Oficio antecitado (Fol. 541 del C. No. 1).

A su vez por medio del Oficio No. 923600 del 3 de enero de 2001 (Fols. 543 a 544 del C. No. 1) el Ingeniero del Equipo de Redes de Banda Ancha del Área de Ingeniería de Acceso a Telecomunicaciones, niega nuevamente la petición de las sumas canceladas por la contratista por concepto del IVA de nacionalización, afirmando que teniendo en cuenta que dicha petición ya había sido denegada, no había lugar a efectuar un nuevo pronunciamiento respecto de la misma.

En Oficio No. 977818 del 31 de octubre de 2001 (Fols. 545 a 546 del C. No. 1) el Gerente General de la accionada niega nuevamente la petición de la accionada, reiterando que el IVA de nacionalización ya había sido incluido por la petente dentro de los precios de los ítems de su propuesta, razón por la cual las sumas derivadas por dicho concepto ya habían sido canceladas a la contratista en su oportunidad.

6.2. Pretensiones relativas al reconocimiento y pago de los mayores costos cancelados por incremento del porcentaje a cancelar por concepto del impuesto de timbre.

A través de la comunicación No. IA-GG-2333-00 del 17 de agosto de 2000 (Fols. 474 a 517 del C. No.1.) la sociedad contratista se niega a cancelar la suma equivalente a \$22'208.458,40 por concepto del impuesto de timbre y en su lugar solicita que se le reconozca una indemnización equivalente a \$80'547.006,65 a título de restablecimiento de la ecuación financiera del contrato que a su juicio se rompió por el hecho de que al momento de celebrar el contrato se haya previsto en el pliego de condiciones un porcentaje equivalente al 0.25% por concepto del impuesto de timbre y luego en la ejecución del contrato ese porcentaje se haya incrementado al 1% (0.50% para cada parte) mediante el artículo 35 de la Ley 383 de 1997 y posteriormente al 1.5% (0.75% para cada parte) a través del artículo 116 de la Ley 488 de 1998, circunstancia imprevisible e irresistible que fue ajena a la voluntad de las partes y que generaría un desequilibrio económico del contrato por el hecho del príncipe.

6.2.1. Actos administrativos por medio de los cuales la administración niega las pretensiones relativas al restablecimiento del equilibrio económico del contrato por los sobrecostos ocasionados por el incremento en los porcentajes del impuesto de timbre.

Por medio del Oficio No. 915735 del 17 de noviembre de 2000 (Fols. 1140 a 1149 del C. No. 1) el Coordinador del Equipo de Logística Internacional- Unidad de Compras de la accionada manifestó que no resultaba procedente el reconocimiento y pago de los valores reclamados, pues teniendo en cuenta que el impuesto de timbre no se constituía en un gravamen que pudiera afectar los precios del contrato, no se podía presentar un desequilibrio de la ecuación económica del mismo y sus condiciones se mantuvieron pese al incremento en los porcentajes del impuesto.

Mediante el numeral 2º del Oficio No. 923600 del 3 de enero de 2001 (Fols. 543 a 544 del C. No. 1) el Ingeniero del Equipo de Redes de Banda Ancha del Área de Ingeniería de Acceso a Telecomunicaciones había negado la petición relativa al reintegro de las sumas por concepto del incremento en los porcentajes del impuesto de timbre,

argumentando igualmente que dicha petición ya había sido denegada, razón por la cual no había lugar a efectuar un nuevo pronunciamiento respecto de la misma.

Posteriormente, el 11 de abril de 2002 la parte actora instauró demanda contractual solicitando que se declarara el incumplimiento del contrato No. 5300301 celebrado entre éstos el 15 de agosto de 1997, así como también que se condenara a la demandada al reconocimiento y pago de las sumas por concepto del IVA del 16% sobre el valor FOB de los bienes importados o el IVA de nacionalización y de los mayores valores que tuvo que cancelar por el incremento en los porcentajes del impuesto de timbre, fundada en los mismos actos sobre los cuales ya había presentado ante la administración las mismas pretensiones (Fols. 1066 a 1086 del C. No. 1).

De lo expuesto se concluye que lo realmente pretendido por la actora en éste asunto es que Empresas Públicas de Medellín E.S.P. acceda al reconocimiento y pago de las sumas canceladas por concepto del IVA del 16% sobre el valor FOB de los bienes importados o el IVA de nacionalización; así como de los sobrecostos en los que incurrió por el incremento en los porcentajes del impuesto de timbre, a título de restablecimiento del equilibrio económico del contrato, peticiones éstas que ya habían sido presentadas ante la administración mediante diversas comunicaciones y facturas y que ésta negó a través de varios actos administrativos que aún se encuentran en firme y produciendo sus efectos.

Ahora, si lo que ahora pretende la actora es que en ésta instancia se condene a la demandada al reconocimiento y pago de las sumas tantas veces reclamadas por concepto del IVA de nacionalización y de los sobrecostos ocasionados por el incremento en el porcentaje del impuesto de timbre, para sacar adelante sus pretensiones debió demandar la nulidad de los actos administrativos por medio de los cuales ya la administración le había negado el reconocimiento y pago de dichas sumas.

Pues bien, en estas circunstancias se debe partir de una realidad jurídica consistente en la existencia de una serie de actos administrativos que se encuentran en firme y produciendo a plenitud sus efectos, cuya legalidad no fue impugnada ni en la vía gubernativa ni judicialmente por la actora.

Con otras palabras, si la actora presentó diversas peticiones solicitando ante la administración el reconocimiento y pago de las sumas por concepto del IVA del 16% sobre el valor FOB de los bienes importados o el IVA de nacionalización; así como de los sobrecostos en los que incurrió por el incremento en los porcentajes del impuesto de timbre, a título de restablecimiento del equilibrio económico del contrato y estas solicitudes ya fueron denegadas por la Administración mediante diversos actos administrativos que se encuentran en firme y que se encuentran amparados por una presunción de legalidad, no puede ahora la accionante pretender que por vía de la acción contractual le sea reconocido algo que ya le fue negado por la contratante a través de diversos actos administrativos que existen, se presumen legales y están produciendo a plenitud sus efectos.

En síntesis, si lo que la actora pretendía era que se condenara a la demandada al reconocimiento y pago de las sumas por concepto del IVA del 16% sobre el valor FOB de los bienes importados o el IVA de nacionalización; así como de los sobrecostos en los que incurrió por el incremento en los porcentajes del impuesto de timbre, a título de restablecimiento del equilibrio económico del contrato, debió impugnar la legalidad de los actos administrativos por medio de los cuales la Administración de forma reiterada le había negado sus peticiones y como así no lo hizo, no puede ahora venir a hacer tales reclamaciones, pues lo impide la existencia y la presunción de legalidad de los actos administrativos por medio de los cuales ya se le habían negado sus pedimentos.

Ahora, aunque en el presente asunto lo pertinente era impugnar la legalidad de los actos administrativos por medio de los cuales ya la administración le había negado sus pedimentos, no se puede afirmar que se imponga un fallo inhibitorio pues lo procedente en tal evento es decidir de fondo negando pretensiones, habida cuenta de que existen unos actos administrativos que ya negaron las peticiones elevadas, que están produciendo todos sus efectos, que se presumen legales y que están incuestionados.

7. Los argumentos que trae la recurrente tendientes a aseverar que de la interpretación de la demanda el funcionario judicial podía determinar que ésta sí pidió la liquidación judicial del contrato No. 5300301 resultan del todo improcedentes, pues tal como se señaló en líneas anteriores, si bien le corresponde a la judicatura adentrarse al estudio integral de los extremos fácticos que circunscriben la causa petendi y los

razonamientos jurídicos de manera armónica con lo pretendido, su análisis no puede llegar a tal punto de modificar los puntos estructurales de la demanda, creando o modificando peticiones o hechos que nunca se formularon o señalaron.

Ahora, del análisis integral de la demanda lo que se logra evidenciar en el presente asunto es el hecho de que el contrato que dio lugar al presente litigio no fue objeto de liquidación, más no se puede concluir que a partir de la existencia de ese hecho se pueda deducir que la actora pretendía que se ordenará su liquidación judicial pese a no haberlo solicitado así de forma expresa en su demanda.

Pero además, la pretensión relativa a la liquidación judicial del contrato únicamente fue formulada por la accionante en su recurso de apelación, pues nada dijo al respecto en su demanda con lo que estaría modificando o alterando la *causa petendi* en detrimento del debido proceso, cuestión que prohíbe tajantemente el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil.

En conclusión, la sentencia impugnada deberá ser revocada para en su lugar negar las pretensiones de la demanda.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada y en su lugar, **NEGAR** las pretensiones de la demanda.

TERCERO: DEVOLVER el expediente al Tribunal de Origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE



Magistrada

Magistrado

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Presidente de la Sala de Subsección C

F.A.