

CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá D.C, cuatro (4) de junio de dos mil quince (2015).

Radicación número: 73001233100020030063401 (37.566)

Actor: Sociedad Inversiones Ganaderas del Tolima Ltda - Invergan Ltda.

Demandados: Empresa de Acueducto y Alcantarillado y Aseo del Espinal E.S.P.

Asunto: Acción Contractual (Sentencia)

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada¹, contra la sentencia del 21 de julio de 2009² proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, que resolvió:

“(…)

SEGUNDO: DECLÁRESE que la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo del Espinal E.S.P., incumplió el contrato de arrendamiento suscrito con la Sociedad Invergan Ltda., el 24 de agosto de 2001.

TERCERO: Como consecuencia de lo anterior, condénese a la Empresa de Alcantarillado, Acueducto y Aseo del Espinal E.S.P., a cancelar a favor de la sociedad Invergan Ltda., el pago de las siguientes sumas de dinero:

DAÑO EMERGENTE: Sumas que deberán ser canceladas debidamente actualizadas:

- Doscientos cuarenta y un mil pesos (\$241.000.00) según factura de venta No. 2252 de la Tipografía y Litografía “LASER” del 14 de septiembre de 2001.

- Un millón cincuenta y cinco mil seiscientos pesos (\$1.055.600.00), según factura de venta No. 2288 de AFS & CIA Ltda., del 01 de octubre de 2001.

- Diez millones de pesos (\$10.000.000.00) que por concepto de anticipo por compra de equipos Invergan Ltda., entregó a Industrias Adrila Ltda.

- Cinco millones quinientos mil pesos (\$5.500.000.00) según comprobante de egreso por concepto de canon de arrendamiento por el mes de octubre de 2001.

CUARTO: CONDENAR en abstracto a la Empresa de Alcantarillado, Acueducto y Aseo del Espinal E.S.P al pago del lucro cesante a favor de la

¹ Fls.199-214 C.P

² Fls.150-178 C.P



Sociedad Invergan Ltda., conforme se determinó en la parte motiva de esta providencia.

(...)”.

I. ANTECEDENTES

1. Lo pretendido

El 19 de marzo de 2003³⁻⁴, la **Sociedad Inversiones Ganaderas del Tolima Ltda.**, presentó demanda contra la **Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo del Espinal E.S.P.**, para que se realizaran las siguientes declaraciones y condenas:

1.- Que se declare incumplido el contrato de arrendamiento suscrito entre la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo E.S.P., y la Sociedad de Comercio Inversiones Ganaderas del Tolima Ltda., Invergan Ltda., el día 24 de agosto de 2001.

2.- Que se condene a la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo del Espinal E.S.P., a pagarle a Inversiones Ganaderas del Tolima Ltda., Invergan Ltda., los daños y perjuicios derivados del incumplimiento así:

2.1.- A título de daño emergente, la suma de \$16.796.600 por concepto de papelería, anticipo de equipos que finalmente no pudieron ser adquiridos por el incumplimiento del contrato y por el pago de un mes de arrendamiento a la entidad demandada.

2.2.- Por concepto de lucro cesante, el equivalente a \$831.000.000.00 derivados de la ganancia dejada de reportar por el incumplimiento del contrato.

³ Fls.48-57 C.1

⁴ La demanda fue adicionada mediante escrito de 23 de agosto de 2004, en el que estableció: (i) con relación a los hechos, manifestó que según el POT Municipal en el Capítulo II Dimensión Urbana Espacial Equipamiento de Abastecimiento, los mataderos del Espinal y Chicoral cubren la demanda de abastecimiento existente; y (ii) en cuanto a las pruebas, solicitó que mediante perito experto se estableciera el lucro cesante y daño emergente solicitado en el libelo demandatorio y que se tengan como pruebas el POT del Municipio del Espinal y un recibo original de pago por la suma de \$10.000.000.00 pagado a Industrias Adria Ltda., el 4 de septiembre de 2001 (Fls.69-72 C.1)



2. Como fundamento de sus pretensiones, la parte actora expuso los hechos que la Sala sintetiza así⁵:

El día 24 de agosto de 2001 la Sociedad Inversiones Ganaderas del Tolima Ltda., suscribió con la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo del Espinal E.S.P., contrato de arrendamiento sobre los mataderos del Espinal y Chicoral por un término de 5 años contados a partir del 1 de octubre de 2001 hasta el 30 de septiembre de 2006, por valor mensual de \$5.500.000.00 y el cual fue modificado en su cláusula sexta mediante otrosí de 28 de agosto de 2001 *“en el sentido que el contratista se obligó a constituir a favor de la empresa arrendadora dos pagaré, uno, para garantizar las obligaciones del contrato y el otro para garantizar el pago de salarios y prestaciones sociales del personal que se contratara para prestar el servicio”*.

Posteriormente, el día 7 de septiembre de 2001, la Sociedad Inversiones Ganaderas del Tolima Ltda., pagó a la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo del Espinal E.S.P., la suma de \$5.500.000.00 por concepto de arrendamiento de los mataderos objeto del contrato por el mes de octubre de 2001.

No obstante lo anterior, el día 24 de septiembre de 2001, el Director de la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo del Espinal E.S.P., mediante oficio No. D-725 le informó a la Sociedad Inversiones Ganaderas del Tolima Ltda., que la Secretaria de Salud del Tolima ordenó el cierre definitivo del matadero de Chicoral.

Como consecuencia de lo anterior, el 1 de octubre de 2001, no fue posible la entrega a la Sociedad Inversiones Ganaderas del Tolima Ltda., del matadero del Espinal por cuanto se encontraba ocupado por la Empresa Carnes y Ganados ni del matadero de Chicoral toda vez que esté estaba cerrado por orden de la Secretaría de Salud del Tolima.

3. El trámite procesal

⁵ Fls.49-50 C.1



3.1- Admitida la demanda⁶, y noticiado el demandado del auto admisorio, el asunto se fijó en lista y el accionado le dio respuesta oponiéndose a las pretensiones formuladas por las siguientes razones⁷⁻⁸:

(i) En el presente caso, se presentó una culpa exclusiva de la víctima, toda vez que el demandante no legalizó en debida forma el contrato por cuanto no se encuentra demostrado dentro del proceso la constitución de los siguientes pagares: uno para garantizar las obligaciones del contrato y otro para garantizar el pago de salarios, requisitos estos *sine qua non* para la ejecución del contrato.

(ii) En el *sub judice* operó la causal exonerativa de responsabilidad, hecho de un tercero, toda vez que: a) respecto del matadero de Chicoral, fue la Secretaría de Salud del Tolima quien ordenó el cierre definitivo del lugar; y b) con relación al matadero del Espinal, se hicieron diferentes requerimientos a la Empresa Carnes y Ganado, la cual se encontraba ocupando el lugar, para que lo desalojaran, no obstante fue imposible su desocupe.

Como excepciones, la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo del Espinal E.S.P., propuso la de inepta demanda, por cuanto en el *sub examine*: (i) no se citaron las normas constitucionales precisas y puntuales sobre la responsabilidad del Estado; y (ii) no se hizo una razonada estimación de la cuantía.

3.2- Después de decretar⁹ y practicar pruebas, se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para que alegaran de conclusión, oportunidad que fue aprovechada por aquellas.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

El 21 de julio de 2009, el Tribunal Administrativo del Tolima accedió a las súplicas de la demanda, conforme se anotó *ad initio* de esta providencia.

⁶ Fls.59 C.1

⁷ Fls.76-90 C.1

⁸ De igual forma, mediante escrito presentado el 6 de diciembre de 2004, la parte demandada le dio contestación a la adición de la demanda en el que reiteró los argumentos expuestos en la contestación a la demanda. (Fls.94-105 C.1)

⁹ Fls.111 C.1



Como fundamento de su decisión el *A quo* consideró:

“(…) La Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo del Espinal E.S.P., no cumplió con su principal obligación contractual en condición de arrendador en los términos del artículo 1982 del Código Civil que es la de entregar al arrendatario la cosa arrendada, además observa la Sala las siguientes irregularidades en las que incurrió la entidad accionada:

(…)

- Parte del objeto del contrato lo constituía el arriendo del inmueble donde funcionaba la Planta de Sacrificio del municipio de Chicoral, al respecto debe anotarse que el contrato se suscribió el 24 de agosto de 2001 y posteriormente la no entrega del inmueble se justificó por la orden de cierre impartida por la Secretaría de Salud Departamental del Tolima, orden que según lo expresado por la misma entidad fue dada mediante Resolución No. 686 del 9 de julio de 2001, decisión que fue confirmada por Resolución 1001 del 21 de septiembre de 2001, de lo que se concluye que para la fecha en que se suscribió el contrato (24 de agosto de 2001) ya se había ordenado el cierre del matadero municipal, razón por la que es inaceptable que la entidad suscribiera el contrato de arrendamiento sobre ese bien inmueble sin esperar que se resolviera el recurso interpuesto contra esa decisión, además que en el contrato no se dejó constancia de haber puesto en conocimiento del arrendatario dicha circunstancia.

- La Sociedad Invergan Ltda., el 7 de septiembre de 2001, canceló el primer canon de arrendamiento correspondiente al mes de octubre de 2001 (\$5.500.000.00) tal y como lo acepta la entidad accionada, sin que exista prueba alguna dentro del expediente de la devolución de dicha suma al accionante por parte de la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo del Espinal E.S.P., de lo que se concluye que además de no poder usufructuar los bienes tomados en arriendo si cumplió con la principal obligación de arrendatario, como es el pago del canon de arrendamiento.

- El matadero del municipio del Espinal se encuentra a cargo del Fondo Ganadero del Tolima S.A., en virtud del contrato de arrendamiento suscrito el 4 de agosto de 2004 con la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo del Espinal E.S.P., queriendo esto significar que pese a existir contrato de arrendamiento suscrito con la entidad accionante hasta el 30 de septiembre de 2006, una vez el inmueble fue entregado por la entidad que lo tenía como arrendataria, no se efectuó la correspondiente entrega al nuevo arrendatario, sino que por el contrario se procedió a celebrar un nuevo contrato de arrendamiento con una entidad distinta”.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN



El 3 de agosto de 2009, el apoderado judicial de la parte demandada interpuso recurso de apelación¹⁰ en el que solicitó que se revoque la sentencia proferida el 21 de julio de 2009 por el Tribunal Administrativo del Tolima y en su lugar se exima a la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo del Espinal E.S.P., de toda responsabilidad, con fundamento en que, en el caso concreto operó el eximente de responsabilidad, hecho de un tercero por cuanto:

“(…) Es tal el punto que para el caso concreto nos encontramos dentro de las circunstancias o hechos constitutivos que generan la fuerza mayor ya que no existió negligencia y mucho menos incompetencia por parte de la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo del Espinal, además fueron hechos inimputables, imprevisibles e irresistibles a la empresa por cuanto el matadero del municipio del Espinal estaba para la fecha del contrato en manos de la empresa Carnes y Ganados, la cual estaba administrando y ocupando el predio materia de contrato mediante un contrato de arriendo y fueron hechos de mala fe originados por esta empresa “Carnes y Ganados” al no entregar el bien sumado a esto el cierre que se realizó al matadero municipal por parte de la Secretaría de Salud del Tolima por no reunir las debidas medidas de salubridad y sanitarias para la prestación de este servicio por tal motivo es de eximir de toda responsabilidad contractual y al pago de los debidos perjuicios que se establecen dentro de la providencia de fecha veintiuno (21) de julio de 2009”.

IV. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor Agente del Ministerio Público mediante escrito del 24 de marzo de 2010, solicitó revocar la sentencia de primera instancia y en su lugar negar las súplicas de la demanda, por cuanto no es posible derivar de las pruebas el incumplimiento de las obligaciones por parte de la entidad demandada¹¹.

En consideración a que el expediente entró para elaboración del fallo el 7 de abril de 2010¹² (se encuentra dentro del turno) y no advirtiéndose causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a desatar la alzada previas las siguientes

V. CONSIDERACIONES

¹⁰ Fls.199-214 C.P

¹¹ Fls.225-229 C.P

¹² Fls.313 C.P



Para resolver lo pertinente, la Sala, retomando la problemática jurídica propuesta por los actores, precisará el alcance de los conceptos adoptados como *ratio decidendi* para sustentar su decisión: (1) Perfeccionamiento de los contratos. (1.1) El contrato estatal de arrendamiento. (1.2) El contrato estatal de concesión (1.2.1) El contrato de concesión de servicios públicos. (2) Naturaleza jurídica de los mataderos – servicio público de matadero. (3) Naturaleza Jurídica de las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios – Objeto social restringido (4) Nulidad absoluta – Nulidad por desconocimiento de las normas de orden público - normas imperativas – declaración de oficio (4.1) Nulidad absoluta como excepción al principio de la *non reformatio in peius*; (4.2) Restituciones mutuas y (5) Análisis del caso concreto.

1. Perfeccionamiento de los contratos

En todo contrato, y en general en todo negocio jurídico, se distinguen “*las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales*” y son de la esencia aquellas “*sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente.*”¹³

Esta previsión normativa, que no es otra cosa que la reproducción de la elaboración que hicieron los glosadores y los comentaristas a partir de la Metafísica de Aristóteles y que luego fue traída por Pothier,¹⁴ nos indica y permite aseverar que la configuración de un negocio jurídico depende de que se reúnan, entre otras exigencias, aquellos elementos estructurales que se consideran como de su esencia.

Entonces, si la presencia de esos elementos esenciales son los que le dan el ser al respectivo negocio, obvio es concluir que su identificación como esquema negocial depende, más que del *nomen iuris*, del hallazgo y constatación de ellos.

Así las cosas, la prueba de que un determinado negocio jurídico se ha celebrado dependerá también de que se acredite con el pertinente medio probatorio que la

¹³ Artículo 1501 del Código Civil.

¹⁴ Cfr. F. ALARCON ROJAS. *La ineficacia de pleno derecho en los negocios jurídicos*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011, p. 183-186, 202.



expresión del designio negocial ha recaído sobre los correspondientes elementos esenciales.

Con otras palabras, la celebración de un negocio jurídico no aparecerá demostrada si sólo se acredita que hubo un designio negocial respecto de una figura que únicamente se identifica por su nombre, o por éste y una parte de sus elementos esenciales, pero no se acredita que ese designio recayó sobre todos los elementos que lo estructuran e identifican aunque su *nomen iuris* no se mencione.

Ahora bien, en atención a lo dispuesto por el artículo 1500 del Código Civil, los contratos pueden ser solemnes, consensuales o reales; y en tratándose de contratos celebrados por la administración pública, debe tenerse en cuenta que *“el contrato estatal es un negocio jurídico solemne porque debe constar por escrito,¹⁵ salvo algunos casos de urgencia manifiesta,¹⁶ la única prueba de su existencia es el documento que la ley pide como solemnidad constitutiva, tal como se desprende de los artículos 1760 del Código Civil¹⁷ y 232 del Código de Procedimiento Civil.¹⁸*

En efecto, cuando el negocio jurídico es solemne, la solemnidad exigida, amén de perfeccionarlo o hacerlo surgir a la vida jurídica, cumple la función de demostrar su existencia, si esa solemnidad consiste en un escrito o documento, con la característica de ser la única prueba admisible para ello por así disponerlo la ley.

Con otras palabras, en este caso el documento cumple no sólo una función constitutiva sino además una función probatoria y éste será el único medio probatorio pertinente para ello.

En consecuencia, cuando se pretenda la indemnización de perjuicios con fundamento en que se ha incumplido un contrato estatal, la prosperidad de semejantes pretensiones supone, entre otras demostraciones, que se acredite la celebración de dicho contrato con el documento que se pide como solemnidad

¹⁵ Artículos 39 y 41 de la Ley 80 de 1993.

¹⁶ Inciso 3º del artículo 41 de la Ley 80 de 1993.

¹⁷ *“La falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiere de esa solemnidad; y se mirarán como no ejecutados o celebrados...”*.

¹⁸ *“La prueba de testigos no podrá suplir el escrito que la ley exija como solemnidad para la existencia o validez de un acto o contrato...”*.



constitutiva y los elementos esenciales del contrato alegado, pues, acreditando su existencia se podrán determinar los derechos y obligaciones a favor y a cargo de cada una de las partes para luego proceder, ahí sí, a verificar si hubo tal incumplimiento y si este causó daño.

Sobre éste aspecto esta Subsección en precedente oportunidad expresó:

Así que para demostrar la celebración de un contrato solemne, cuando la solemnidad constitutiva consiste en un documento, no es admisible ningún otro medio probatorio y por ende la existencia del negocio no puede ser demostrada con la confesión de parte, con testimonios, con otros documentos diferentes al que constituye su solemnidad, con indicios o con un principio de prueba por escrito.

Cuando se pretende exigir el cumplimiento de obligaciones surgidas de un contrato o la indemnización de los perjuicios causados con su incumplimiento, o lo uno y lo otro, la primera carga probatoria que asume el demandante es precisamente la de demostrar la existencia de ese negocio jurídico porque demostrando esto también demostrará, por contera, las obligaciones que de él surgieron.

Luego, el no demostrar este aspecto que se erige en la puerta de entrada para la exigencia de tales obligaciones y para reclamar la indemnización de perjuicios causados con el incumplimiento del vínculo contractual, implica, como es obvio, que toda pretensión que se enderece para recabar sumas por estos conceptos esté condenada al fracaso.”¹⁹

1.1 El contrato de arrendamiento en el marco del régimen de contratación estatal²⁰

Son de la esencia del contrato de arrendamiento el que una parte se obligue a conceder el goce de una cosa determinada y la otra a pagar un precio determinado o renta como retribución por el goce que se le ha concedido.

Por consiguiente la demostración de la celebración de éste contrato implicará que se acredite, de un lado, cuál es la cosa cuyo goce se ha concedido, y, de otro lado, cuál es el precio que ha de pagarse por la concesión de ese goce.

Sin embargo, aunque el contrato de arrendamiento es consensual, por cuanto consiste en un acuerdo donde una parte concede el uso y goce de una cosa a cambio de una

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 9 de mayo de 2011, expediente 17864.

²⁰ Al respecto ver: Consejo de Estado, sentencias de 28 de marzo de 2012, Exp. 22.168 y de 29 de abril de 2015, Exp. 35.138; M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.



retribución, precio o renta que la otra ha de pagar por ello,²¹ si en este contrato interviene como parte una entidad estatal, su perfeccionamiento y demostración implicará que el acuerdo de voluntades sobre estos elementos esté contenido en un documento que deberá presentarse como única prueba pertinente, se insiste, porque el contrato estatal es solemne por regla general.

Asimismo, entre otras, dentro de las características del contrato de arrendamiento, se encuentra el ser sinalagmático, comoquiera que surgen obligaciones recíprocas que se sirven mutuamente de fundamento: las del arrendador, principalmente, consisten en entregar al arrendatario la cosa arrendada y en procurarle al arrendatario el uso y el goce de la misma, mientras que las de éste consisten básicamente en conservar la cosa en el estado en el cual la recibió, pagar los cánones pactados y restituir el objeto material del contrato al término del mismo.

Otra característica importante es su onerosidad porque ambas partes obtienen utilidad o beneficio de él.

También el contrato de arrendamiento es conmutativo, toda vez que las prestaciones a cargo de cada una de las partes se miran como equivalentes en relación con las asumidas por la otra.

Y, finalmente, es un contrato de *tracto sucesivo*, en la medida en que las obligaciones que de él surgen no se cumplen instantáneamente sino que conllevan cierta duración en el tiempo.

De lo anterior se resaltan las obligaciones que manan del contrato de arrendamiento, especialmente las correspondientes al arrendador que debe entregar la cosa al arrendatario para que, por supuesto, éste pueda usarla y gozarla y *“librar al arrendatario de toda turbación o embarazo en el goce de la cosa arrendada”*²².

De manera que si por razones diferentes a la mutación o reparación de la cosa arrendada, evento este que cuenta con otra regulación específica²³, el arrendatario es perturbado por el arrendador en el uso y goce de la cosa arrendada, aquel tiene derecho a la indemnización de los perjuicios causados con la turbación²⁴.

²¹ Artículo 1973 del C. C.

²² Numeral 3º del artículo 1982 del C. C.

²³ Artículo 1986 del C. C.

²⁴ Artículo 1987 del C. C.



Ahora, como *“el pago efectivo es la prestación de lo que se debe”*²⁵ y este debe hacerse *“bajo todos los respectos en conformidad al tenor de la obligación”*, se sigue que el arrendatario debe pagar al arrendador el canon pactado en la forma y momento acordado, así como el arrendador debe entregar la cosa arrendada en la forma y momentos pactados, so pena de incurrir en incumpliendo del contrato, comportamiento que implicará el deber de indemnizar perjuicios si con él se ha causado un daño al co-contratante.

1.2 El contrato estatal de concesión²⁶

La premisa inicial es que el “modelo democrático del ejercicio del poder, conforme lo anterior, determina una especial dirección a la actividad prestacional de servicios a cargo del Estado, esto es, le introduce al mecanismo de la concesión administrativa, en cuanto forma constitucional adecuada y posible para la prestación de servicios públicos en actividades de titularidad pública, por fuera de los marcos de la autocracia, la arbitrariedad, el favoritismo, la exclusión, etc., en fin por fuera de senderos, discriminatorios en todos los aspectos”²⁷.

De esta manera, la “actuación y actividad democrática estructuradora de la concesión administrativa, así caracterizada, determina el contenido mismo del contrato correspondiente, y de manera igual manera, todos aquellos aspectos que involucren consideraciones de interés para la comunidad o que atañen a derechos propiamente colectivos, a las relaciones con los usuarios, y en especial, a la demarcación del régimen jurídico que habrá de regir la prestación del servicio cuando se trate de este tipo de concesiones”²⁸.

²⁵ Artículo 1626 del C. C.

²⁶ SANTOFIMIO GAMBOA Jaime Orlando, El Contrato de Concesión de Servicios Públicos. Coherencia con los Postulados del Estado Social y Democrático de Derecho en aras de su estructuración, en función de los Intereses Públicos - Tesis Doctoral, Universidad Carlos Tercero de Madrid, Departamento de Derecho Público del Estado. Getafe febrero 2010.

²⁷ SANTOFIMIO GAMBOA Jaime Orlando, El Contrato de Concesión de Servicios Públicos. Coherencia con los Postulados del Estado Social y Democrático de Derecho en aras de su estructuración, en función de los Intereses Públicos - Tesis Doctoral, Universidad Carlos Tercero de Madrid, Departamento de Derecho Público del Estado. Getafe febrero 2010, p.238.

²⁸ SANTOFIMIO GAMBOA Jaime Orlando, El Contrato de Concesión de Servicios Públicos. Coherencia con los Postulados del Estado Social y Democrático de Derecho en aras de su estructuración, en función de los Intereses Públicos - Tesis Doctoral, Universidad Carlos Tercero de Madrid, Departamento de Derecho Público del Estado. Getafe febrero 2010, pp.239 y 240.



La concesión administrativa²⁹ es un concepto jurídico de raigambre constitucional, inherente a las acciones de control e intervención económica del Estado, a través de la administración pública, sobre la libertad de actuación de los particulares en relación con bienes –*dominio público*–, servicios –*servicios públicos*– y obras –infraestructura pública³⁰, de titularidad o monopolio público y de contenido económico, respecto de los cuales, mediante decisiones unilaterales –*concesiones administrativas*– o contratos –*negocios jurídicos públicos*–, son discrecionalmente dispensados o habilitados aquéllos, concediéndoseles, a su propio riesgo, su mero uso, y en algunos otros casos incluso su goce, que puede traducirse entre otros en derechos, privilegios o ventajas³¹ –incluso eventualmente invistiéndolo de funciones públicas administrativas³²⁻³³– para explotarlos económicamente³⁴ con el necesario propósito y la inevitable finalidad, en el contexto del Estado social y democrático de derecho, de atender los requerimientos y necesidades propios del interés público o general, en los términos y condiciones establecidos por la administración, con sujeción a su control y vigilancia, todo de conformidad con las previsiones y exigencias del legislador³⁵.

En cuanto técnica interventora del Estado en la esfera de la libertad de actuación de los asociados, la concesión administrativa es ante todo un instrumento excepcional, con profundas raíces en la evolución de las instituciones administrativas³⁶, que opera de manera exclusiva y restrictiva respecto de bienes,

²⁹ JOSÉ LUIS VILLAR PALASÍ. *Concesiones administrativas*, Nueva Enciclopedia Jurídica, tomo IV, Barcelona, Seix, 1981, pp. 687 y 696.

³⁰ JOSÉ LUIS VILLAR EZCURRA. “La construcción y financiación de las infraestructuras públicas”, en *Revista del Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red* (Redeti), No. 10, 2001, p. 79.

³¹ LUIS ARROYO JIMÉNEZ. *Libre empresa y títulos habilitantes*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, pp. 307 y ss.

³² VILLAR PALASÍ. *Concesiones administrativas*, cit., p. 699. Véase el interesante enfoque del autor en relación con las concesiones constitutivas y las traslaticias de funciones y poderes a los concesionarios. Puede consultarse así mismo JUAN ALFONSO SANTAMARÍA PASTOR. *Fundamentos de derecho administrativo I*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1991, pp. 954 y 955.

³³ Constitución Política de Colombia, art. 210.

³⁴ FERNANDO GARRIDO FALLA. *Tratado de derecho administrativo*, tomo II, Madrid, Tecnos, 1992, p. 358.

³⁵ LUCIANO PAREJO ALFONSO. *Derecho administrativo. Instituciones generales*, Barcelona, Ariel, 2003, pp. 1053 y ss.

³⁶ Es necesario tener en cuenta que el concepto moderno del contrato de concesión, en cuanto fenómeno negocial vinculado a la actividad de la administración pública y de la colaboración de los privados en la gestión de grandes proyectos de interés público, como la mayoría de las instituciones desarrolladas por el derecho administrativo, después de la institucionalización del poder (PAREJO ALFONSO. *El concepto del derecho administrativo*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1984, pp. 27 y ss.; ÍD. *Derecho administrativo*, cit., p. 1053), obtiene sus raíces y sustentos remotos en las



servicios y obras de titularidad o monopolio público y de claro contenido económico, en los eventos en que la administración decide bajo parámetros discrecionales³⁷ y de conformidad con los marcos materiales definidos en el artículo 365 constitucional³⁸, no asumir directamente su explotación económica, la prestación del servicio o la ejecución de la obra, trasladando la misma a particulares, esto es, escindiendo de sus facultades como titular de bienes, servicios, o ejecutor de obras, las de explotación o gestión económica de los mismos, desprendiéndose de ellas en favor de terceros, pero manteniendo su titularidad, control y vigilancia³⁹⁻⁴⁰.

La concesión administrativa se torna entonces dentro del contexto del Estado social y democrático de derecho en una adecuada fórmula de explotación de los

experiencias administrativas romanas, que dieron lugar al desarrollo de instituciones que guardan armonía con muchas de las figuras implementadas por las instituciones actuales de nuestra disciplina (SANTIAGO CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ. *Régimen jurídico de las concesiones administrativas en el derecho romano*, Madrid, Dykinson, 1996). Si bien es cierto que no pretendemos sostener la presencia propiamente de un derecho administrativo romano, ante la inexistencia, en la época, del concepto de división de poderes, propio del modelo del Estado constitucional (MASSIMO SEVERO GIANNINI. *Premisas sociológicas e históricas del derecho administrativo*, Madrid, INAP, 1987, pp. 9 a 12. Del mismo autor puede consultarse *Derecho administrativo*, Madrid, Ministerio para las Administraciones Públicas, 1991, pp. 37 a 40; “L’amministrazione pubblica dello Stato contemporaneo”, en *Trattato di diritto amministrativo*, vol. I, Padova, CEDAM, 1988), de todas maneras las investigaciones sobre las instituciones públicas romanas nos demuestran que esta cultura desarrolló, para enfrentar la creciente problemática de lo público, una compleja sistemática que podríamos catalogar de administrativa, a través de la cual se plantearon y resolvieron satisfactoriamente grandes cuestiones teóricas y prácticas que aún hoy se plantean en nuestras instituciones administrativas y son objeto de profundos debates, dentro del que denominamos derecho administrativo (ANTONIO FERNÁNDEZ DE BUJÁN. *Derecho público romano*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Civitas, 2005, pp. 213 a 336).

³⁷ VILLAR PALASÍ. *Concesiones administrativas*, cit., p. 695. La elección de la concesión administrativa en relación con la ejecución directa es una de las decisiones más importantes y trascendentes para la administración pública. “(...) En definitiva, la elección entre el sistema concesional y la gestión directa, entre el quantum de individualismo y el quantum de colectivismo, depende en primer término de la afirmación que el Estado haga en cuanto a entrar en el campo de sus responsabilidades esa concreta función, y una vez sentado este punto, de criterios continentales, de índole técnica (mejor prestación en este sentido por el Estado), económica (ahorro estatal), política (fuerza de cohesión y persistencia del grupo político, grado de participación de los asociados y concreta eficiencia de tal participación) y educativos (...)”.

³⁸ El asunto en nuestro derecho es de carácter constitucional. Con fundamento en el artículo 365 de la Carta Política, los servicios públicos podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, al igual que por las comunidades organizadas para estos efectos, o por particulares en los términos y condiciones que establezca la ley. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Al ocuparse la Constitución Política en definir de la formas de prestación de los servicios públicos por parte del Estado, incorporando la modalidad de indirecta le abrió de manera clara e indiscutible las puertas a la figura de la concesión administrativa, por lo menos en cuanto a las actividades de obras, servicios públicos o la mixtura de estas dos, destacando, para estos efectos, la imposibilidad de pérdida de la titularidad pública de estas actividades, por el solo hecho de la prestación indirecta, debiendo en todos los casos el Estado preservar en relación con el concesionario la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios públicos.

³⁹ GARRIDO FALLA. *Tratado de derecho administrativo*, tomo II, cit., p. 359.

⁴⁰ MIRIAM MABEL IVANEGA. *Acerca de los servicios públicos y sus controles administrativos*, Caracas, Sherwood, 2006, pp. 49 y ss.



bienes, servicios y ejecución de obras de titularidad pública con trascendencia económica, esto es, rentables⁴¹, y que mediante su explotación puedan implicar no solo la recepción de respuestas de satisfacción para las necesidades de la comunidad sino también la posibilidad de remuneración para los particulares que se involucren con el Estado, mediante la retribución de su actividad⁴² de conformidad con los modelos y fórmulas económicos previamente definidos de manera técnica, adecuada, proporcional, racional y ponderada⁴³.

Por otra parte, la concesión como contrato, ha sido definido por el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 como:

“(...) los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden”.

A su vez, esta Corporación ha manifestado con relación al contrato de concesión:

“La concesión es un negocio jurídico en el cual el particular contratista destina a la prestación de un servicio público, a la construcción de una obra pública o a la explotación de un bien de dominio público, recursos propios o gestados por él, por su propia cuenta y responsabilidad, mientras que el Estado contratante le otorga al concesionario, además del derecho a construir la obra, explotar el bien o servicio, a obtener la remuneración correspondiente – la cual usualmente proviene de la explotación económica del objeto de la concesión -, con el fin de que recupere la inversión del

⁴¹ CHAPMAN. “La devolution de pouvoirs aux institutions autonomes”, ponencia general presentada al XI Congreso Internacional de Ciencias Administrativas, Wiesbaden, 1959, p. 11, citado por GARRIDO FALLA. *Tratado de derecho administrativo*, tomo II, cit., p. 359. “[...] Si el servicio necesita ser subvencionado, es preferible que esté en manos públicas [...]”.

⁴² *Ibídem*

⁴³ ARROYO JIMÉNEZ. *Libre empresa y títulos habilitantes*, cit., pp. 26 y ss. Además de la bibliografía general en relación con la ponderación, proporcionalidad y razonabilidad que sirve de sustento a las propuestas que se incluyen en la parte primera de esta obra puede consultarse los trabajos compilados en LUIS ORTEGA y SUSANA DE LA SIERRA. *Ponderación y derecho administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 2009; JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DE SANTIAGO. *La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 2000; JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA. *Legalidad de e autonomía contractual nos contratos administrativos*, Lisboa, Almedina, 2003, pp. 705 y ss.; PAREJO ALFONSO. *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Madrid, Tecnos, 1993, pp. 98 y ss.



capital destinado y se le garantice la obtención de utilidades, de ahí que a diferencia de los demás contratos, en la concesión la utilidad económica que persigue el concesionario no surge del precio pactado, sino del rendimiento de los recursos invertidos para la realización del objeto contractual⁴⁴”.

De igual forma, la jurisprudencia de esta Sala ha señalado que son características propias del contrato de concesión⁴⁵: i) dentro de la celebración del contrato, interviene una entidad estatal que actúa como concedente y una persona natural o jurídica denominada concesionario; ii) El concesionario es quien asume la gestión y riesgo de un servicio que corresponde al Estado sustituyendo a éste en el cumplimiento de dicha carga; iii) La entidad estatal mantiene durante la ejecución del contrato la inspección, vigilancia y control de la labor a ejecutar por parte del concesionario; iv) el concesionario recibe una remuneración o contraprestación, la cual se pacta, de diversas maneras (tasas, tarifas, derechos, participación en la explotación del bien, entre otros); y v) los bienes construidos o adecuados durante la concesión deben revertirse al Estado, aunque ello no se pacte expresamente en el contrato.

Ahora bien, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, resulta perfectamente posible la presencia, en un momento determinado, en el tráfico jurídico, de conformidad con las necesidades públicas, calificadas discrecionalmente por la administración, de un simple contrato de concesión de obra pública, esto es, cuyo objeto consista en *“la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien”*, diferente de un simple contrato de obra, esto es, reuniendo los demás requerimiento del artículo en comento para ser calificado como de concesión, y cuyo propósito sea el de atender una necesidad de la comunidad; así mismo, de manera autónoma, es posible encontrar en el mismo tráfico jurídico, simples contratos de concesión de servicios públicos, cuyo objeto no trascienda más allá de la *“prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público”*⁴⁶.

⁴⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia de 27 de marzo de 2014. Exp.: 26.939

⁴⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 18 de marzo de 2010. Exp.: 14390.

⁴⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 19 de junio de 1998. Exp.: 10217. No obstante lo anterior, esta Corporación ha sostenido que el contrato de concesión no necesariamente debe circunscribirse, en su objeto, a las tres modalidades enunciadas, en tanto que *“el contrato de concesión no sólo se celebra para las prestación de*



1.2.1 El contrato de concesión de servicios públicos.

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, el contrato de concesión de servicios públicos es aquel que celebran las entidades estatales, con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue a la explotación del bien, o una suma periódica, única y porcentual y en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.

La concesión es un “modelo de negocio, que si bien es cierto, se ubica dentro de los pocos que tienen una descripción normativa en la ley, al fin y al cabo hace parte de los contratos que por excepción el legislador tipificó en el artículo 32 de la ley 80 de 1993, su tipificación de poco o nada sirve en procura de una detallada, cierta y objetiva aproximación conceptual en torno a la figura; todo lo contrario, nos encontramos ante una anormal nominación negocial, que lo único que hace es destacar precisamente las características de abierta e impredecible de la institución; modelo en blanco llamado a ser cargado en todos sus aspectos por la administración en cada caso concreto, no de manera arbitraria, sino siempre en la perspectiva del interés general, esto es, de manera planificada, razonada, proporcional y si es del caso, ponderando los principios fundamentales que eventualmente puedan entrar en conflicto al momento de adoptar la [sic] mejores decisiones en la materia [...] a través del contrato de cesión de servicios públicos, el Estado diseña, proyecta y ejecuta actividades que son de su titularidad, que le pertenecen, que ni la constitución, ni el legislador le han cercenado a través de procesos privatizadores o liberadores, y que a partir de consideraciones de conveniencia, oportunidad o mérito, resuelve hacerlo de manera indirecta, según

servicios públicos sino también para la explotación de bienes o actividades que constitucional o legalmente se hayan asignado al Estado o cualquiera de las entidades públicas, porque al fin y al cabo cualquiera que sea su naturaleza, siempre tendrá una finalidad de servicio público”



se lo permite y hace viable el inciso segundo del artículo 365 constitucional, desagregando de esas actividades de las que es titular, los componentes que considere necesarios y adecuados para ser ejecutados por el concesionario por su cuenta y riesgo, pero bajo su inmediata supervisión y control. El concesionario debe asumir, de conformidad con lo razonado en la estructuración, los riesgos propios de su gestión que le hubieren sido asignados de manera proporcional y razonable. La concesión no configura de ninguna manera un desprendimiento absoluto de la actividad por el Estado, este continua siendo titular de la misma, por adscripción normativa superior. Razón elemental y más que obvia para suponer, que el Estado, tiene el deber de ejercer la permanente vigilancia y control del contrato, lo cual se justifica en cuanto se trata de prestar un servicio público o construir o explotar un bien de uso público a nombre del Estado para la comunidad. Por su misma naturaleza, la iniciativa privada del concesionario y el ejercicio de instrumentos propios de su carácter de privado para el ejercicio de las actividades contratadas, está sujeto y subordinado por la ley, al control del ente concedente, lo que implica que siempre existirá la facultad del ente público de dar instrucciones en torno a la forma como se la explota el bien o se presta el servicio. Esta facultad es de origen constitucional, por cuanto según el artículo 365 de la Carta, el Estado tendrá siempre el control y la regulación de los servicios públicos [...] En desarrollo del anterior marco normativo y conforme a la caracterización señalada, podemos destacar, que el contrato de concesión de servicios públicos, es definitivamente un contrato típico o nominado de carácter estatal con objeto pluricomprendivo en asuntos de obra pública, servicios públicos y materias aledañas [...] Dada la naturaleza del contrato de concesión de servicios públicos, como contrato estatal, son de su esencia las cláusulas relativas a la reversión de bienes, que aunque no se pacten en forma expresa, se presumen del contenido mismo negocio. En estos contratos, deben pactarse las cláusulas excepcionales al derecho común, como son los de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad⁴⁷.

En consecuencia, a través del contrato de concesión de servicios públicos, el Estado diseña, proyecta y ejecuta actividades que son de su titularidad, que le

⁴⁷ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, El contrato de concesión de servicios públicos. Coherencia con los postulados del Estado Social y Democrático de Derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos, Tesis doctoral sustentada el 10 de febrero de 2010 en el Departamento de Derecho Público del Estado de la Universidad Carlos III de Madrid, dirigida por el catedrático de derecho administrativo Luciano Parejo Alfonso, pp.401 a 405.



pertenecen, que ni la Constitución, ni el legislador le han cercenado a través de procesos privatizadores o liberalizadores y que a partir de consideraciones de conveniencia, oportunidad o merito, resuelve hacer de manera indirecta, según se lo permite y hace viable el inciso segundo del artículo 365 constitucional, desagregando de esas actividades de las que es titular los componentes que considere necesario por su cuenta y riesgo pero bajo su inmediata supervisión⁴⁸.

De igual forma, en virtud de su naturaleza, la iniciativa privada del concesionario y el ejercicio de instrumentos propios de su carácter privado para el ejercicio de las actividades contratadas están sujetos y subordinados por la ley al control del ente concedente, lo que implica que siempre existirá la facultad del ente público de dar instrucciones en torno a la forma como se explota el bien o se presta el servicio, la cual es constitucional, por cuanto según el artículo 365 de la Carta, el Estado tendrá siempre el control y regulación de los servicios públicos⁴⁹.

Ahora bien, la Sala destaca que el contrato de concesión de servicios públicos, es definitivamente un contrato típico o nominado de carácter estatal, con objeto pluricomprendivo en asuntos de obra pública, servicios públicos y materias aledañas, a través del cual el Estado, diseña para el interés público proyectos trascendente, entre otros los de infraestructura⁵⁰; elaborando para el efecto, a través de procesos de planeación previa del negocio, modelos económicos y financieros que soportados en elementos de tiempo y recaudo, u otras metodologías libremente adoptadas, los viabilicen, garanticen los intereses

⁴⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-250 de 1996. “(...) *El contrato de concesión es, pues, un contrato del Estado cuya finalidad es el uso de un bien público o la prestación de servicios públicos, que en principio, como así lo dispone el estatuto superior, le corresponde prestar al Estado. Su objeto está directamente relacionado por tanto, con el interés general, el cual está representado en una eficiente y continua prestación de los servicios y en la más oportuna y productiva explotación de los bienes estatales. Derivado de su naturaleza eminentemente administrativa, el contrato de concesión lleva implícitos beneficios contractuales para el Estado, los cuales se originan en la necesidad de otorgar medios jurídicos que le aseguren al Estado la ausencia de intervalos, por ejemplo, en la prestación de un servicio público, que afecte los derechos de la colectividad o de los usuarios de los bienes (...)*”.

⁴⁹ *Ibídem*.

⁵⁰ Consejo De Estado. Sala De Lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto del 9 de diciembre de 2004. Exp 27.921. “[...] *Como lo ha sostenido la doctrina, esta definición es omnicomprendiva, puesto que abarca una gran cantidad de diferentes opciones y actividades, tal y como quedó señalado. Además, en este contrato y a diferencia de lo que ocurre con el contrato de obra pública se confiere amplia facultad a las partes para pactar la remuneración que se considera elemento esencial del contrato [...]*”.



generales y permitan determinar con certeza la adecuada, necesaria y oportuna remuneración al concesionario⁵¹.

En este sentido debemos entender que los concesionarios son por lo general inversionista, con derechos e intereses indiscutibles en torno a la recuperación o retorno de inversiones y ganancias adecuadas, proporcionales y suficientes en los términos del mercado y del interés general, lo que nos lleva a reconocer, en el contrato de concesión su carácter heterogéneo y articulador de intereses públicos y privados, bajo los designios del interés general.

Al respecto, tanto el artículo 32 num. 4 de la ley 80 de 1993 en concordancia con la ley 105 de 1993 disponen que para recuperar la inversión en un contrato de concesión, se podrán establecer peajes o valorización y demás fórmulas y mecanismos financieros que de acuerdo con la discrecionalidad técnica de la administración se recomienden y adopten. Según la misma ley, los ingresos que produzca la obra dada en concesión serán en su totalidad del concesionario, hasta tanto éste obtenga dentro del plazo establecido en el contrato, el retorno del capital invertido, - garantía a la inversión -.

Debe entenderse que con la tipificación del modelo del contrato de concesión de servicios públicos, jurídicamente se encomienda a un concesionario, la realización de obras o la prestación de servicios, bajo esquemas de derecho administrativo, con la posibilidad incluso de cumplir determinadas funciones públicas, pero con expectativas de lucro por el concesionario y de satisfacción de necesidades públicas por el concedente.

Adicionalmente, por sus características, el contrato de concesión de servicios públicos, es de por sí un contrato que rompe con la dogmática tradicional de los contratos conforme a las construcciones del individualismo jurídico. La concesión involucra intereses y derechos claramente colectivos, esto es, de titularidad en cabeza de la comunidad, que es en últimas, la destinataria de la prestación

⁵¹ Corte Constitucional. Sentencia C-250 de 1996. “[...] Como lo ha anotado la doctrina que existe sobre la materia, la eficacia jurídica del plazo pactado de duración del contrato permite la amortización de la inversión, por cuanto como es de la naturaleza del contrato, todo concesionario actúa por cuenta y riesgo propio, y como quiera que ha destinado un conjunto de bienes y elementos para llevar a cabo el objeto del contrato, tiene que amortizar el capital durante el término de la concesión o incluso antes, según ocurra la reversión o la transferencia [...]”



concesionada; intereses estos en permanente interrelación con los derechos e interés subjetivos del concesionario, y por qué no decirlo, con los mismos intereses subjetivos que le puedan asistir al Estado en cuanto sujeto de derechos, y responsable directo en derecho de que las obligaciones del negocio se cumplan por el concesionario de acuerdo a lo pactado. La figura concesional nos introduce por lo tanto por los senderos de una interesante trilogía obligacional, de derechos e intereses, todos ellos exigibles.

Dada la naturaleza del contrato de concesión de servicios públicos, como contrato estatal, son de su esencia las cláusulas relativas a la reversión de bienes, que aunque no se pacten en forma expresa, se presumen del contenido mismo del negocio⁵². En estos contratos, deben pactarse las cláusulas excepcionales al derecho común, como son los de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad, con las limitaciones que para efectos de los desarrollos en materia de infraestructura establece la ley 105 de 1993⁵³.

Por otra parte, es menester manifestar que es de la esencia del contrato de concesión la identificación plena de los riesgos⁵⁴ a cargo de las partes contratantes, su asignación y la carga de los mismos por el concesionario, en los términos previstos en el contrato. Los riesgos en consecuencias constituyen los aleas normales a cargo del contratista, cuando los mismos, se insiste, han estado incorporados en los cálculos y previsiones efectuadas antes de contratar. Bajo esta perspectiva, el concepto de riesgo contenido en la definición del artículo 32 No. 4 de la ley 80 de 1993 no es absoluto, pudiendo ser vulnerable a situaciones de imprevisibilidad o de aleas anormales incontenibles e imposibles de calcular, mas no así a los incumplimientos o problemas derivados de la mala planeación o

⁵² Ibíd. “[...] *Jurídicamente la transferencia se justifica en la medida en que ella obedece a que el valor de tales bienes está totalmente amortizado, siempre y cuando se encuentren satisfechos los presupuestos del vencimiento del término. Ese valor de los bienes que se utilicen para el desarrollo y ejecución del contrato de concesión, se paga por el Estado al momento de perfeccionar la concesión [...]*”.

⁵³ Ley 105 de 1993 Artículo 32.

⁵⁴ FERNANDO HINESTROSA. *Tratado de las Obligaciones*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, Pg 131 Nota No 191. “En el lenguaje jurídico ‘riesgo’ es aquel peligro de naturaleza especial, a consecuencia del cual alguien está obligado a soportar la pérdida o el deterioro que una cosa sufre por caso fortuito o fuerza mayor” F. Consentini, *Rischio, Teoría generale*, II, en *Digesto Italiano*, XX, Torino, 1916, p. 1044. “De manera general se entiende por riesgo en los contratos las posibilidades de destrucción material o de deterioro de una cosa comprometida. La destrucción parcial sigue las reglas de la total. Además, puede incluirse en ella la depreciación económica, en cuanto priva a la cosa de todo valor”: Demongue, *Traité des obligations*, 6, cit. No. 113.”



estructuración de las propuestas efectuadas por los concesionarios, casos en los cuales deberán asumir la carga obligacional que el riesgo implica⁵⁵.

En consecuencia, es de la esencia del contrato de concesión bajo los parámetros legales colombianos el de la asignación de riesgos, determinados los mismos sobre la base del conocimiento profesional calificado en un área específica por parte del concesionario. Así las cosas, todo lo que como efecto negativo suceda en esa área, lo deberá soportar aquel al que se le adjudicó, por la consideración que el profesional o conocedor, técnico o científico tenía, lo que lo llevaba a la consideración de mejor conocedor del asunto, es decir, tenía la mejor condición para preverlo y contrarrestar sus efectos⁵⁶.

Por último, el ejercicio de la vigilancia y control de los contratos de concesión por parte de la entidad concedente y su obligatoria definición al momento de la estructuración del negocio deviene del artículo 365 constitucional, el cual se reitera de manera específica en el artículo 32 No 4 de la ley 80 de 1993 y se puede ejercer de acuerdo a lo pactado, en lo que se pueda considerar materia negociable. Por ejemplo, costos del control y vigilancia, o de considerarlo prudente y oportuno la entidad, de manera adicional, por fuera de los marcos del contrato, dándole aplicación directa a la norma constitucional indicada, a través de las figuras e instituciones que la administración considere necesarias, adecuadas y oportunas para el debido seguimiento al contrato en cuestión y la adopción de las decisiones correctivas o de otra naturaleza que sean necesarias, dado el carácter y naturaleza de la figura que implica, necesariamente, el desprendimiento material de servicios de titularidad pública y, sobre todo, que involucra la posibilidad de que se estén cumpliendo funciones públicas administrativas por el concesionario, lo cual amerita el permanente, continuo y profundo acompañamiento de la ejecución del negocio en todos sus aspectos.

⁵⁵ GASTÓN JEZÉ. *Principios* Tomo III. Pg 373.

⁵⁶ Consejo De Estado. Sala De Lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 2004, febrero 26. Exp 14043. “.... En estas condiciones no es dable considerar que el contratista, por las variaciones ocurridas con posterioridad a la celebración del contrato, está eximido de atender los riesgos que asumió. Dicho en otras palabras, so pretexto del restablecimiento del equilibrio financiero del contrato, no se puede modificarse el régimen de riesgos acordado, para incorporar o excluir derechos u obligaciones que se originaron para cada una de las partes al contratar. La Sala ha manifestado que, por regla general, el contratista asume “un riesgo contractual de carácter normal y si se quiere a todo tipo de contratación pública.” pero ello no significa que, en un contrato particular, el contratista no pueda asumir riesgos adicionales a los denominados riesgos normales, como sucedió en el presente caso...”



Corolario a lo anterior, se tiene que el artículo 14 de la ley 80 de 1993 dispone que las entidades estatales tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán ejercer facultades excepcionales al principio de igualdad interpretando unilateralmente los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado.

2. Naturaleza jurídica de los mataderos – servicio público de matadero.

El artículo 365 constitucional, instituyó la prestación de los servicios públicos, como una finalidad inherente al Estado Social, cuyo deber es asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

Para el efecto, la Carta Magna dispuso que los servicios públicos estén sometidos al régimen jurídico que fije la ley y que pueden ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares, aunque con la facultad reservarse *“determinadas actividades estratégicas o servicios públicos”*⁵⁷.

De manera que, la prestación de los servicios públicos, en todo caso, estará bajo la regulación, el control y la vigilancia de las entidades públicas.

Dicho lo anterior, lo primer que debe tenerse en cuenta es que los mataderos son bienes destinados a la prestación de un servicio público cual es, precisamente, la de matadero de los animales de abasto público.

⁵⁷ **Artículo 365 Constitución Nacional. Prestación de Servicios Públicos.** Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita.



Al respecto debe considerarse que la actividad de los mataderos es un servicio público del orden municipal y, en consecuencia, corresponde a las autoridades municipales garantizar los derechos de quienes concurren al desarrollo de dicha actividad, bien sea en condición de productores, comerciantes o de consumidores finales.

Al respecto, la Ley 9 de 1979, con el objeto de proveer las normas generales que sirvieran de base para preservar, restaurar y mejorar las condiciones sanitarias en lo que se relaciona a la salud humana, dispuso dentro de su Título V, lo correspondiente a los Alimentos y allí previó los procedimientos y medidas que se deben adoptar para la regulación, legalización y control de las carnes, sus derivados y afines.

Fue así que con relación al sacrificio de animales de abasto público, la legislación colombiana dispuso que éste sólo puede realizarse en mataderos autorizados por la autoridad competente, esto es, por el Ministerio de Salud, a quien además le corresponde reglamentar el sacrificio, faenado y transporte de los animales y las carnes, y en general, reglamentar las condiciones que se deben cumplir en actividades de producción, elaboración, transformación, fraccionamiento, conservación, almacenamiento, transporte, expendio, consumo, exportación o importación de la carne y sus productos derivados, e incluso, de aquellos productos procedentes de animales diferentes a los bovinos destinados al consumo humano.

Asimismo, es el Ministerio de Salud quien tiene la competencia para aprobar la instalación, diseño, construcción, remodelación o ampliación de los mataderos municipales y todo lo correspondiente a sus instalaciones y el manejo y clasificación de los animales ante mortem y post mortem.

En conclusión, en Colombia solamente se permite sacrificar y faenar animales de abasto público en los mataderos aprobados por el Ministerio de Salud o por la autoridad delegada por éste, excepto en los eventos de mataderos de exportación, donde adicionalmente se requiere la aprobación del Ministerio de Agricultura.



De otra parte, la Sala resalta que desde el Decreto 1333 de 1986, se dijo que son motivos de utilidad pública e interés social lo relacionado con las zonas y terrenos adquiridos por las entidades de derecho público para prestar los diferentes servicios públicos, entre ellos los de mataderos⁵⁸.

Asimismo, se encuentra el artículo 1º del Decreto 77 de 1987, según el cual “corresponde a los municipios y al Distrito Especial de Bogotá, la prestación de los servicios de agua potable, saneamiento básico, matadero público, aseo público y plazas de mercado. Los departamentos, intendencias y comisarías podrán concurrir a la prestación de estos servicios”.

No obstante la claridad del legislador para entender que el servicio de matadero es un servicio público, encomendado a las entidades municipales; la Sala profundiza en el tema y encuentra que materialmente la actividad de sacrificio de animales de abasto público es un servicio público en cuanto lleva consigo una típica actividad de prestación efectiva a la colectividad, cuya titularidad está en cabeza de las personas públicas municipales, debidamente regulada en la ley y que puede ser prestada por la entidad pública y por particulares habilitados por la ley, como se prevé en el artículo 365 constitucional, citado *ad initio*.

3. Determinación de las empresas de servicios públicos y el objeto de las mismas.

Se trata “de aquellas empresas constituidas por acciones, que puede ser (1) públicas, (2) mixta, o (3) privadas. Dentro de sus características se puede identificar: (1) pueden estar participadas por otras empresas de servicios públicos, o por aquellas que presten un servicio o provean un bien para cumplir con el objeto, o puede tratarse de comunidades organizadas; (2) su capital puede pertenecer a inversionistas nacionales o extranjeros; (3) cuando su naturaleza sea mixta, si el aporte estatal consiste en el usufructo de bienes ligados a la prestación de los servicios, su suscripción, avalúo y pago se regulan por las normas de

⁵⁸ “Artículo 43. La ejecución de planes de desarrollo urbano y la constitución de reservas para futuras extensiones de las ciudades, o para la protección del sistema ecológico, son motivos de utilidad pública o interés social. También lo son, la adquisición de zonas de terrenos que las entidades de derecho público necesiten para sus empresas de servicio público como teléfonos, plantas eléctricas, mataderos, alcantarillados, fajas en las estaciones de ferrocarriles para bodegas [...]”.



derecho privado; (4) pueden operar, en igualdad de condiciones, en cualquier lugar del país; (5) para los municipios menores y zonas rurales la Ley 142 de 1994 establece un régimen especial para la conformación de las empresas de servicios públicos⁵⁹⁶⁰.

⁵⁹ Así pues, la Ley 142 de 1994 señala con relación como sujetos habilitados para prestar estos servicios públicos domiciliarios a las empresas de servicios públicos domiciliarios; personas naturales o jurídicas que produzcan para ellas mismas, o como consecuencia o complemento de su actividad principal, los bienes y servicios propios del objeto de las empresas de servicios públicos; los municipios, cuando asuman en forma directa, a través de su administración central la prestación de los servicios públicos; las organizaciones autorizadas conforme a esta ley para prestar servicios públicos en municipios menores en zonas rurales y en áreas o zonas urbanas específicas; las entidades autorizadas para prestar servicios públicos durante los períodos de transición previstos en esta ley y las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional que al momento de expedirse la ley estén prestando cualquiera de los servicios públicos y se ajusten a lo establecido en el parágrafo del artículo 17. Adicionalmente, estas empresas de servicios públicos domiciliarios pueden ser oficiales, mixtas o privadas, dependiendo del origen de los aportes. Será oficial, si los aportes son 100% de entidades estatales. Mixta, cuando el aporte estatal es igual o superior al 50% y Privada, cuando el capital pertenece mayoritariamente a particulares, o a entidades surgidas de convenios internacionales. Así también lo ha resaltado el precedente jurisprudencial: “(...) *Ahora bien, respecto de las empresas de servicios públicos domiciliarios el legislador también consagró un régimen mixto, lo que significa que dichas empresas pueden ser de tres clases: oficiales, mixtas o privadas, dependiendo de la composición de su capital social. Así, el artículo 14 de la Ley 142 de 1994 dispuso lo siguiente: Para interpretar y aplicar esta Ley se tendrán en cuenta las siguientes definiciones: 14.5. EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS OFICIALES. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen el 100% de los aportes. 14.6. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS MIXTA. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen aportes iguales o superiores al 50%. 14.7. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS PRIVADA. Es aquella cuyo capital pertenece mayoritariamente a particulares, o a entidades surgidas de convenios internacionales que deseen someterse íntegramente para estos efectos a las reglas a las que se someten los particulares. El tema de la naturaleza jurídica de las empresas oficiales de servicios públicos no genera ninguna dificultad, pues al no tener en su capital social aportes privados, éstas son definidas como entidades públicas y, más aún, después de que la Ley 489 de 1998, al establecer la integración de la Rama Ejecutiva del poder público en Colombia, sólo mencionó de manera explícita a las empresas oficiales de servicios públicos, artículos 38 y 68. (...)*”. “(...) *Ahora bien, la Ley 142 de 1994 autorizó la prestación de los servicios públicos domiciliarios por parte de empresas oficiales, mixtas y privadas- constituidas como sociedades por acciones y de entidades descentralizadas de cualquier orden territorial que a la entrada en vigencia de esa ley estuvieran prestándolos, sujetas estas últimas al deber de adoptar la forma de Empresa Industrial y Comercial del Estado, dentro de los dos años siguientes, cuando los propietarios “no deseen que su capital esté representado en acciones” -arts. 15, 17 y 180-. Posteriormente, la Ley 286 del 3 de julio de 1996, dispuso que “[l]as entidades descentralizadas y demás empresas que estén prestando los servicios a los que se refiere la Ley 142 de 1994, se transformarán en empresas de servicios públicos de acuerdo con lo establecido en el artículo 17 de la Ley 142 de 1994, en un plazo hasta de dieciocho (18) meses a partir de la vigencia de la presente Ley” -art. 3º-. (...)*”. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 2 de diciembre de 2013. Radicación No.: 76001-23-31-000-2005-02130-01(AP) C.P.: STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO.

⁶⁰ 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].



La Ley 142 de 1994 “en su artículo 1º permite distinguir entre la actividad que despliegan las empresas que prestan los servicios públicos domiciliarios⁶¹, de aquellas que prestan servicios públicos en general y las que realizan las denominadas “actividades complementarias^{62”63}.

Dichas empresas, singularmente consideradas, “se caracterizan porque dentro de su objeto social se comprende la planeación, realización y ejecución de actividades de gestión, entre las que se tiene la facturación, el cobro, la atención y resolución de quejas y reclamos, tal como lo consagra la Ley 142 de 1994 en sus artículos 14.9 [factura de servicios públicos], 147 [naturaleza y requisitos de las facturas], 148 [requisitos de las facturas], 149 [revisión previa de las facturas], 150 [cobros inoportunos], 151 [facturas y democratización de las propiedad de las empresas], 153 [oficina de peticiones y recursos], 155 [pago y recursos contra facturas] y 156 [causales y trámites de recursos]. De esta manera, la

⁶¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 736 de 2007. M.P: Marco Gerardo Monroy Cabra. “[...] la Corte entiende que el constituyente quiso definir que las personas o entidades que asuman la prestación de los servicios públicos tendrán no sólo un régimen jurídico especial, sino también una naturaleza jurídica especial; esta particular naturaleza y reglamentación jurídica encuentra su fundamento en la necesidad de hacer realidad la finalidad social que es definida por la misma Carta como objetivo de la adecuada prestación de los servicios públicos. De lo anterior se desprende que cuando el Estado asume directamente o participa con los particulares en dicho cometido, las entidades que surgen para esos efectos también se revisten de ese carácter especial y quedan sujetas a la reglamentación jurídica particularmente diseñada para la prestación adecuada de los servicios públicos. Otro tanto sucede cuando los particulares asumen la prestación de servicios públicos. Así las cosas, las sociedades públicas, privadas o mixtas cuyo objeto social sea la prestación de los servicios en comento, antes que sociedades de economía mixta, sociedades entre entidades públicas o sociedades de carácter privado, vienen a ser entidades de naturaleza especial, para responder así a este interés constitucional de someter esta actividad de interés social a un régimen jurídico también especial”. Lo anterior, por cuanto de acuerdo con el criterio de la Corte “el hecho de que la Constitución, en el numeral 7º del artículo 150 de la Carta, autoriza al legislador para crear o autorizar la creación de entidades descentralizadas del orden nacional, categoría dentro de la cual no sólo incluyó a los clásicos establecimientos públicos, las empresas comerciales e industriales de Estado y las sociedades de economía mixta, sino también a “otras entidades del orden nacional”, aclarando así que no existe una clasificación cerrada de entidades del orden nacional, sino que bien puede al legislador idear otras formas de organismo público o mixto”

⁶² CONSEJO DE ESTADO, Sala de Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 17 de agosto de 2001, expediente 12129, CP: GERMÁN AYALA MANTILLA. “Desde el primer artículo de la Ley 142 de 1994, el legislador diferenció la actividad que realizan las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, de las prestadoras de servicios públicos en general y de las prestadoras de actividades complementarias, a las cuales si bien estableció que se les aplica la misma ley, no indicó y ello no se desprende, que tengan siempre el mismo tratamiento jurídico o que se traten de la misma actividad, pues una cosa es estar sujetas a la misma ley y otra muy distinta, que dicha legislación tenga idéntico tratamiento para ellas como si se trataban de una sola actividad. En consecuencia, no obstante estar estas actividades sujetas todas a las previsiones de la Ley 142 de 1994, no significa que el tratamiento que les otorga la ley a cada una de ellas sea necesariamente el mismo, pues como se verá, consagra tratamientos diferenciales dependiendo de la actividad de que se trate. Para tal efecto la misma ley en su artículo 14 consagró una serie de definiciones, que deben tenerse en cuenta para interpretarla y aplicarla”.

⁶³ 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].



consideración de una empresa prestadora de servicios públicos en Colombia no se agota en su ámbito operativo, sino que comprende la organización y despliegue administrativo⁶⁴, con el que se atiende la relación entre ésta y el usuario final, o con otras empresas o usuarios”⁶⁵.

Ahora bien, siguiendo la jurisprudencia de la Sub-sección C “respecto de las empresas de servicios públicos domiciliarios el legislador también consagró un régimen mixto, lo que significa que dichas empresas pueden ser de tres clases: oficiales, mixtas o privadas, dependiendo de la composición de su capital social. Así, el artículo 14 de la Ley 142 de 1994 dispuso lo siguiente:

“Para interpretar y aplicar esta Ley se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:

14.5. EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS OFICIALES. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen el 100% de los aportes.

14.6. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS MIXTA. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen aportes iguales o superiores al 50%.

14.7. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS PRIVADA. Es aquella cuyo capital pertenece mayoritariamente a particulares, o a entidades surgidas de convenios internacionales que deseen someterse íntegramente para estos efectos a las reglas a las que se someten los particulares”⁶⁶.

⁶⁴ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 16 de noviembre de 2001, expediente 4993. CP. CAMILO ARCINIÉGAS ANDRADE.

⁶⁵ 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]. Puede verse: Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 13 de abril de 2011, expediente 37423. “[...] Tratándose de los sujetos que pueden prestar los servicios públicos domiciliarios, el legislador estableció expresamente qué personas pueden prestar estos servicios. Así, el artículo 15 de la Ley 142 de 1994 dispuso: Pueden prestar los servicios públicos: 15.1. Las empresas de servicios públicos. 15.2. Las personas naturales o jurídicas que produzcan para ellas mismas, o como consecuencia o complemento de su actividad principal, los bienes y servicios propios del objeto de las empresas de servicios públicos. 15.3. Los municipios cuando asuman en forma directa, a través de su administración central, la prestación de los servicios públicos, conforme a lo dispuesto en esta ley. 15.4. Las organizaciones autorizadas conforme a esta ley para prestar servicios públicos en municipios menores en zonas rurales y en áreas o zonas urbanas específicas. 15.5. Las entidades autorizadas para prestar servicios públicos durante los períodos de transición previstos en esta ley. 15.6. Las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional que al momento de expedirse esta ley estén prestando cualquiera de los servicios públicos y se ajusten a lo establecido en el parágrafo del artículo 17”.

⁶⁶ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 13 de abril de 2011, expediente 37423.



Luego, “la naturaleza jurídica de las empresas oficiales de servicios públicos no genera ninguna dificultad, pues al no tener en su capital social aportes privados, éstas son definidas como entidades públicas y, más aún, después de que la Ley 489 de 1998, al establecer la integración de la Rama Ejecutiva del poder público en Colombia, sólo mencionó de manera explícita a las empresas oficiales de servicios públicos, artículos 38 y 68”⁶⁷.

De igual manera, “en los artículos 17, 18 y 19 de la Ley 142 de 1994 se determinan especiales condiciones sobre naturaleza y régimen jurídico propio para los entes que pretendan incorporarse al tráfico jurídico de los servicios públicos. En cuanto a su naturaleza, señala la ley que éstas deben tener el carácter de empresas de servicios públicos en la modalidad de sociedades por acciones, cuyo objeto deberá ser el de la prestación de los servicios públicos de que trata la ley de la materia. Esto es, la prestación de uno o más de los servicios públicos a los que se aplica la ley sobre la materia, o realizar una o varias de las actividades complementarias, o una y otra cosa. Las comisiones de regulación podrán obligar a una empresa de servicios públicos a tener un objeto exclusivo, cuando establezcan que la multiplicidad del objeto limita la competencia y no produce economías de escala o de aglomeración en beneficio del usuario. En todo caso, las empresas de servicios públicos que tengan objeto social múltiple deberán llevar contabilidad separada para cada uno de los servicios que presten; y el costo y la modalidad de las operaciones entre cada servicio deben registrarse de manera explícita. En tratándose de entidades descentralizadas estatales, la ley circunscribe su régimen jurídico al de sociedades o empresas industriales y comerciales, cuando sus propietarios no deseen que su capital esté representado en acciones”⁶⁸.

Ahora bien, es de anotar que de conformidad con el artículo 18 *ibídem* el objeto de estas empresas de servicios públicos debe estar dirigido “a la prestación de uno o más de los servicios públicos a los que se aplica esta Ley”, o a una o varias de las actividades complementarias de los mismos.

⁶⁷ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 13 de abril de 2011, expediente 37423.

⁶⁸ 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].



Así las cosas, es claro que las empresas de servicios públicos pueden adoptar dentro de su objeto social la prestación de múltiples servicios públicos, pero, siempre y cuando cada uno de ellos se encuentre contemplado entre aquellos regulados por la Ley 142 de 1994, por supuesto, con la obligación de llevar la contabilidad separada para cada uno de los servicios que presten, en los términos de la misma ley.

Entonces, se tiene que el objeto de una empresa de servicios públicos debe estar circunscrito a lo preceptuado por el artículo 18 de la Ley 142 de 1994 que lo restringe a la prestación de uno o más de los servicios públicos a los que se aplica esta ley, o realizar una o varias de las actividades complementarias, o una y otra cosa, por supuesto, con la facultad que tienen las comisiones de regulación para obligar a estas empresas a tener un objeto exclusivo, y desde luego circunscrito a alguno de los previstos como servicio público domiciliario, cuando se establezca que la multiplicidad limita la competencia y no produce economías de escala o de aglomeración en beneficio del usuario.

Y este objeto exclusivo y circunscrito a la prestación de alguna de las actividades que según la Ley 142 de 1994 constituyen servicios públicos domiciliarios se desprende de la literalidad de lo dispuesto en su artículo 18 al preceptuar que *“la Empresa de Servicios públicos tiene como objeto la prestación de uno o más de los servicios públicos a los que se aplica esta Ley, o realizar una o varias de las actividades complementarias, o una y otra cosa...”*, y se corrobora con sólo tener en cuenta que la regla general es que las personas jurídicas pueden dedicarse a las actividades que quienes las constituyen tengan a bien señalar en su objeto, a menos que la ley establezca una limitación, tal como ocurre, por ejemplo, con las entidades financieras, las compañías aseguradoras o los agentes de aduana.

Luego, si el legislador se detuvo a señalar que las *“la empresa de servicios públicos tiene como objeto la prestación de uno más de los servicios públicos a los que se aplica esta ley...”*, resulta obvio que el querer de la ley es que el objeto sea exclusivo, lo que, a no dudarlo, se debe a la búsqueda de la eficiencia en la prestación de esos servicios y los demás fines previstos en el artículo 2 de la Ley, mediante la incorporación de un mandato imperativo que no puede ser modificado por la misma empresa, ni mucho menos desconocido en el ámbito de las prestaciones que asuma en el tráfico jurídico.



De manera que la Sala encuentra que el legislador definió con suficiente claridad la naturaleza y el objeto de las empresas de servicios públicos, de tal forma que las actividades que se desarrollan con ocasión de su objeto sean exclusivamente la prestación de los servicios públicos domiciliarios o de sus actividades complementarias, determinados cada uno de estos conceptos por el artículo 14 de la misma Ley.

Al respecto el artículo 14.21 definió que los servicios públicos domiciliarios son los servicios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, telefonía pública básica conmutada, telefonía móvil rural, y distribución de gas combustible, junto las actividades complementarias que se precisan al definir cada servicio público⁶⁹, así:

“14.22. Servicio público domiciliario de acueducto. Llamado también servicio público domiciliario de agua potable. Es la distribución municipal de agua apta para el consumo humano, incluida su conexión y medición. También se aplicará esta Ley a las actividades complementarias tales como captación de agua y su procesamiento, tratamiento, almacenamiento, conducción y transporte.

14.23. Servicio público domiciliario de alcantarillado. Es la recolección municipal de residuos, principalmente líquidos, por medio de tuberías y conductos. También se aplicará esta Ley a las actividades complementarias de transporte, tratamiento y disposición final de tales residuos.

14.24. Servicio público domiciliario de aseo. Es el servicio de recolección municipal de residuos, principalmente sólidos. También se aplicará esta Ley a las actividades complementarias de transporte, tratamiento, aprovechamiento y disposición final de tales residuos⁷⁰.

14.25. Servicio público domiciliario de energía eléctrica. Es el transporte de energía eléctrica desde las redes regionales de transmisión hasta el domicilio del usuario final, incluida su conexión y medición. También se aplicará esta Ley a las actividades complementarias de generación, de comercialización, de transformación, interconexión y transmisión.

14.26. Servicio público domiciliario de telefonía pública básica conmutada. Es el servicio básico de telecomunicaciones, uno de cuyos objetos es la transmisión conmutada de voz a través de la red telefónica conmutada con acceso generalizado al público, en un mismo municipio. También se aplicará esta Ley a la actividad complementaria de telefonía móvil rural y al servicio de larga distancia nacional e internacional. Exceptúase la telefonía móvil celular, la cual se regirá, en todos sus aspectos por la Ley 37 de 1993 y sus decretos reglamentarios o las normas que los modifiquen, complementen o sustituyen.

14.27. Servicio público de larga distancia nacional e internacional. Es el servicio público de telefonía básica conmutada que se presta entre localidades del territorio nacional o entre estas en conexión con el exterior.

⁶⁹ El artículo 14.2. “cuando en esta Ley se mencionen los servicios públicos, sin hacer precisión especial, se entienden incluidas tales actividades.

⁷⁰ Modificado por el art. 1 de la Ley 689 de 2001



14.28. Servicio público domiciliario de gas combustible. Es el conjunto de actividades ordenadas a la distribución de gas combustible, por tubería u otro medio, desde un sitio de acopio de grandes volúmenes o desde un gasoducto central hasta la instalación de un consumidor final, incluyendo su conexión y medición. También se aplicará esta Ley a las actividades complementarias de comercialización desde la producción y transporte de gas por un gasoducto principal, o por otros medios, desde el sitio de generación hasta aquel en donde se conecte a una red secundaria.”

Como es lógico, esto debe leerse en concordancia con el artículo 1º de la Ley 142 de 1994, donde el legislador al establecer el ámbito de aplicación de la ley sostuvo:

“Ley se aplica a los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible, telefonía fija pública básica conmutada y la telefonía local móvil en el sector rural; a las actividades que realicen las personas prestadoras de servicios públicos de que trata el artículo 15 de la presente Ley, y a las actividades complementarias definidas en el Capítulo II del presente título y a los otros servicios previstos en normas especiales de esta Ley.”

En síntesis, las empresas prestadoras de servicios públicos ven limitado su objeto social, de manera exclusiva, a la prestación de, uno o varios, servicios públicos domiciliarios, o una o varias actividades complementarias que sean necesarias para la adecuada prestación del servicio, en razón a lo cual se ven cobijadas por un régimen especial, pero sometidas a la vigilancia y control de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

Dicho lo anterior, la Sala colige que una empresa prestadora de servicios públicos domiciliarios no puede dedicarse a otras actividades diferentes y no conexas con el que debe ser su objeto social, pues tal circunstancia desfiguraría su naturaleza jurídica.

Así por ejemplo, no podría preverse dentro del objeto social de las empresas de servicios públicos domiciliarios la prestación del servicio de alumbrado público, plazas de mercado o mataderos que, aunque si bien se encuentran dentro del catálogo de servicios públicos, ellos no tienen la esencia de un servicio público domiciliario.

Asimismo, se insiste en que sólo puede entenderse como actividad complementaria aquella que está directamente relacionada con la prestación del servicio público domiciliario, por ejemplo, como ya se señaló, se tienen como



actividades complementarias del servicio de acueducto la captación de agua y su procesamiento, tratamiento, almacenamiento, conducción y transporte.

A su turno, son actividades complementarias del servicio de alcantarillado y del servicio de aseo el transporte, tratamiento, aprovechamiento y disposición final de residuos

En conclusión, las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios sólo pueden pactar dentro de su objeto social, actividades relacionadas con los servicios públicos de que trata la Ley 142 de 1994.

Finalmente, la ley de servicios públicos plantea como supuesto general la aplicación del derecho privado para los actos y contratos de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios; y la aplicación del derecho público, por vía de excepción, en los casos en que así lo establezcan la Constitución o la ley.

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha estudiado ampliamente el régimen de los actos, contratos y hechos de las empresas de servicios públicos domiciliarios, y al efecto ha señalado que con independencia de la naturaleza del ente prestador están sometidos, por regla general, al derecho privado y, por ende, a la justicia ordinaria, salvo las excepciones contempladas en la ley. Entre los actos sujetos al régimen de derecho público, la ley de servicios públicos consagra de manera expresa, entre otros, los siguientes: los contratos en los cuales se pacten cláusulas exorbitantes, los contratos de concesión, y aquellos que se relacionen con los usuarios⁷¹.

4. Nulidad absoluta – Nulidad por desconocimiento de las normas de orden público - normas imperativas – decreto de oficio ⁷²

Las nulidades absolutas son sanciones que prevé la ley para aquellos negocios jurídicos que contravienen, entre otros, el orden público y las normas imperativas.

⁷¹ Consejo de Estado – Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 11 de julio de 2002, Rad. 1427, M.P. Susana Montes de Echeverri.

⁷² Consejo de Estado, sentencia de 20 de octubre de 2014, Exp. 24.809, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.



Significa lo anterior que las nulidades absolutas protegen intereses generales y es por esta razón que no pueden sanearse por ratificación de las partes y así lo dispone el artículo 45 de la Ley 80 de 1993.

Ahora bien, en contratación estatal, el artículo 44 de la Ley 80 de 1993 dispone que el contrato estatal es absolutamente nulo por las mismas causas que se prevén en el derecho común y, en especial cuando:

- “1o. Se celebren con personas incurras en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley;*
- 2o. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal.*
- 3o. Se celebren con abuso o desviación de poder.*
- 4o. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten; y*
- 5o. Se hubieren celebrado con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata esta Ley”.*

En cuanto al Derecho común, es de anotar que el artículo 1741 del C.C. dice que el contrato es absolutamente nulo, entre otros casos, cuando se presenta *“la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos en consideración a la naturaleza de ellos...”*

Los requisitos o formalidades a que se refiere este precepto son aquellos que la ley pide para *“el valor”*, esto es, para la validez del acto, y no a las solemnidades constitutivas, es decir que no alude a aquellas que se exigen para la formación del negocio.

Y es que el ordenamiento, en punto de solemnidades, distingue entre las que se piden para la formación de los negocios jurídicos (constitutivas) y aquellas que se exigen para la validez del acto (*para el valor*), así por ejemplo, pertenecen a éstas últimas la insinuación de las donaciones que exceden los cincuenta salarios mínimos legales mensuales, la unidad subjetiva y temporal en los testamentos solemnes, etc.

La omisión de solemnidades constitutivas conduce a la inexistencia del acto mientras que la pretermisión de las que se piden *“para el valor”*, determina la nulidad absoluta del negocio si estas se pidieron en atención a su naturaleza.



Ahora bien, los artículos 6º y 1519 del Código Civil son las normas básicas sobre el objeto ilícito como causal de nulidad absoluta al prever respectivamente que “... *en materia civil son nulos los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley, si en ella misma no se dispone otra cosa...*” y que “*hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación...*”, y por consiguiente toda violación a un mandato imperativo o a una prohibición de la ley, comporta un vicio que genera nulidad absoluta si, por supuesto, ella no consagra una sanción diferente.

Y es que las normas imperativas no son solamente aquellas que prohíben sino también las que mandan u ordenan y por ende la transgresión del orden público se presenta cuando se viola la que prohíbe así como cuando no se observa o se desatiende la que ordena, casos todos estos que conducen a una nulidad absoluta por objeto ilícito.

Este entendimiento resulta natural y obvio, pues de no entenderse así se llegaría al absurdo de que la violación de una norma imperativa que sólo manda u ordena, pero que expresamente no prohíbe, no aparejaría sanción alguna o, lo que es lo mismo, que sería una norma inane, que manda pero no manda porque puede ser inobservada sin ninguna consecuencia.

Aquel recto, natural y obvio entendimiento ya fue expuesto por la Corte Suprema de Justicia al poner de presente que el orden público puede ser positivo o negativo, dependiendo de “*si prescribe cómo y qué debe hacerse*” o si se vierte “*en restricciones, limitaciones o prohibiciones*”, y que su transgresión acarrea la nulidad absoluta del acto:

“El ius cogens, derecho imperativo de la Nación u orden público, representa una restricción a la autonomía privada dispositiva (cas. civ. sentencia de 30 de agosto de 2011, exp. 11001-3103-012-1999-01957-01), y su vulneración, a no dudarlo, produce la nulidad absoluta del contrato o de la estipulación afectada, ampara principios y valores fundamentales del sistema jurídico por constituir “núcleo central, medular, básico, cardinal, primario e inmanente de intereses vitales para la persona, la existencia, preservación, armonía y progreso de la sociedad [...] valores, principios e ideales considerados esenciales al concernir a materias, asuntos o intereses esenciales para la organización social en determinado momento histórico, en función al respeto y primacía de valores fundamentales del ordenamiento jurídico, la libertad, la democracia, los intereses individuales o sociales. En general, su concepto tutela razonables intereses nacionales



vinculados a la organización política, económica o social del país, y no admite sustitución, cambio, modificación, derogación ni exclusión por decisión particular”, sea “positivo, si prescribe cómo y qué debe hacerse, ora negativo, al verse en restricciones, limitaciones o prohibiciones, y puede obedecer a factores estrictamente políticos, económicos o sociales con sentido directivo o protector de ciertos intereses, situación, posición económica, social o jurídica”, “como mecanismo para la organización, productividad, eficiencia y equidad del sistema económico, [donde] hay una economía dirigida (orden público de dirección), y en ocasiones, para proteger determinados intereses (orden público tutelar o de protección) en razón de cierta posición económica, social, jurídica, factores sociales (Estado providencia, proteccionismo social) para proveer al bienestar social y la satisfacción de las necesidades económicas de los ciudadanos, suprimir o atenuar manifiestas desigualdades socio-económicas (contratos de adhesión, derecho del consumo), ora económicos (política deflacionista-control de precios-de crédito, derecho de la competencia, interés general)”, esto es, actúe en sentido político, social o económico (cas. civ. sentencias exequátur de 8 de noviembre de 2011, exp. E-2009-00219-00, y sentencia de 19 de octubre de 2011, exp. 11001-3103-032-2001-00847-01).⁷³

Pero el orden público comprende además los principios ínsitos en el ordenamiento, que se deducen de las normas imperativas, y su transgresión también apareja la nulidad absoluta como sanción:

“El derecho imperativo de la Nación se remite al orden público, comprende principios fundamentales del ordenamiento jurídico inferidos de las normas imperativas. Las reglas legales, según una antigua clasificación, son supletorias, dispositivas o imperativas. En la primera categoría están las que rigen en defecto de específica previsión de las partes, en ausencia de estipulación alguna y, por ello, suplen el silencio de los sujetos, integrando el contenido del acto dispositivo sin pacto expreso ninguno. El segundo tipo obedece a la posibilidad reconocida por el ordenamiento jurídico para disponer, variar, alterar o descartar la aplicación de una norma. Trátase de preceptos susceptibles de exclusión o modificación en desarrollo de la autonomía privada, libertad contractual o de contratación. Son imperativas aquellas cuya aplicación es obligatoria y se impone a las partes sin admitir pacto contrario. Por lo común estas normas regulan materias de vital importancia. De suyo esta categoría atañe a materias del ius cogens, orden público social, económico o político, moralidad, ética colectiva o buenas costumbres, restringen o cercenan la libertad en atención a la importancia de la materia e intereses regulados, son taxativas, de aplicación e interpretación restrictiva y excluyen analogía legis o iuris. Dicha nomenclatura, se remite en cierta medida a los elementos del negocio jurídico, o sea, lo de su estructura existencial (essentialia negotia), o perteneciente por ley, uso, costumbre o equidad sin necesidad de estipulación a propósito (naturalia negotia) y lo estipulado expressis verbis en concreto (accidentalia negotia), que “se expresa en los contratos”

⁷³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 6 de marzo de 2012, Expediente 11001-3103-010-2001-00026-01.



(artículo 1603 C.C) o “pactado expresamente en ellos” (art. 861 C.Co), y debe confrontarse con la disciplina jurídica del acto y las normas legales cogentes, dispositivas o supletorias, a punto que la contrariedad del ius cogens, el derecho imperativo y el orden público, entraña la invalidez absoluta.”⁷⁴

Así que para que un acto o contrato sea absolutamente nulo por objeto ilícito no es indispensable la existencia de una norma que diga, expresa y sacramentalmente, que “es nulo”, como consecuencia, el acto que la contraviene, pero desde luego que lo que sí debe existir es la norma que expresamente mande o prohíba.

Pero que sean las palabras de Claro Solar las que recuerden lo elemental sobre el objeto ilícito:

“1918. – Hemos visto que para la validez de toda declaración de voluntad, o sea para todo acto o contrato, no basta que su objeto sea posible, cierto y determinado, sino que se requiere también que sea lícito. Para ser lícito es necesario que el objeto se conforme con la ley, sea reconocido por ella, y lo proteja y ampare. Para efectuar este reconocimiento y prestar la protección y amparo al objeto lícito, la ley adopta formas diversas que limitan de diversas maneras y en distinta forma la libertad individual con el objeto de asegurar la armonía y el orden social. De aquí resultan las distintas clases de leyes en que las decisiones del legislador se presentan; ya como simples declaraciones que indican, más que a la inteligencia que a la voluntad humana las condiciones necesarias a una institución jurídica para su validez y correcto funcionamiento ante los derechos e intereses privados en juego; ya para prescribir el mandato imperativo que debe ser ejecutado en beneficio de la generalidad y para asegurar el orden social y público; ya, en fin, para evitar por medio de una expresa prohibición la realización de actos o hechos que son contrarios al funcionamiento de todos los intereses legítimos y al mantenimiento de las buenas costumbres, de la justicia y de la equidad en las convenciones de los particulares.

La forma con que el legislador ha revestido sus preceptos manifiesta la importancia que les atribuye; y da a entender su verdadera intención. Por eso distinguiendo la forma que toma el precepto del legislador, se considera que hay en general objeto ilícito en todo acto o contrato prohibido por la ley, y que obra contra la ley el que ateniéndose a lo literal de las palabras y al sentido a que éstas puede darse desconoce su verdadero espíritu y obra contra lo en ella preceptuado. No es dudoso decían los emperadores Theodosius y Valentinianus, que obra contra la ley, el que ateniéndose a sus palabras, obra contra su voluntad: non dubium est in legem committere eum qui verba legis amplexus contra legis nititur voluntatem; ni podrá eximirse de las penas prescritas en las leyes, el que obra contra su sentido y maliciosamente se excusa, fijándose en el material sentido de sus palabras, nec poenas insertas legibus evitabit qui se contra

⁷⁴ Ibidem.



iuris sententiam saeva praerrogativa verborum fraudulenter excussat. Y en seguida disponían: Nullum enim pactum, nullam conventionem, nullum contractum inter eos videri volumus subsecutum qui contrahunt lege contrahere prohibente. Quod ad omnes etiam legum interpretationes, tam veteres quam novellas trahi generaliter imperamus ut legislatori quod fieri non vult tantum prohibuisse sufficiat; ceteraque quasi expresa ex legis liceat voluntate colligere hoc est ut ea qua lege fieri prohibentur si fuerint facta non solum inutilia sed pro infectis etiam habeantur: licet legislator fieri prohibuerit tantum nec specialiter dixerit inutile esse debere quod factum est; por lo mismo es nulo el pacto, nula la convención, nulo el contrato, celebrado por aquellos que contratan contra la prohibición de la ley de contratar. Para las interpretaciones de las leyes, tanto antiguas como modernas, se aplicará el principio general; basta que el legislador haya prohibido lo que no quiere que se haga, y el resto se colige de esta misma voluntad; de suerte que si se verifica el acto prohibido por la ley, no sólo será inútil, sino como no hecho aun cuando el legislador al prohibirlo no hubiera añadido que sería inútil y de ninguna fuerza y valor.”⁷⁵

De otra parte, aunque se dijo que la nulidad absoluta no puede sanearse por las partes, debe anotarse que el artículo 2º de la Ley 50 de 1936, en la nueva redacción que le dio al artículo 1742 del C. C., expresa que la nulidad absoluta se sana “*en todo caso*” por prescripción extraordinaria.

Por consiguiente, cualquiera que sea la causa que da origen a la nulidad absoluta, transcurrido el término de la prescripción extraordinaria ya no podrá ella pedirse ni decretarse, no porque el solo transcurso del tiempo torne lícito lo ilícito o integre los requisitos o formalidades omitidos, sino porque el orden jurídico, en aras de la paz social y la seguridad jurídica, estima que es conveniente poner un límite temporal a la posibilidad de cuestionar los negocios jurídicos.

Al respecto, debe considerarse que a la luz del artículo 2532 del C. C., en la redacción que le había dado el artículo 1º de la Ley 50 de 1936, el término de prescripción extraordinaria era de 20 años.

Este término se redujo a 10 años en virtud de la Ley 791 de 2002 que entró a regir el 27 de diciembre de 2002, pero debe preverse que la ley aplicable es la que estaba vigente al momento de la celebración del contrato.

⁷⁵ L. CLARO SOLAR. *Lecciones de derecho civil chileno y comparado*. t. VI. Santiago, Editorial jurídica de Chile, 1979, p. 594- 595.



Aunque, ciertamente existe la posibilidad de que el prescribiente decida acogerse a la nueva ley, porque el artículo 41 de la Ley 153 de 1887 dispone que *“la prescripción iniciada bajo el imperio de una ley, y que no se hubiere completado aun al tiempo de promulgarse otra que la modifique, podrá ser regida por la primera o la segunda, a voluntad del prescribiente; pero eligiéndose la última, la prescripción no empezará a contarse sino desde la fecha en que la ley nueva hubiere empezado a regir.”*

Y, finalmente, debe preverse que en atención a que las nulidades absolutas protegen intereses generales, las facultades del juez se incrementan pues las puede decretar oficiosamente.

La posibilidad de decretar oficiosamente la nulidad, si está plenamente demostrada y en el proceso están presentes todas las partes que celebraron el contrato nulo, es reiterada por el artículo 87 del C. C. A. en la nueva redacción que le dio el artículo 32 de la Ley 446 de 1998.

4.1 Nulidad absoluta como excepción al principio de la *non reformatio in peius*

En primer lugar debe preverse que la garantía constitucional de la *non reformatio in peius*, ampara un derecho individual como lo es el de la parte que resultó parcialmente vencida en el proceso, consistente en que, si apela, no puede ser modificado lo que le fue favorable porque la contraparte, al no recurrir, consintió en lo que se decidió en su contra.

Luego, quien consiente en lo desfavorable de un fallo, dispone de su interés al someterse inmediatamente a él, no obstante tener la posibilidad legal de alzarse contra la decisión mediante la interposición del recurso de apelación.

Así que entonces, el principio de la *reformatio in peius* muestra en el trasfondo la protección de un interés individual que se ampara precisamente porque la otra parte dispuso del suyo al no recurrir lo que le fue desfavorable.

En conclusión, en la *reformatio in peius*, las facultades del juez se restringen para proteger el derecho individual del apelante único.



Sin embargo, la Sala debe aclarar que esta garantía, aunque de raigambre ius fundamental y constitucional, no es de carácter absoluto, pues debe anotarse que la declaratoria oficiosa de la nulidad absoluta tiene lugar, incluso, en aquellos eventos en que el fallador de segunda instancia se encuentre ante un apelante único.

De manera que si en el trámite de la segunda instancia, que se surte en virtud del recurso de un apelante único, se advierte una causal de nulidad absoluta, es poder-deber del juez el decreto oficioso de ella porque se lo impone el control de legalidad que el ordenamiento e manda en aras de la protección del interés general que envuelve la defensa del orden público y las normas imperativas.

Por lo tanto, jamás podrá decirse que, en un caso como el que se acaba de mencionar, el decreto oficioso de la nulidad absoluta lleve consigo la violación del principio de la *reformatio in pejus* porque la protección del orden jurídico es un interés general que debe prevalecer sobre el interés particular que contiene el principio de no reformar la sentencia en perjuicio del apelante único.

Así las cosas, aunque el principio de la *reformatio in pejus* impide que, por regla general, se haga más gravosa la situación del apelante único, éste principio admite como excepción los eventos en que se encuentra acreditada una causal de nulidad absoluta, además, por supuesto, de aquellos eventos en que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con la decisión favorable.

4.2 Restituciones mutuas

Con relación a los efectos de la declaratoria judicial de nulidad de un contrato, debe preverse que de conformidad con la ley ella tiene la virtualidad de eliminar del mundo jurídico el contrato, de extinguir todas las obligaciones de él derivadas (C.C., art. 1625) y de retrotraer la situación al estado inicial, como si este nunca hubiera existido.

Al efecto, el inciso segundo del artículo 48 de la Ley 80 de 1993, sin distinguir entre contratos de ejecución instantánea o de ejecución sucesiva, ordena el



reconocimiento y pago de las prestaciones derivadas de un contrato nulo por objeto o causa ilícitos hasta el monto del beneficio que la entidad estatal haya obtenido⁷⁶, constituyéndose este mandato en una excepción al régimen común previsto en el artículo 1525 del Código Civil que dispone que no se puede repetir lo que se ha dado o pagado en razón de ellos.

Pero para que haya lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones derivadas de un contrato nulo por objeto o causa ilícita es indispensable que las prestaciones cumplidas hayan servido para satisfacer el interés público pues solo en esta medida se puede entender que la entidad estatal se ha beneficiado.

Así lo prevé el citado artículo 48 de la Ley 80 de 1993 al disponer que “... Se entenderá que la entidad estatal se ha beneficiado en cuanto las prestaciones cumplidas le hubieren servido para satisfacer un interés público”.

Luego, si el interés público no se ha satisfecho en alguna medida, no habrá lugar a ningún reconocimiento o pago y ello ocurriría, por ejemplo, cuando en un contrato que es nulo por ilicitud de su objeto o de su causa, la obra contratada no se ha ejecutado total o parcialmente y de tal manera que el interés público se haya satisfecho en esa misma medida en virtud de que el servicio público finalmente se prestó en alguna proporción.

Ahora, dentro del régimen de derecho privado, el artículo 1.746 del Código Civil establece que la nulidad del contrato declarada mediante sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada “da a las partes derecho para ser restituídas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o la causa ilícita”

Y respecto de la nulidad por objeto o causa ilícita el artículo 1525 del mismo estatuto prevé: “No podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas”.

⁷⁶ La disposición expresa: “Habrá lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas del contrato nulo por objeto o causa ilícita, cuando se probare que la entidad estatal se ha beneficiado y únicamente hasta el monto del beneficio que ésta hubiere obtenido. Se entenderá que la entidad estatal se ha beneficiado en cuanto las prestaciones cumplidas le hubieren servido para satisfacer un interés público”.



Sin embargo, también se ha señalado que la regla general de la restitución mutua, tiene algunas excepciones.

“5. Pero ese efecto retroactivo de la declaración de nulidad admite excepciones, en primer lugar, cuando la nulidad proviene de un objeto o causa ilícita; en segundo lugar, cuando se declara nulo el contrato celebrado con una persona incapaz omitiéndose los requisitos que la ley exige y, en tercer lugar, por razones de interés público.

Las dos primeras excepciones están contempladas en los artículos 1525, 1746 y 1747 del Código Civil. La primera disposición prohíbe repetir lo que se haya dado o pagado a sabiendas de la ilicitud, y la segunda, en igual forma, lo que se haya dado o pagado al incapaz, salvo prueba de haberse hecho éste más rico.

La tercera excepción viene impuesta por las necesidades del servicio público, dada la primacía del interés social por sobre el particular, establecida en el artículo 58 de la Constitución Nacional (antes art. 30).”⁷⁷

Aplicable en toda su dimensión lo dispuesto en el artículo 1525 del Código Civil, *“no podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas”*, ésta prohibición no se extiende a los eventos en que el juez decreta oficiosamente la nulidad absoluta por estas causas.

Si nos atenemos a los antecedentes históricos y a la razón de ser del precepto, la conclusión no puede ser otra.⁷⁸

Y es que lo que se está afirmando es que de la expresión utilizada (**“repetirse”**), se desprende que la imposibilidad se configura siempre y cuando alguna de las partes del contrato nulo haya deprecado la nulidad absoluta y sabía o debía conocer el vicio.

En efecto, el antecedente romano se encuentra en la *condictio ob turpem vel injustam causam* que se elaboró en relación con los contratos formales, negocios estos en los que por ser abstractos la ilicitud de la causa no los viciaba, para que el deudor, dependiendo de si la obligación había sido ejecutada o no, solicitara la

⁷⁷ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil, sentencia de 18 de agosto de 1993.

⁷⁸ Sobre el origen y desarrollo de esta prohibición puede leerse el excelente artículo de F. NAVIA ARROYO. *Reflexiones sobre la máxima nemo auditur*, en *Homenaje a Fernando Hinestrosa. Liber Amicorum*, t. II, Bogotá Universidad Externado de Colombia, 1993, del cual se han tomado parte de las consideraciones sobre este aspecto.



nulidad o repitiera lo dado o pagado, si en ellos se presentaban circunstancias de inmoralidad o ilicitud frente al acreedor.

Pero si las circunstancias de inmoralidad o ilicitud también podían predicarse del deudor se prohibió la posibilidad de repetir para que finalmente ninguno pudiera prevalerse de una inmoralidad o ilicitud que le eran predicables, prohibición esta que se condensó en el aforismo *in pari causa turpitudinem cessat repetitio*.

Las leyes de partida contemplaron este evento al señalar que *“sabidor seyendo algún home de aquel pleito sobre que hiciera a otro promisión era torpe, et que habie derecho por si para defenderse de non cumplirlo, si sobre esto feciese después la paga, decimos que non la puede demandar, et si la demandase, non serie el otro tenuto de gela tornar”*⁷⁹

Pues bien, nótese que de acuerdo con estos antecedentes, la prohibición del artículo 1525 del Código Civil lo que persigue es evitar que alguien pueda pedir que se le devuelva lo que haya dado o pagado en razón de un objeto o de una causa ilícitos, esto es repetir, teniendo pleno conocimiento de la ilicitud y por consiguiente ese precepto no puede regir si el juez la decreta oficiosamente, máxime si, de no ordenar la restitución, en la práctica el negocio terminaría produciendo todos los efectos como si fuese válido.

Por estas razones es que la aplicación del artículo 1525 del Código Civil supone que el juzgador en cada caso haga un análisis para determinar si al no ordenar la restitución se desconoce, de un lado, la razón de ser de la regla jurídica contenida en el aforismo *in pari causa turpitudinem cessat repetitio*” y, de otro lado, si el negocio nulo termina produciendo en la práctica todos los efectos como si fuera válido.

Por supuesto que si nada se ha dado o pagado en razón del contrato nulo, no hay lugar a considerar y a resolver sobre las eventuales restituciones mutuas.

⁷⁹ Partida V, Título XIV, Ley XLIX.



5. Caso concreto

La Sala encuentra acreditado dentro del plenario que el 24 de agosto de 2001, entre la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo del Municipio de Espinal E.S.P. y la Sociedad Inversiones Ganaderas del Tolima Ltda – INVERGAN, se celebró el contrato por ellas denominado “*de arrendamiento*”⁸⁰, cuyo objeto eran los inmuebles correspondientes al:

1º. Matadero municipal del Espinal ubicado en la vereda Canastos, Municipio del Espinal, Departamento del Tolima, y

2º. Matadero de Chicoral. Ubicado en el centro poblado del Chicoral, en la carrera 6ª No. 1-154, de propiedad del Municipio de Espinal.

Predios estos que de conformidad con la cláusula quinta del contrato debían destinarse exclusivamente a “el sacrificio de animales de abasto público y manejo de sus subproductos y demás afines”, so pena de dar por terminado el contrato según lo dispuso el párrafo de esta cláusula contractual.

Asimismo, se observa que el contrato suscrito estableció un término de duración de 5 años, contados a partir del 1º de octubre de 2001 y hasta el 30 de septiembre de 2006, con una contraprestación mensual para la entidad de \$5.500.000.00

Ahora bien, la entrega del inmueble se pactó a la fecha de legalización del contrato, mediante acta en la que se consignarían los elementos y accesorios que hacen parte integrante del inmueble o se hallen destinados e incorporados a él, y, a su turno, para la legalización se establecieron la aprobación de las garantías y la publicación en la gaceta municipal y pago de los impuestos correspondientes.

Sin embargo, la parte demandante aduce que la entidad arrendadora incumplió su obligación de entregar el inmueble arrendado; frente a lo cual, la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo del Espinal contra argumentó que el demandante no legalizó en debida forma el contrato por cuanto no se encuentra demostrado dentro del proceso la constitución de los siguientes pagares: uno para

⁸⁰ Fls.11-13 C.1



garantizar las obligaciones del contrato y otro para garantizar el pago de salarios, requisitos estos *sine qua non* para la ejecución del contrato.

Al respecto, la Sala encuentra probado que dentro del contrato se estableció la obligación para Invergan de *“constituir a favor del arrendador las siguientes garantías: a) de cumplimiento, equivalente al 10% del valor del contrato por el término de este y tres (3) meses más; b) de salarios y prestaciones sociales en cuantía equivalente al 5% del valor del contrato por el término de este y tres meses más”*.

No obstante, el 28 de agosto de 2001, la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo del Espinal E.S.P y la sociedad Inversiones Ganaderas del Tolima Ltda., suscribieron otrosí al mencionado contrato⁸¹, en el sentido de reemplazar las garantías exigidas por *“dos (2) pagarés para garantizar de un lado las obligaciones que emanan del contrato y de otro el pago de salarios y prestaciones sociales al personal que pueda contratar por su cuenta y riesgo”*.

Dicha modificación obedeció a las manifestaciones efectuadas por el arrendatario, según las cuales *“no le ha sido posible adquirir las pólizas, en razón a que las compañías de seguros no amparan estos riesgos”*, entonces, se consideró *“necesario establecer otro tipo de garantía para asegurar los riesgos de que trata el contrato, de tal manera que la empresa no quede desprotegida ante un eventual incumplimiento del contrato”*.

Ahora bien, vistas algunas especificaciones de la relación contractual, la Sala quiere reiterar que más allá de la denominación que las partes le dieron al contrato, la cual deviene intrascendente cuando no se corresponde con las previsiones incluidas en el clausulado del mismo, lo que interesa a efectos de identificar el tipo contractual celebrado es la presencia de los elementos sin los cuales el negocio no produce efecto alguno o degenera en otro diferente y para la Sala los elementos del contrato celebrado entre la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo del Municipio de Espinal E.S.P. y la Sociedad Inversiones Ganaderas del Tolima Ltda – INVERGAN, son los propios de un contrato de concesión, como pasa a explicarse.

⁸¹ Fls.14 C.1



En primer lugar, la Sala quiere resaltar que entre la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo del Municipio de Espinal E.S.P. y la Sociedad Inversiones Ganaderas del Tolima Ltda – INVERGAN, celebraron un contrato con fundamento en el cual la entidad municipal entregaría a una sociedad particular la explotación y prestación del servicio público de “sacrificio de animales de abasto público y manejo de sus subproductos y demás afines”, servicio que como se vio *ad initio* de estas consideraciones por su naturaleza se encuentra radicado exclusivamente en cabeza de la entidad municipal.

Es decir, debe entenderse que el contrato aquí analizado, no se limita a la entrega a título de arrendamiento de unos inmuebles a Invergan Ltda., para que ésta desarrolle actividades propias de su objeto social; sino que se trata de la entrega de unos inmuebles a la contratista para que ésta desarrolle una actividad propia y exclusiva de la administración, esto es la prestación del servicio público de matadero - “sacrificio de animales de abasto público y manejo de sus subproductos y demás afines”.

Es por esto que debe entenderse que lo que aquí se celebró no fue un contrato de arrendamiento de inmueble sino de concesión de la administración a un particular para la explotación y prestación de un servicio público, al punto que aquí el inmueble deviene en un elemento meramente accidental, en tanto que la administración podía entregar la explotación del servicio y el contratista encargarse de lo correspondiente al inmueble, si así se hubiera pactado, sin que esto mutara la esencia del contrato de concesión.

Por el contrario, de nada sirve si la administración entrega a la contratista el inmueble pero no le otorga la posibilidad de prestar y explotar el servicio público de matadero - “sacrificio de animales de abasto público y manejo de sus subproductos y demás afines”; no podría en este evento el contratista desarrollar esa actividad por cuanto, se insiste, ésta equivale a la prestación de un servicio público que el ordenamiento ha radicado de manera exclusiva en cabeza de la administración municipal.

Al respecto debe resaltarse que es de tal entidad la prestación del servicio público dentro del contrato celebrado, que el parágrafo de la cláusula quinta estableció



como causal de terminación del contrato la no destinación del inmueble a la prestación del servicio público pactado, según se desprende del parágrafo de la cláusula quinta del contrato.

Así las cosas, debe decirse que la situación antes señalada se presenta porque, en realidad, de lo que se trata es de un contrato de concesión de un servicio público. Y es por eso que no ocurre lo mismo en un contrato de arrendamiento, donde la relación contractual vincula únicamente un bien inmueble como objeto del contrato (sin la prestación del servicio público) pues allí no interesa cuál sea el objeto de la sociedad contratante o contratista, por supuesto, siempre que sea lícito, para que éste pueda usar y gozar del bien.

Ahora bien, también debe atenderse a los motivos por los cuales la administración concedió la prestación del servicio, que no son otros que la difícil situación financiera de la empresa y su imposibilidad para prestar el servicio directamente, como quedó consignado en el acta suscrita el 21 de agosto de 2001 por el Comité Evaluador de la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo del Espinal, en la que consta⁸²:

“(...) Ante la difícil situación financiera de la empresa, nos parece de conveniencia la propuesta, en el sentido que el arrendatario adquirirá algunos bienes que se requieren para el normal funcionamiento de los mataderos y que su costo sea deducido del canon mensual. Entre los elementos, podemos citar la máquina de raspado y blanqueado de panzas y librillos, el tanque escalador de patas y la depiladora de patas (...)”.

En conclusión, la Sala considera que el negocio jurídico que hoy se revisa y cuyo incumplimiento se demanda, es en realidad un contrato de concesión, donde la administración pública se obligaba a entregar a la contratista un inmueble destinado exclusivamente a la prestación de un servicio público cuya explotación y prestación se encuentra reservada exclusivamente para la administración pública, quien puede desarrollarlo directa o indirectamente, en este último caso mediante una concesión del servicio público.

Al respecto debe aclararse que por cuanto se trata de una actividad que es de titularidad exclusiva de la administración ésta no podía entregarla a título de

⁸² Fls.29 C.1



arrendamiento a la contratista, ya que no podía desentenderse de la prestación del servicio público sino que estaba obligada a mantener la vigilancia, control y supervisión de la prestación de dicho servicio y garantizar la atención de esta necesidad de la comunidad, consistente en el abasto público de las carnes, sus derivados y afines. Es por lo anterior, que el mismo contrato estableció en la cláusula décima quinta que la administración ejercería “la interventoría” del cumplimiento del contrato.

Sobre la estipulación contenida en la cláusula décima quinta del contrato debe aclararse que tal disposición no puede entenderse como el cumplimiento de la exigencia contenida en el artículo 32 de la Ley 80, pues allí claramente se define que *“la interventoría deberá ser contratada con una persona independiente de la entidad contratante y del contratista”*.

Entonces esta estipulación debe entenderse como la supervisión, control y vigilancia que se reserva la entidad contratante sobre la ejecución del contrato, especialmente, de la prestación del servicio público, como otro elemento esencial del contrato de concesión, que no del contrato de arrendamiento, pues tal actitud de la administración dentro de un contrato de arrendamiento superaría las habituales posibilidades de vigilancia que podría desplegar un arrendador respecto de la utilización que del bien arrendado lleva a cabo el arrendatario y riñe con elementos propios del contrato de arrendamiento, tales como la entrega del inmueble para el uso y goce exclusivo del bien bajo los intereses individuales del arrendatario.

Ahora bien, otro elemento del contrato de concesión celebrado entre los aquí demandante y demandado, se encuentra en el párrafo de la cláusula décima segunda, donde se estipuló la posibilidad para la concesionaria *de “incrementar las tarifas de los servicios de matadero”* pero con la prohibición de hacerlo *“por encima del índice de precios al consumidor”*, elementos que nuevamente evidencian la configuración de la concesión de una facultad reservada para la administración pública, para que sea ejecutada bajo las limitaciones que la misma administración le impone, en atención a la garantía del servicio público.

Otro elemento configurativo del contrato de concesión se encuentra contenido en la cláusula novena del negocio suscrito por las partes, donde se observa que *“las*



adaptaciones o mejoras que el uso debido de los inmuebles requiera se efectuaran por cuanta del” concesionario y, también se previó que una vez terminado el contrato dichas mejoras quedarían definitivamente a favor de la entidad contratante, según lo dispuesto en el parágrafo de la misma cláusula.

Nótese en lo anterior la configuración de dos elementos esenciales del contrato de concesión, uno la representación de la cláusula de reversión de bienes a favor de la entidad contratante y, el segundo, consistente en el desarrollo de las actividades necesarias para la adecuada prestación del servicio por cuenta y riesgo del concesionario, el cual se estructura en la adecuación del inmueble para la prestación del servicio por cuenta de Invergan Ltda y, adicionalmente, en el pago de salarios y prestaciones sociales al personal por cuenta y riesgo de la contratista, reflejado en el otro sí al contrato suscrito por las partes el 28 de agosto de 2001.

Finalmente, como otro elemento propio de los contratos de concesión y ajeno a los contratos de arrendamiento, que se encuentra incluido dentro del negocio celebrado, son las cláusulas excepcionales del numeral 2º del artículo 14 de la Ley 80, según el cual, para el cumplimiento de los fines de la administración las entidades administrativas al celebrar un contrato:

“Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión.

Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios.

En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aun cuando no se consignen expresamente.”

Entonces, es claro que en el caso de autos se trató de un contrato que tenía por objeto la prestación de un servicio público a cargo del Estado en el que las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aun cuando no se consignen expresamente. Contrario al contrato de arrendamiento, donde por disposición



expresa del párrafo del mismo artículo 14 se prohíbe la utilización de tales cláusulas o estipulaciones excepcionales.

“Parágrafo.- En los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2o. de este artículo, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales, se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales.”

Entonces, se reitera, la inclusión de los poderes excepcionales de la administración en las cláusulas séptima y octava del contrato, son una muestra más de la configuración del contrato de concesión que aquí se viene discutiendo.

En conclusión, la Sala advierte que aunque las partes denominaron al contrato entre ellas celebrado “*de arrendamiento*”, en realidad la figura negocial configurada corresponde a la de un contrato de concesión del servicio público de matadero municipal, ante lo cual encuentra necesario valorar de oficio y a la luz de la naturaleza jurídica de la empresa prestadora de servicio públicos domiciliaria, la legalidad del objeto contractual allí previsto.

Al respecto, se prevé que de conformidad con la información contenida en la página web oficial del municipio de Espinal (Tolima), mediante el Acuerdo Municipal No. 24 de 1979 el Concejo de esa municipalidad, se creó las Empresas Públicas Municipales, como un establecimiento de derecho público descentralizado del nivel municipal, con autonomía administrativa y presupuestal y patrimonio propio, dentro de cuya finalidad se encontraba la de administrar y prestar los servicios públicos de aseo, telefonía local, mataderos y plazas de mercado en el Municipio.

Sin embargo,

“Posteriormente en 1990, debido a la venta de la planta telefónica y al recibir la administración del acueducto de manos de Empolima, mediante Acuerdo 006 de 1990, se reorganiza. En 1995, y en cumplimiento de la Ley 142, el régimen de los servicios públicos básicos domiciliarios, nuevamente se transforma, y se convierte en Empresa Comercial e Industrial del Estado del nivel municipal, de duración indefinida; autonomía administrativa y



presupuestal y patrimonio propio; la cual se denominó: “Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de El Espinal, ESP”, y es la encargada de administrar y prestar los servicios públicos básicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo, con una cobertura en el área urbana del 98% los tres servicios, y en la zona rural un 50%, vigilada por la Superintendencia de Servicios Públicos.”⁸³

Al respecto, observa la Sala que el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada sostuvo que el desarrollo del servicio público de matadero, “no corresponde al desarrollo del objeto social de la empresa por corresponder a la Planta de Sacrificio de animales menores del Municipio y su corregimiento”

Sobre el particular, ha de observarse que de conformidad con las consideraciones esgrimidas en el capítulo correspondiente a la naturaleza jurídica de las empresas prestadoras de servicios públicos, éstas se encontraban obligadas a transformar su estructura empresarial dentro de los 2 años siguientes a la entrada en vigencia de la Ley 142 de 1994, o a constituirse como tal dentro de los 18 meses siguientes. Previsión legal a la que la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo del Espinal E.S.P. dio cumplimiento, según se observa de la información antes señalada.

Ahora bien, de conformidad con el artículo 18 de la mencionada Ley, es entendido que el objeto social de la Empresa E.S.P. del Espinal sólo podía incluir dentro de su objeto social la prestación de los servicios públicos domiciliarios de Acueducto, Alcantarillado y Aseo y las actividades complementarias que dicha prestación conlleva.

Entonces, se trata de una empresa que comprende dentro de su objeto social la prestación de múltiples servicios públicos,

“14.22. Servicio público domiciliario de acueducto. Llamado también servicio público domiciliario de agua potable. Es la distribución municipal de agua apta para el consumo humano, incluida su conexión y medición. También se aplicará esta Ley a las actividades complementarias tales como captación de agua y su procesamiento, tratamiento, almacenamiento, conducción y transporte.

⁸³http://www.elespinal-tolima.gov.co/Entidades_descentralizadas.shtml?apc=lbxx-1-&x=1997701
Consultada 1 de junio de 2015 a las 7:59 p.m.



14.23. Servicio público domiciliario de alcantarillado. Es la recolección municipal de residuos, principalmente líquidos, por medio de tuberías y conductos.

También se aplicará esta Ley a las actividades complementarias de transporte, tratamiento y disposición final de tales residuos.

14.24. Servicio público domiciliario de aseo. Es el servicio de recolección municipal de residuos, principalmente sólidos. También se aplicará esta Ley a las actividades complementarias de transporte, tratamiento, aprovechamiento y disposición final de tales residuos⁸⁴

Sin embargo, como también se dijo, aunque se trata de una empresa que comprende dentro de su objeto social la prestación de varios servicios públicos, estos sólo pueden ser los de carácter domiciliario previstos en la Ley 142 de 1994, de manera que la multiplicidad de servicios en el objeto social legitima a la empresa prestadora para dedicarse a otras actividades diferentes y no conexas aquellas que forman parte su objeto social porque con ello desfigura su naturaleza jurídica y vicia de nulidad los actos y contratos así celebrados por desconocimiento del régimen legal que la gobierna.

En el caso de autos, resulta evidente que el régimen jurídico dispuesto por la Ley 142 de 1994 para las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios es de orden público y de imperativo cumplimiento, entre tanto que con ella se garantiza la prevalencia del interés general, la prestación de los servicios públicos a cargo del Estado, y se reglamenta la prestación de los domiciliarios, por lo que su desconocimiento conlleva necesariamente la configuración de la nulidad absoluta del negocio jurídico celebrado con inobservancia de lo allí dispuesto.

Entonces, por cuanto la ley de servicios públicos plantea como supuesto general la aplicación del derecho privado para los actos y contratos de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, en el *sub judice* corresponde la aplicación de los artículos 6º y 1519 del Código Civil que prevén la conformación del objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación y prescriben la nulidad de los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley, esto es, por fuera del objeto social legalmente previsto para la empresa prestadora del servicio público.

⁸⁴ Modificado por el art. 1 de la Ley 689 de 2001



Al respecto, debe considerarse que las normas contenidas en la Ley 142 de 1994 expresamente mandan u ordenan que las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios únicamente pueden desarrollar aquellas actividades allí contempladas bajo la categoría de servicios públicos domiciliarios y aquellas actividades complementarias a la prestación.

De manera que se configura, de una parte, un mandato positivo que enmarca las potestades funcionales de estas entidades, y de otra, un precepto negativo que le prohíbe exceder estas facultades y volverse sobre actividades que no son propias de su objeto social.

En consecuencia, la Sala observa que la situación aquí presentada conduce a la invalidez del contrato por objeto ilícito, que debe ser decretada de oficio, sin importar que se esté ante un apelante único, como también se explicó previamente.

Finalmente, y como quiera que en este caso es aplicable el régimen del Derecho Privado y no la Ley 80 de 1993, ha de considerarse entonces lo relativo al artículo 1525 del C.C., en cuanto prevé que no puede repetirse lo dado o pagado por un objeto o una causa ilícita a sabiendas.

Ya se dijo que la aplicación del artículo 1525 del Código Civil supone que el juzgador en cada caso haga un análisis para determinar si al no ordenar la restitución se desconoce, de un lado, la razón de ser de la regla jurídica contenida en el aforismo *in pari causa turpitudinem cessat repetitio*” y, de otro lado, si el negocio nulo termina produciendo en la práctica todos los efectos como si fuera válido.

Pues bien, como la nulidad absoluta aquí se decretará oficiosamente o, lo que es lo mismo, no ha sido solicitada por ninguna de las partes, si se ordenara alguna restitución no se estaría transgrediendo la razón de ser la regla jurídica contenida en el aforismo *in pari causa turpitudinem cessat repetitio*”, y, como la parte actora entregó \$5.500.000 pero nunca se aprovechó de los bienes concesionados porque no le fueron entregados, si se ordenara la restitución de esta suma, no podría afirmarse entonces que el negocio terminó produciendo en la práctica todos los efectos como si fuera válido.



Frente a este pago hay absoluta certeza del daño, básicamente, porque el comprobante de egreso expedido por Invergan Ltda., el 7 de septiembre de 2001 para cancelar a la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo la suma de \$5.500.000.00 por concepto de canon de arrendamiento del mes de octubre⁸⁵, coincide con la certificación expedida por la entidad demandada el 6 de agosto de 2002⁸⁶, en donde hizo constar que *“Invergan Ltda., canceló a la empresa la suma de \$5.500.000.00 por concepto del canon de arrendamiento del mes de octubre de 2001, según da cuenta el comprobante de ingreso No. 008155 de septiembre 7 de 2001”*.

En razón a lo anterior, la Sala reconocerá el reembolso del valor que la sociedad demandante canceló a la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo del Espinal, por concepto del primer canon de arrendamiento, previamente actualizado con aplicación de la siguiente fórmula:

$$Ra = Rh \times \frac{IPC \text{ FINAL}}{IPC \text{ INICIAL}}$$

Ra: Renta Actualizada

Rh: Renta histórica (\$5.500.000.00)

IPC FINAL: Vigente para la fecha de esta sentencia (abril de 2015)

IPC INICIAL: vigente para la fecha en que se efectuó el pago que se reembolsa (septiembre de 2001)

$$Ra = \$5.500.000 \times \frac{121.63}{66.30}$$

$$Ra = \$10.089.969,83$$

En conclusión, la Sala reconocerá a favor de la Sociedad Inversiones Ganaderas del Tolima Ltda - Invergan Ltda., la suma de \$10.089.969,83, por concepto restitución.

⁸⁵ Fls.47 C.1

⁸⁶ Fls.26-27 C.1



Acción Contractual – Exp.37.566
De: Sociedad Invergan Ltda.
Contra: Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo del Espinal E.S.P

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 de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

REVOCAR la sentencia de 21 de julio de 2009⁸⁷ proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, por los fundamentos expuestos en la parte motiva de esta providencia, y en su lugar dispone:

PRIMERO: DECLÁRESE LA NULIDAD ABSOLUTA del contrato suscrito entre la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo del Espinal E.S.P., y la Sociedad Inversiones Ganaderas del Tolima Ltda - Invergan Ltda. , el 24 de agosto de 2001.

SEGUNDO: CONDÉNESE a la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo del Espinal E.S.P., a pagar a favor de la Sociedad Inversiones Ganaderas del Tolima Ltda - Invergan Ltda., la suma de \$10.089.969,83, por concepto reembolso.

TERCERO: NIEGUESE las pretensiones de la demanda.

CUARTO: DEVUÉLVASE inmediatamente el expediente al Tribunal de origen una vez ejecutoriada la presente sentencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

⁸⁷ Fls.150-178 C.P



Acción Contractual – Exp.37.566

De: Sociedad Invergan Ltda.

Contra: Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo del Espinal E.S.P

OLGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ

Presidente

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Magistrado Ponente