

## **EVOLUCION JURISPRUDENCIAL - Jurisdicción y régimen aplicable a los contratos de las empresas de servicios públicos domiciliarios**

La Sala Plena del Consejo de Estado, en providencia de 23 de septiembre de 1997, definió el alcance de esa norma en el sentido de que por regla general los contratos de los prestadores de servicios públicos domiciliarios estaban sometidos al derecho privado y a la justicia ordinaria, con algunas excepciones entre las cuales se encuentra la de aquellos regulados en los artículos 128 y siguientes de la Ley 142 de 1.994 es decir, los de condiciones uniformes, en los que identificó el derecho público como predominante y a la jurisdicción en lo Contencioso Administrativo como la competente para su juzgamiento. (...). Cabe recordar que el artículo 31 de la Ley 142 de 1994 no trajo consagración legislativa de atribución de competencia a la jurisdicción contencioso administrativa ni a la jurisdicción ordinaria, para conocer de las controversias que surgieran de los contratos celebrados por las Prestadoras de Servicios Públicos Domiciliarios, excepción hecha de los contratos en los que forzosamente se incluyeran cláusulas excepcionales. (...) originalmente el artículo 31 de la Ley 142 nada dispuso en relación con atribución de competencia para dirimir las controversias derivadas de los contratos celebrados por las prestadoras estatales de servicios públicos domiciliarios. La norma se limitó a señalar a la jurisdicción contencioso administrativa como la competente para el control de legalidad de los actos en que se ejercitaran las cláusulas exorbitantes pactadas, previa orden o autorización de la respectiva comisión de regulación. El silencio frente a la atribución de competencias en relación con el juzgamiento de los contratos de esas empresas, llevó como se anotó atrás, al entendimiento de la jurisprudencia en el sentido de que al estar sometidos al derecho privado, su juzgamiento correspondía a la justicia ordinaria. Posteriormente, con la modificación que a ese artículo introdujo el 3º de la Ley 689 de 2001, se logró aclarar el régimen de derecho aplicable a los contratos celebrados por las prestadoras de servicios públicos domiciliarios, para precisar que es el derecho privado, pero también en esta oportunidad se guardó silencio en torno al tema de la jurisdicción competente para dirimir las controversias surgidas de esos contratos. Sólo se abordó el tema de atribución de competencias, igual que lo hizo la Ley 142, para señalar a la contencioso administrativa la de dirimir las controversias surgidas de los contratos en los cuales se incluyeran cláusulas excepcionales. Por otra parte se determinó al estatuto de contratación de la administración pública como el régimen de derecho aplicable a los contratos, cuando la contratante fuera una entidad territorial con el objeto de que el prestador asumiera la prestación de uno o varios servicios públicos domiciliarios. El sometimiento de esos contratos a la Ley 80, automáticamente trae consigo su juzgamiento por esta jurisdicción en los términos del artículo 75 ídem. (...) A esta modificación antecedió pronunciamiento de esta misma Sección en el sentido de que con independencia del régimen de derecho aplicable al contrato celebrado por empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, es decir que aunque lo fuera el derecho privado, su juzgamiento bien podía corresponder a la jurisdicción contencioso administrativa, para cuando el objeto contractual estaba afecto al cumplimiento de función administrativa. Luego la Ley 446 de 1.998, con la pretensión de superar la dificultad en torno al tema del juez competente para juzgar las controversias surgidas de los contratos celebrados por las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios, introdujo sendas modificaciones en los artículos 132-5 y 134B-5 del Código Contencioso Administrativo, por virtud de las cuales atribuyó competencia respectivamente en primera instancia a los jueces administrativos y a los tribunales administrativos para conocer de las controversias surgidas de tales contratos, siempre que su finalidad esté destinada directamente a la prestación del servicio. Fue a partir del 28 de abril de 2005 por virtud de lo dispuesto por la Ley

954 de 2005, que entraron a regir las normas sobre competencias en el contencioso administrativo, contenidas en la Ley 446 de 1998, a pesar de que aún no operaban los Juzgados Administrativos. En efecto la Ley 954 dispuso una readecuación temporal de las competencias establecidas por la Ley 446 de 1998, consistente en distribuir entre Consejo de Estado y Tribunales Administrativos (...) Como consecuencia de la entrada en vigencia de las normas atributivas de competencias de la Ley 446 de 1998, a partir del 28 de abril de 2005, a la jurisdicción contencioso administrativa le fue asignado el conocimiento de las controversias referentes a contratos de las entidades estatales en sus distintos órdenes, y de los contratos celebrados por entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios, cuando su finalidad esté vinculada directamente a la prestación del servicio. Por otra parte considera la Sala que la Ley 689 de 2001 no modificó los artículos 132-5 y 134b-5 del Código Contencioso Administrativo, a su vez modificados o adicionados por la Ley 446 de 1998, por cuanto la Ley 689 de 2001 fue expedida con el propósito de modificar expresamente algunas normas de la Ley 142 de 1994 y no modificó ni de manera expresa, ni tácitamente la Ley 446 de 1998 en el tema de atribución de competencia a la jurisdicción contencioso administrativa, para el conocimiento de las controversias surgidas de los contratos celebrados por las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios cuando su finalidad esté vinculada directamente a la prestación del servicio. La Ley 446 de 1998 fue clara al referirse al tema del juzgamiento de las controversias surgidas de los contratos celebrados por las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios, para atribuirle tal competencia a la jurisdicción contencioso administrativa, cuando la finalidad del contrato esté vinculada directamente a la prestación del servicio, mientras que la Ley 689 de 2001, como ya se anotó, fue escasa al referirse al tema dado que solo aludió a la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa para conocer de los actos a través de los cuales se haga uso de las cláusulas excepcionales incluidas forzosamente en esos contratos. (...) si se recurre a la historia fidedigna del establecimiento de este precepto (voluntas legis), se confirma lo arriba expuesto, esto es, que el legislador sólo pretendía dejar en claro el régimen jurídico aplicable al contrato y no su juez natural, en tanto tan sólo pretendía modificar la Ley 142 y en modo alguno la Ley 446. (...) Como ya se indicó tanto el artículo 132.5 como el 134B del CCA fueron el primero modificado y el segundo adicionado expresamente por la Ley 446 en punto de competencia de la justicia administrativa, al señalar que ésta conocía de los contratos celebrados por entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios, cuando su finalidad estuviera vinculada a la prestación del servicio. Sin embargo, es preciso tener en cuenta que desde el propio texto constitucional normativamente se utiliza la expresión entidades prestadoras de servicios públicos como una suerte de género, que involucra las seis hipótesis antes indicadas y no alude exclusivamente a aquellas que tienen un carácter estatal, como serían -v.gr. - las empresas de servicios públicos oficiales, las empresas industriales y comerciales del Estado y los municipios prestadores directos. (...) cuando el numeral 5º del artículo 132 del C.C.A encomendó a la justicia administrativa el conocimiento "de los contratos celebrados por entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios, cuando su finalidad esté vinculada directamente a la prestación del servicio", involucró a todo tipo de operador sin distinguir su naturaleza jurídica (privada, pública o mixta) y no aludió exclusivamente a las entidades estatales, sean o no empresas.

**LA JURISDICCION ADMINISTRATIVA CONOCE DE LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL DE TODAS LAS ENTIDADES PUBLICAS - Se sometan o no al estatuto de contratación estatal. Sustitución de criterio material o funcional por criterio orgánico, para la asignación de competencias**

Siguiendo el criterio sentado por la Sala, se impone concluir que el numeral 5º del artículo 132 y el numeral 5º del artículo 134 B fueron derogados por el artículo 1º de la Ley 1107 de 2006. En adelante la jurisdicción administrativa conoce de todos los contratos de las entidades prestadoras de servicios públicos de carácter estatal, tengan ellos o no vinculación directa con el servicio, en tanto esta exigencia desapareció del ordenamiento jurídico al adoptarse, como en efecto se adoptó, un criterio orgánico en el que resulta irrelevante la finalidad del contrato, en tanto esta responde al criterio material o funcional que se quiso justamente superar. En otros términos, el marco legal descrito asigna a la jurisdicción en lo contencioso administrativo conocer de los contratos celebrados por entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios, sin que ahora se atienda a que su finalidad esté vinculada directamente a la prestación del servicio, pero siempre y cuando el prestador sea una entidad estatal. (...) como recientemente lo señaló la Sala, el juez del contrato es esta jurisdicción, (...) Por manera que la jurisdicción administrativa conoce de la actividad contractual y precontractual de todas las entidades públicas, se sometan éstas últimas o no al estatuto de contratación estatal, en tanto se adoptó un criterio orgánico en el que resulta irrelevante el régimen de derecho aplicable. Así aunque el contrato celebrado no se rige por la Ley 80 de 1993, la decisión sobre la jurisdicción a la cual compete el juzgamiento de las controversias que surjan de ellos y cualquier duda al respecto quedó disipada con la expedición de la Ley 1107 que, como se indicó, adoptó un criterio orgánico, con lo que el legislador aclaró que asuntos como el que se debate es del conocimiento de esta jurisdicción.

**FUENTE FORMAL:** LEY 142 DE 1994 ARTICULO 132 NUMERAL 5 / LEY 142 DE 1994 ARTICULO 134B NUMERAL 5 / LEY 1107 DE 2006 ARTICULO 1; CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO ARTICULO 132

**NOTA DE RELATORIA:** Al respecto ver Corte Constitucional sentencia C 558 de 2001. Consejo de Estado sentencia de 18 de marzo de 1999, exp. 15685, auto de 8 de febrero de 2007, exp. 1997-02637-01, auto de 26 de marzo de 2007, exp. 25619.

**DECLARATORIA DE OFICIO DE LA NULIDAD ABSOLUTA DE CLAUSULAS EXCEPCIONALES POR OBJETO ILICITO - Por violación del principio de legalidad. Contratos de empresas de servicios públicos domiciliarios. No hay autorización del ente regulador.**

La administración cuando actúa en pie de igualdad con los particulares no puede declarar directamente el incumplimiento (total o parcial) del contrato e imponer y hacer efectiva unilateralmente una sanción mediante un acto administrativo, ni menos aún puede decretar la caducidad del contrato, pues tales potestades exorbitantes no le fueron atribuidas o autorizadas en las normas civiles o comerciales, ni como ocurre en el caso concreto en la citada Ley 142 de 1994. (...) Recuérdese que los poderes excepcionales al derecho común, únicamente pueden ser ejercidos en los casos y en las condiciones que la ley autoriza a las entidades públicas, habida cuenta de que está por fuera de discusión que todas las actuaciones del Estado se rigen por el principio de legalidad, según el cual los servidores públicos sólo pueden ejercer las funciones a ellos asignadas específicamente en la Constitución Política, la ley y el reglamento y por lo mismo, son responsables por infringir estas normativas y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones (artículos 6º, 121 y 122 superiores). Es obligada inferencia de lo que se viene considerando que la situación descrita acarrea la invalidez de las cláusulas correspondientes, al configurarse la causal de nulidad absoluta por objeto ilícito (artículos 1502, 1519 y 1741 del Código Civil), en tanto

conlleva el ejercicio de funciones no asignadas por la Constitución o la ley a la Administración y vulneran el orden jurídico que por razones superiores y en interés general fija límites y restringe la autonomía de la voluntad en este ámbito. (...) el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo (modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998) faculta al juez administrativo para declarar de oficio la nulidad absoluta del contrato, cuando esté plenamente demostrada en el proceso y siempre que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes, nulidad absoluta que puede recaer sobre la totalidad del contrato o sobre alguna o algunas de sus cláusulas. (...) Así las cosas, el juez administrativo no sólo está facultado sino que tiene el deber de declarar oficiosamente la sanción legal de la nulidad absoluta del contrato o de alguna de sus estipulaciones, aunque no exista petición de parte, en cualquiera de las instancias, cuando aparezca plenamente demostrada en el proceso y en él intervengan las partes o sus causahabientes.

**FUENTE FORMAL:** CONSTITUCION NACIONAL DE COLOMBIA - ARTICULO 6 / CONSTITUCION NACIONAL DE COLOMBIA - ARTICULO 121 / CONSTITUCION NACIONAL DE COLOMBIA - ARTICULO 122 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 16 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 1502 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 1519 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 1741 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 1742 / CODIGO DE COMERCIO ARTICULO - ARTICULO 899 / CODIGO DE COMERCIO - ARTICULO 902 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO ARTICULO 87 / LEY 446 DE 1998 - ARTICULO 32

**NOTA DE RELATORIA:** En igual sentido ver sentencia de 21 de octubre de 1994, exp. 9288, sentencia de 1 de agosto de 2002, exp. 21041, sentencia de 19 de agosto de 2004, exp. 12342, sentencia de 16 de febrero de 2006, exp. 13414 y sentencia de 7 de octubre de 2009, exp. 18496.

**PRORROGA TACITA DEL CONTRATO - La conducta basta para acreditar que la prórroga se dio con el simple consentimiento de las partes**

Si bien de conformidad con la cláusula quince del contrato n. GDVA-027 de 1995, el plazo de duración era de “dos (2) años, prorrogable en forma escrita, previa verificación del cumplimiento de las obligaciones por parte del agente (...)” y al hacerlo se pactó que fuese por escrito, lo cierto es que la Sala aprecia que la sola formación del consentimiento bastó para dar a la vida jurídica la prórroga tácita del contrato en comento. Ello se desprende del comportamiento y la conducta adoptada por las partes. (...) Este elemento de convicción resulta para la Sala suficiente para establecer que efectivamente el contrato sub examine fue prorrogado tácitamente. Pues si bien se trata de una prueba aislada, que no pudo ser corroborada con otros medios de convicción, como son las declaraciones recibidas en este proceso, resulta suficiente para dar cuenta de que la conducta basta para acreditar que la prórroga se dio con el simple consentimiento de las partes, la cual se revela en esta comunicación en la que la entidad contratante le devuelve la cuenta de cobro de un mes en que tuvo lugar la prórroga alegada por el actor, “debido a que la cuenta presenta inconsistencia en la suma de los conceptos” y además le solicita al contratista que se la “envíe lo más pronto posible”. No se olvide que uno de los rasgos distintivos de la hermenéutica del negocio jurídico estriba justamente en “la imperiosa necesidad del intérprete de los contratos de considerar los comportamientos, conductas y declaraciones congruentes de las partes, que se presentan por fuera del texto contractual, como contrato en sí y como objeto mismo del proceso interpretativo, aun cuando estén en contra de lo que el texto contractual indica”. En tal virtud, no queda duda para la Sala de que el contrato sub examine fue objeto de prórroga.

## **EFICACIA PROBATORIA DEL PERITAZGO - Requisitos. Autonomía del juez para valorar el peritaje**

De conformidad con el artículo 233 del Código de Procedimiento Civil, la peritación como medio de prueba es procedente para verificar hechos que interesen al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos. Conviene advertir que el perito debe informarle razonadamente al juez lo que de acuerdo con esos conocimientos especializados sepa de los hechos -y no cuestiones de derecho - que se sometan a su consideración, sin importarle a cuál de la partes beneficia o perjudica. Debe precisarse también que su dictamen debe ser personal y contener conceptos propios sobre las materias objeto de examen y no de otras personas, por autorizadas que sean, sin perjuicio de que pueda utilizar auxiliares o solicitar por su cuenta el concurso de otros técnicos, bajo su dirección y responsabilidad (numeral 2 del artículo 237 del C. de P. Civil.). Para su eficacia probatoria el peritazgo debe reunir ciertas condiciones de contenido como son la conducencia en relación con el hecho por probar; que el perito sea competente, es decir, un verdadero experto para el desempeño del cargo; que no exista un motivo serio para dudar de su imparcialidad; que no se haya probado una objeción por error grave; que el dictamen esté debidamente fundamentado y sus conclusiones sean claras firmes y consecuencia de las razones expuestas; que haya surtido contradicción; que no exista retracto del mismo por parte del perito y en fin que otras pruebas no lo desvirtúen. (...) el dictamen del perito debe ser claro, preciso y detallado, en él se deben explicar los exámenes, experimentos e investigaciones efectuadas, lo mismo que los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de las conclusiones (numeral 6 del artículo 237 eiusdem). (...) el artículo 241 ibídem señala que al valorar o apreciar el juez el dictamen de los peritos tendrá en cuenta la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, la competencia de los peritos y los demás elementos probatorios que obren en el proceso. Con esto se quiere significar que el juez es autónomo para valorar el dictamen y verificar la lógica de sus fundamentos y resultados, toda vez que el perito es un auxiliar de la justicia, pero él no la imparte ni la administra, de manera que el juez no está obligado a "...aceptar ciegamente las conclusiones de los peritos, pues si ello fuese así, estos serían falladores..." (...) "si el perito se limita a emitir su concepto, sin explicar las razones que lo condujeron a esas conclusiones, el dictamen carecerá de eficacia probatoria y lo mismo será si sus explicaciones no son claras o aparecen contradictorias o deficientes. Corresponde al juez apreciar ese aspecto del dictamen y, como hemos dicho, puede negarse a adoptarlo como prueba si no lo encuentra convincente y, con mayor razón, si lo estima inaceptable". (...) el juez está en el deber de estudiar bajo la sana crítica el dictamen pericial y en la libertad de valorar sus resultados; si lo encuentra ajustado y lo convence, puede tenerlo en cuenta total o parcialmente al momento de fallar; o desechar sensatamente y con razones los resultados de la peritación por encontrar sus fundamentos sin la firmeza, precisión y claridad que deben estar presentes en el dictamen para ilustrar y transmitir el conocimiento de la técnica, ciencia o arte de lo dicho, de suerte que permita al juez otorgarle mérito a esta prueba por llegar a la convicción en relación con los hechos objeto de la misma.

**FUENTE FORMAL:** CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 233 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 237 NUMERALES 2 Y 6 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 241

**COSTAS - No hay lugar a condenar en ellas cuando no se acredite conducta temeraria de alguna de las partes**

No habrá lugar a condenar en ellas porque no se probó conducta temeraria de alguna de las partes, de acuerdo con la ley procesal vigente (art. 55 de ley 446 de 1998).

**FUENTE FORMAL:** LEY 446 DE 1998 - ARTICULO 55

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION TERCERA**

**SUBSECCION B**

**Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO**

Bogotá, D.C., quince (15) de noviembre de dos mil once (2011)

**Radicación número: 20001-23-31-000-1999-00764-01(21178)**

**Actor: TELECOSTA EXPRESS LTDA.**

**Demandado: TELECOM**

**Referencia: ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES; APELACION SENTENCIA 3206**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el demandante, Telecosta Express Ltda., contra la sentencia proferida por la Sala de Descongestión de los Tribunales Administrativos de Santander, Norte de Santander y Cesar, el 30 de marzo de 2001, mediante la cual declaró oficiosamente probada la excepción de falta de jurisdicción.

**I. ANTECEDENTES**

**1. Las pretensiones**

El 9 de septiembre de 1999, Víctor Julio Jaimes Torres en representación de la Sociedad Telecosta Express Ltda., por intermedio de apoderado, presentó demanda en ejercicio de la acción de controversias contractuales contra la Empresa Nacional de Telecomunicaciones-Telecom, de conformidad con el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, con el fin de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

“1º. Que se declare la existencia del contrato GDVA 027 de agosto 29 de 1995, con sus adiciones y/o modificaciones para el caso que ello hubiese sucedido.

2º. Como consecuencia de lo anterior, condene a la demandada a cancelar por concepto de honorarios lo siguiente:

- a. Por cargo básico mensual el 50%.
- b. Por telefonía automática local y de larga distancia nacional el 10% de lo recaudado.
- c. Por telefonía internacional el 10% de lo recaudado.

3º. La condena que resulte debe ser actualizada con base en los índices de precios a la fecha del fallo.”

## **2. Fundamentos de hecho**

Los hechos narrados en la demanda por el actor son, en resumen, los siguientes:

2.1 Que entre Telecosta Express Ltda. y Telecom se celebró el contrato GDVA 027 el día 29 de agosto de 1995, el cual durante su vigencia tenía por objeto la atención para la administración de la oficina a través del Sistema de Atención Indirecta (SAI) en la modalidad CT (Centro de Telecomunicaciones) en el Municipio de La Jagua de Ibirico-Cesar, edificio de propiedad de Telecom, donde se atendían los servicios de telefonía urbana con conexión de larga distancia, al igual que de telegramas a domicilio, dependiendo el servicio de la central telefónica.

2.2 Que el contrato celebrado tenía un plazo de dos años, sin embargo se prorrogó hasta el día 30 de septiembre de 1998, no obstante no existir comunicación escrita, pero ello no le puede quitar valor a la gestión realizada ya que tácitamente fue aceptado según comunicación de mayo 10 de 1998 y la gestión y administración misma que así lo evidencia al ser reemplazado y desalojado el día y mes precedente, sin acto administrativo que declare el vencimiento o caducidad del contrato.

2.3 Que según la cláusula séptima del contrato GDVA 027, Telecom se obligó a cancelar unos porcentajes del 50% de tarifa básica al 10% del tráfico local automático y el 10% de discado nacional e internacional, ello referente a la administración y recaudación de lo facturado por la empresa y que la misma denomina participación en calidad de honorarios.

2.4 Que Telecom incumplió el contrato en referencia al no retribuir la gestión realizada por el demandante, al quedarle adeudando los recaudos de la facturación correspondiente a los períodos de mayo de 1996 a mayo de 1998, por un valor de \$24.517.705,74. Además “resolvió el acuerdo GDVA 027, sin que hubiere fuerza mayor, caso fortuito ni mutuo acuerdo. Lo hizo, iso (sic) facto pretermitiendo la ley 80 de 1983”.

## **3. Fundamentos de derecho**

Invocó como fundamentos jurídicos los artículos 2, 32, 75 y concordantes de la Ley 80 de 1993, como también los artículos 1330 y concordantes del Código de Comercio, así como el título III y los capítulos I al IV del Título XIII del libro cuarto del Código de Comercio.

## **4. Actuación procesal**

Una vez notificada la demanda, la parte accionada propuso demanda de reconvencción la cual fue rechazada mediante proveído de 9 de marzo de 2000, por

haber sido presentada fuera de término. En forma extemporánea también contestó la demanda.

Por auto de 2 de mayo de 2000, se abrió el proceso a prueba y se decretaron las documentales que se acompañaron con la demanda, las demás solicitadas –con excepción de la inspección judicial con exhibición de documentos - y en su lugar de oficio se decretó un dictamen pericial. Por auto de 18 de octubre siguiente se dispuso dar traslado a las partes para alegar de conclusión. En esta etapa, sólo intervino el demandante, quien reiteró lo expresado con anterioridad.

#### **5. La sentencia impugnada**

El Tribunal se inhibió de fallar de fondo, al declarar oficiosamente probada la excepción de falta de jurisdicción. Anotó el *iudex a quo* que como el contrato se somete al derecho privado el asunto es de competencia de la justicia ordinaria, “pues a pesar de que la contratación se celebró entre un ente estatal y un particular, no correspondería a lo determinado en el artículo 75 de la Ley 80 de 1993, sino a las leyes y jurisdicciones (sic) del régimen especial de Telecom con base en la ley 142 de 1994”. Al efecto invocó los artículos 31 y 32 de la Ley 142 y el párrafo 1º del artículo 32 de la Ley 80.

#### **6. El recurso de apelación y la actuación en segunda instancia**

El demandante interpuso recurso de apelación contra la sentencia. Alegó que el examen compete a la justicia administrativa “ya que el contrato de concesión resultante”, lo asume en su estudio esta jurisdicción y no la justicia ordinaria. Citó al efecto el numeral 4º del artículo 32 de la Ley 80, de modo que al “gestionarse por delegación un servicio público” el contrato está regido por el estatuto de contratación estatal y por lo tanto debe haber pronunciamiento de fondo.

El recurso de apelación presentado fue admitido en auto de 28 de septiembre de 2001. Mediante providencia de 2 de noviembre de 2001, se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público con el fin de que rindiera concepto, si a bien lo tenían. Sólo intervino el accionado quien estimó que debía confirmarse la decisión inhibitoria recurrida. Al efecto transcribió varios preceptos de la Ley 142 y del C.P.C.

### **II. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

La Sala revocará la sentencia del Tribunal *a quo* y en su lugar decidirá de fondo, para lo cual examinará los siguientes aspectos: i) competencia; ii) nulidad de oficio de algunas de las cláusulas del contrato; iii) hechos probados; iv) el incumplimiento alegado y v) costas.

#### **1. Competencia**

Comoquiera que el tribunal *a quo* fundó su decisión inhibitoria en el régimen jurídico de derecho común aplicable a estos contratos, la Sala en orden a determinar la competencia de esta Sección en el asunto *sub examine*, hará un estudio del alcance del numeral 5º del artículo 132 del C.C.A. en consonancia con la modificación del artículo 82 *eiusdem*.

Al efecto se analizarán los siguientes asuntos: i) Evolución jurisprudencial en materia de jurisdicción y régimen aplicable a los contratos de las empresas de servicios públicos domiciliarios<sup>1</sup>; ii) Los artículos 132.5 y 134B del C.C.A. frente a la ley 446 de 1998; iii) La modificación del artículo 82 del C.C.A. y el nuevo servicio público; iv) La sustitución de un criterio funcional por uno orgánico en la asignación de competencias a la jurisdicción en lo contencioso administrativo.

### **1.1 Evolución jurisprudencial en materia de jurisdicción y régimen aplicable a los contratos de las empresas de servicios públicos domiciliarios<sup>2</sup>**

El artículo 31 de la Ley 142 en su tenor original señalaba:

“ARTÍCULO 31. CONCORDANCIA CON EL ESTATUTO GENERAL DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley, y que tengan por objeto la prestación de esos servicios, se regirán por el parágrafo 1 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y por la presente ley, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa.

Las comisiones de regulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y podrán facultar, previa consulta expresa, que se incluyan en los demás. Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos en los que se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa.”

La Sala Plena del Consejo de Estado, en providencia de 23 de septiembre de 1997<sup>3</sup>, definió el alcance de esa norma en el sentido de que por regla general los contratos de los prestadores de servicios públicos domiciliarios estaban sometidos al derecho privado y a la justicia ordinaria, con algunas excepciones entre las cuales se encuentra la de aquellos regulados en los artículos 128 y siguientes de la Ley 142 de 1994 es decir, los de condiciones uniformes, en los que identificó el derecho público como predominante y a la jurisdicción en lo Contencioso Administrativo como la competente para su juzgamiento. Se concluyó en aquella providencia:

“a) Los actos y los contratos de las empresas de servicios domiciliarios son privados y están sometidos, por regla general, al derecho privado y sus conflictos dirimibles ante la jurisdicción ordinaria. b) No obstante esto, las citadas empresas pueden dictar ciertos actos administrativos, susceptibles de recursos y de acciones contencioso administrativas, entre los que pueden citarse los de negativa a celebrar el contrato de servicios públicos, los que ordenan su suspensión o terminación o

---

<sup>1</sup> De acuerdo con el artículo 38 de la Ley 153 de 1887, en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración. Por ello se hará referencia a la Ley 142 y no a la Ley 1341 de 2009 que dispuso que la TPBC no es un servicio público domiciliario. Con todo, conviene anotar que el artículo 55 de la ley en cita ratifica la aplicación del derecho común a los contratos que celebren los operadores de telecomunicaciones.

<sup>2</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de 18 de julio de 2007, rad.: 25000-23-26-000-1999-00155-01(29745), CP Ruth Stella Correa Palacio.

<sup>3</sup> Proferida dentro del proceso radicado al Número S-701, CP Carlos Betancur Jaramillo.

deciden el corte del servicio y su facturación (art. 154 inc. 1º). c) Así mismo, esas empresas pueden celebrar contratos sometidos por regla general al derecho privado y a la jurisdicción ordinaria; y otros, como los de prestación de servicios regulados en los artículos 128 y ss. y los demás contratos que contengan cláusulas exorbitantes por imposición o autorización de las comisiones de regulación, en los cuales el derecho público será predominante y cuyas controversias serán de la jurisdicción administrativa (art. 31 inc. 2º), porque quien presta esos servicios se convierte en copartícipe, por colaboración, de la gestión estatal; o, en otras palabras, cumple actividades o funciones administrativas. d) El ejercicio de las facultades previstas en los artículos 33, 56, 57, 116, 117 y 118 de la ley 142, darán lugar a la expedición de actos controlables por la jurisdicción administrativa, y e) Los contratos especiales enunciados en el artículo 39 de la mencionada ley estarán sujetos al derecho privado, salvo el señalado en el artículo 39.1 que estará sometido al derecho público y a la jurisdicción administrativa.”

Cabe recordar que el artículo 31 de la Ley 142 de 1994 no trajo consagración legislativa de atribución de competencia a la jurisdicción contencioso administrativa ni a la jurisdicción ordinaria, para conocer de las controversias que surgieran de los contratos celebrados por las Prestadoras de Servicios Públicos Domiciliarios, excepción hecha de los contratos en los que forzosamente se incluyeran cláusulas excepcionales.

En efecto, originalmente el artículo 31 de la Ley 142 nada dispuso en relación con atribución de competencia para dirimir las controversias derivadas de los contratos celebrados por las prestadoras estatales de servicios públicos domiciliarios. La norma se limitó a señalar a la jurisdicción contencioso administrativa como la competente para el control de legalidad de los actos en que se ejercitaran las cláusulas exorbitantes pactadas, previa orden o autorización de la respectiva comisión de regulación.

El silencio frente a la atribución de competencias en relación con el juzgamiento de los contratos de esas empresas, llevó como se anotó atrás, al entendimiento de la jurisprudencia en el sentido de que al estar sometidos al derecho privado, su juzgamiento correspondía a la justicia ordinaria.

Posteriormente, con la modificación que a ese artículo introdujo el 3º de la Ley 689 de 2001, se logró aclarar el régimen de derecho aplicable a los contratos celebrados por las prestadoras de servicios públicos domiciliarios, para precisar que es el derecho privado, pero también en esta oportunidad se guardó silencio en torno al tema de la jurisdicción competente para dirimir las controversias surgidas de esos contratos. Sólo se abordó el tema de atribución de competencias, igual que lo hizo la Ley 142, para señalar a la contencioso administrativa la de dirimir las controversias surgidas de los contratos en los cuales se incluyeran cláusulas excepcionales.

Por otra parte se determinó al estatuto de contratación de la administración pública como el régimen de derecho aplicable a los contratos, cuando la contratante fuera una entidad territorial con el objeto de que el prestador asumiera la prestación de uno o varios servicios públicos domiciliarios. El sometimiento de esos contratos a la Ley 80, automáticamente trae consigo su juzgamiento por esta jurisdicción en los términos del artículo 75 *ídem*. Se señaló en el artículo 3 de esa ley:

“ART. 3º—Modifícase el artículo 31 de la Ley 142 de 1994 el cual quedará así:

Régimen de la contratación. Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley no estarán sujetos a las disposiciones del estatuto general de contratación de la administración pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa.

Las comisiones de regulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y podrán facultar, previa consulta expresa por parte de las empresas de servicios públicos domiciliarios, que se incluyan en los demás. Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos y contratos en los que se utilicen esas cláusulas y/o se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa. Las comisiones de regulación contarán con quince (15) días para responder las solicitudes elevadas por las empresas de servicios públicos domiciliarios sobre la inclusión de las cláusulas excepcionales en los respectivos contratos, transcurrido este término operará el silencio administrativo positivo.

PAR.—Los contratos que celebren los entes territoriales con las empresas de servicios públicos con el objeto de que estas últimas asuman la prestación de uno o de varios servicios públicos domiciliarios, o para que sustituyan en la prestación a otra que entre en causal de disolución o liquidación, se regirán para todos sus efectos por el estatuto general de contratación de la administración pública, en todo caso la selección siempre deberá realizarse previa licitación pública, de conformidad con la Ley 80 de 1993”.

A esta modificación antecedió pronunciamiento de esta misma Sección en el sentido de que con independencia del régimen de derecho aplicable al contrato celebrado por empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, es decir que aunque lo fuera el derecho privado, su juzgamiento bien podía corresponder a la jurisdicción contencioso administrativa, para cuando el objeto contractual estaba afecto al cumplimiento de función administrativa.<sup>4</sup>

Luego la Ley 446 de 1.998<sup>5</sup>, con la pretensión de superar la dificultad en torno al tema del juez competente para juzgar las controversias surgidas de los contratos celebrados por las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios, introdujo sendas modificaciones en los artículos 132-5 y 134B-5 del Código Contencioso Administrativo, por virtud de las cuales atribuyó competencia respectivamente en primera instancia a los jueces administrativos y a los tribunales administrativos para conocer de las controversias surgidas de tales contratos, siempre que su finalidad esté destinada directamente a la prestación del servicio.

---

<sup>4</sup> Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de 8 de febrero de 2001, exp. 16661, C.P. Ricardo Hoyos.

<sup>5</sup> Vigente en este aspecto desde el 28 de abril de 2.005, con la habilitación de competencias dada por la Ley 954, norma que entró a regir en la fecha ya señalada.

El artículo 132, en relación con la competencia de los tribunales administrativos, fue modificado por el artículo 40 de la Ley 446 de 1998, para disponer en el tema de las controversias derivadas de los contratos celebrados por el Estado:

“Los tribunales administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos:

(...) 5. De los referentes a contratos de las entidades estatales en sus distintos órdenes y de los contratos celebrados por entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios, cuando su finalidad esté vinculada directamente a la prestación del servicio, cuando la cuantía exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales.”  
(subraya la Sala).

Y el artículo 134B-5, en el mismo sentido, pero en relación con los jueces administrativos, estableció:

“Los jueces administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos:

(...) 5. De los referentes a contratos de las entidades estatales en sus distintos órdenes, y de los contratos celebrados por entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios, cuando su finalidad esté vinculada directamente a la prestación del servicio, cuando la cuantía no exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales.”  
(Se destaca)

Las normas que acaban de ser transcritas, atributivas de competencias, estuvieron suspendidas en su vigencia hasta el 28 de abril de 2005, en acatamiento a lo dispuesto por el párrafo del artículo 164 de la misma ley que condicionó su vigencia al hecho de que operaran los juzgados administrativos creados desde la Ley 270 de 1996. En efecto, prescribió la Ley 446 en el párrafo del artículo 164: “Mientras entran a operar los Juzgados Administrativos continuarán aplicándose las normas de competencia vigentes a la sanción de la presente ley.”

Fue a partir del 28 de abril de 2005 por virtud de lo dispuesto por la Ley 954 de 2005, que entraron a regir las normas sobre competencias en el contencioso administrativo, contenidas en la Ley 446 de 1998, a pesar de que aún no operaban los Juzgados Administrativos. En efecto la Ley 954 dispuso una readecuación temporal de las competencias establecidas por la Ley 446 de 1998, consistente en distribuir entre Consejo de Estado y Tribunales Administrativos, las competencias que esa ley había distribuido entre Jueces Administrativos, Tribunales Administrativos y Consejo de Estado. Dispuso el artículo primero de la Ley 954:

“PAR.-Las normas de competencia previstas en esta ley se aplicarán, mientras entran a operar los juzgados administrativos, así:

Los tribunales administrativos conocerán en única instancia de los procesos cuyas cuantías sean hasta de 100, 300, 500 y 1.500 salarios mínimos legales mensuales vigentes previstas en el artículo 42, según el caso, y en primera instancia cuando la cuantía exceda de los montos. Así mismo, en única instancia del recurso previsto en los artículos 21 y 24 de la Ley 57 de 1985, en los casos de los municipios y distritos y de los procesos descritos en el numeral 9º del artículo 134b adicionado por esta ley, salvo los relativos a la acción de nulidad electoral de los

alcaldes de municipios que no sean capital de departamento, que serán revisados en primera instancia”.

Los tribunales administrativos continuarán, en única y primera instancia, con el ejercicio de las competencias de que tratan los artículos 39 y 40.

Las competencias sobre jurisdicción coactiva asignadas en segunda instancia a los tribunales administrativos según el artículo 41, corresponderán en segunda instancia al Consejo de Estado. Y las competencias sobre jurisdicción coactiva asignadas en segunda instancia a los jueces administrativos según el artículo 42, corresponderán en segunda instancia a los tribunales administrativos.

El Consejo de Estado asumirá en única y segunda instancia, las competencias asignadas en los artículos 36, 37 y 38.

Las competencias por razón del territorio y por razón de la cuantía, previstas en el artículo 43 de la Ley 446 de 1998, regirán a partir de la vigencia de la presente ley.”

Como consecuencia de la entrada en vigencia de las normas atributivas de competencias de la Ley 446 de 1998, a partir del 28 de abril de 2005, a la jurisdicción contencioso administrativa le fue asignado el conocimiento de las controversias referentes a contratos de las entidades estatales en sus distintos órdenes, y de los contratos celebrados por entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios, cuando su finalidad esté vinculada directamente a la prestación del servicio.

Por otra parte considera la Sala que la Ley 689 de 2001 no modificó los artículos 132-5 y 134b-5 del Código Contencioso Administrativo, a su vez modificados o adicionados por la Ley 446 de 1998, por cuanto la Ley 689 de 2001 fue expedida con el propósito de modificar expresamente algunas normas de la Ley 142 de 1994 y no modificó ni de manera expresa, ni tácitamente la Ley 446 de 1998 en el tema de atribución de competencia a la jurisdicción contencioso administrativa, para el conocimiento de las controversias surgidas de los contratos celebrados por las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios cuando su finalidad esté vinculada directamente a la prestación del servicio.

La Ley 446 de 1998 fue clara al referirse al tema del juzgamiento de las controversias surgidas de los contratos celebrados por las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios, para atribuirle tal competencia a la jurisdicción contencioso administrativa, cuando la finalidad del contrato esté vinculada directamente a la prestación del servicio, mientras que la Ley 689 de 2001, como ya se anotó, fue escasa al referirse al tema dado que solo aludió a la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa para conocer de los actos a través de los cuales se haga uso de las cláusulas excepcionales incluidas forzosamente en esos contratos.

Es decir, la Ley 689 tuvo un ámbito mucho más restringido en el tema de atribución de competencias a la jurisdicción contencioso administrativa que el de la Ley 446 de 1998, que de manera amplia le atribuyó competencia para conocer de las controversias surgidas de los contratos celebrados por las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios cuando su finalidad sea la prestación del servicio.

El texto de la Ley 689 no sugiere una modificación de aquel correspondiente al artículo 40 de la Ley 446 de 1998, por cuanto no regulan el mismo tema, dado que la última ley en el tiempo apenas se refiere a una categoría especial de contratos celebrados por las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, aquellos en los que forzosamente se incluyen cláusulas exorbitantes, mientras que la Ley 446 de 1998 se refiere a una categoría mucho más amplia: todos los contratos celebrados por las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios, cuando su finalidad esté vinculada directamente a la prestación del servicio.

Además si se recurre a la historia fidedigna del establecimiento de este precepto (*voluntas legis*), se confirma lo arriba expuesto, esto es, que el legislador sólo pretendía dejar en claro el régimen jurídico aplicable al contrato y no su juez natural, en tanto tan sólo pretendía modificar la Ley 142 y en modo alguno la ley 446.

En efecto, en la ponencia para segundo debate en Cámara a los proyectos de ley n°. 038 de 1998, 65 de 1998 y 81 de 1998, acumulados, se indicó sin ambages:

“14. Régimen de contratación de las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios.

A pesar de que el artículo 31 de la ley 142 de 1994 prevé que el régimen de contratación de las ESP relativo al desarrollo de su objeto social se le aplican las normas de derecho privado, su redacción por vía de remisión indirecta a un párrafo [el primero del artículo 32] de la ley 80, ha llevado a que se produzcan confusiones por parte del intérprete. En tal virtud, se recomienda una redacción más clara y directa que no lleva a ninguna suerte de equívocos.

De otro lado, se adiciona un párrafo concerniente a los entes territoriales que tengan por objeto la asunción por parte de los prestadores o para la sustitución de aquellos que entren en causal de disolución o de liquidación, hipótesis únicas en las cuales se habrán de someter a las normas del Estatuto de Contratación de la Administración Pública. Ello para que en estos casos taxativamente enunciados, siempre deba realizarse por el camino de la licitación pública.”<sup>6</sup>

Esta misma línea argumentativa aparece consignada en la ponencia para primer debate en el Senado, cuando precisa:

“*Régimen de contratación de las entidades estatales prestadoras de servicios públicos domiciliarios.*

En cuanto al régimen de contratación, se da claridad definitiva acerca del sometimiento de las entidades estatales prestadoras de servicios públicos domiciliarios al derecho privado, para todos los procedimientos de selección y escogencia de sus contratistas o proveedores. Esto, por cuanto hasta la fecha se han venido presentando conflictos en materia de aplicación de las normas, quedando en desventaja comparativa los operadores públicos con los privados en lo que hace al giro ordinario de sus actividades en sus relaciones con terceros. De esta manera, se pretende imprimirle un

---

<sup>6</sup> Gaceta del Congreso No. 538, Año VIII, viernes 10 de diciembre de 1999, p. 3.

sello de dinamismo y eficiencia [a] las empresas estatales con el ánimo de que puedan participar en el mercado en las mismas condiciones que los operadores privados.

Se mantiene, sin embargo, la facultad de las comisiones de regulación de hacer obligatoria la inclusión de cláusulas exorbitantes para algunos contratos. La razón de ser de esta facultad radica en que si bien los procesos de contratación no se rigen por la ley 80 de 1993, sí existen algunos contratos que por la naturaleza de su objeto al ser incumplidos por el contratista podrían llegar a generar consecuencias nefastas para la prestación eficiente y continua de los servicios públicos. Por esta razón, se mantiene esta competencia.

Igualmente se deja claridad que en caso que los entes territoriales requieran contratar con una empresa de servicios públicos domiciliarios para que asuma la prestación de un servicio que aquel venía prestando o para que sustituya a otra que entre en causal de liquidación o disolución, siempre se hará con sujeción a la ley 80 de 1993, a través del procedimiento de licitación pública”<sup>7</sup>

Nótese que tanto en la discusión en Cámara, como en el debate en Senado, los antecedentes de la ley 689 revelan inequívocamente el sentido restringido y limitado de la enmienda a la Ley 142, dejando de lado las materias procesales propias de otros ordenamientos.

## **1.2 Los artículos 132.5 y 134B del C.C.A. frente a la Ley 446 de 1998**

Como ya se indicó tanto el artículo 132.5 como el 134B del CCA fueron el primero modificado y el segundo adicionado expresamente por la Ley 446 en punto de competencia de la justicia administrativa, al señalar que ésta conocía de los contratos celebrados por entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios, cuando su finalidad estuviera vinculada a la prestación del servicio.

En cuanto hace a las *entidades prestadoras de servicios públicos*, una primera lectura podría llevar a pensar que existen elementos de juicio para distinguir entre entidades prestadoras y empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios.

En apoyo de esta primera aproximación podría incluso invocarse lo dispuesto por el artículo 15 de la Ley 142 que de manera clara distingue distintas modalidades de prestadores de servicios públicos domiciliarios, al prescribir taxativamente quiénes 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.

---

<sup>7</sup> Gaceta del Congreso No. 186, Año VIII, viernes 2 de junio de 2000, p. 9.

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.<sup>8</sup>

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 párrafo del artículo 17”

De acuerdo con el texto transcrito la prestación de los servicios puede estar a cargo de seis distintas modalidades de operadores: i) las empresas de servicios públicos; ii) los productores de servicios marginales, independientes o para uso particular (art. 16 y 14.15); iii) el municipio prestador directo (art. 6º y 14.14); iv) las comunidades organizadas; v) las entidades descentralizadas, al momento de expedir la ley y temporalmente, cuyos propietarios no deseen que su capital esté representado en acciones que deben adoptar la forma de empresa industrial y comercial del Estado (párrafo 1º art. 17, arts. 180 y 182) y vi) las entidades autorizadas para prestar servicios públicos durante los períodos de transición previstos en la Ley 142 (art. 181).

De este amplio abanico de operadores, el prestador por antonomasia lo configuran las empresas de servicios públicos o *prototipo del prestador de servicios públicos* en palabras del profesor Palacios Mejía<sup>9</sup>. Así lo ha señalado esta Sala:

“La Constitución de 1991 defirió al legislador, en el inciso segundo de su artículo 365, la definición del régimen jurídico aplicable al sector de los servicios públicos domiciliarios, el cual fue adoptado en la ley 142 de 1994. Régimen jurídico que, entonces, exige por preciso mandato constitucional que en su interpretación y aplicación se parta de su carácter especial, según las voces del artículo 5 de la ley 57 de 1887 en consonancia con el artículo 186 de la propia ley 142 (*lex specialis derogat legiti generalis*).<sup>10</sup>

Este texto legal se estructuró sobre la base de un mercado en competencia fuertemente intervenido por el Estado, y cuyos ejes temáticos son dos: por una parte los usuarios y por otro lado, los prestadores de servicios públicos domiciliarios. Frente a estos últimos, esta ley prevé que por regla general deben constituirse como *‘empresas de servicios públicos’* y sólo por excepción pueden revestir otras modalidades vgr. prestador directo, empresa industrial y comercial del Estado, etc. Así lo indicó la exposición de motivos de esta ley al señalar que *‘[e]l proyecto supone que, por regla general, son ‘empresas de servicios públicos’ las que han de prestar los*

<sup>8</sup> Aparte subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante sentencia C-741 de 2003, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, “en el entendido de que tales organizaciones también podrán competir en otras zonas y áreas siempre que cumplan las condiciones establecidas en la ley”.

<sup>9</sup> Palacios Mejía, Hugo, *El derecho de los servicios públicos*, Ed. Biblioteca vigente, Bogotá, 1999, pp. 211 y ss.

<sup>10</sup> En este sentido *vid.* Corte Constitucional, sentencia C 066 de 1997 y “Del carácter singular del derecho de la competencia en los servicios públicos domiciliarios”, en *Contexto, Revista de Derecho y Economía*, No. 13, abril de 2002, Universidad Externado de Colombia, pp. 22 y ss.

*servicios a los que se aplica la ley'* (art. 27 del C.C. *voluntas legislatoris*)<sup>11</sup>

A esta conclusión también se llega a partir de la lectura sistemática de la ley 142, en especial de sus principios generales (capítulo I del Título preliminar: arts. 1 a 13), de sus definiciones especiales (capítulo II, art. 14), del Título I atinente al régimen jurídico de las empresas de servicios públicos domiciliarios (particularmente de los artículos 15, 17 y 19), como del régimen de transición contenido en su título X.

Asimismo, la ley 142 en el apartado dedicado a las personas prestadoras de servicios públicos (título I), también dejó en claro que esta preceptiva privilegia la prestación por parte de empresas de servicios públicos domiciliarios (en cualquiera de sus modalidades: públicas, privadas o mixtas) y sólo por excepción la permite por parte de otro tipo de operadores. (...)

Nótese que el precepto transcrito [art. 15] sigue la línea de determinar que las empresas de servicios públicos son el prestador por antonomasia y los otros prestadores los operan de manera excepcional<sup>12</sup> (...)

Sobre esta base, esto es que la operación de los servicios públicos recae prioritariamente en esa nueva tipología jurídica que constituye el género ESP y que tan sólo por vía excepcional puede adelantarse la prestación mediante las otras modalidades permitidas por el legislador, la ley 142 establece en el capítulo I (Régimen jurídico de las empresas de servicios públicos) de su Título I (De las personas prestadoras de servicios públicos) varios preceptos relativos a la denominación de esa nueva persona jurídica. Así el artículo 17 al ocuparse de la naturaleza jurídica de las empresas de servicios públicos las define como '*sociedades por acciones*' (S.A.), a su vez el numeral 19.1 del artículo 19 *eiusdem* que se ocupa del régimen jurídico de las empresas de servicios públicos prescribe que '*[e]l nombre de la empresa deberá ser seguido por las palabras 'empresa de servicios públicos' o de las letras 'E.S.P.'*' (se subraya), por su parte el numeral 19.15 señala que '*[e]n lo demás, las empresas de servicios públicos se regirán por las reglas del Código de Comercio sobre sociedades anónimas*' (S.A.)

En la misma línea los numerales 14.5, 14.6 y 14.7 de la citada ley al definir las distintas modalidades de empresas de servicios públicos pone el acento en el porcentaje de los aportes, tal y como sucede con el modelo societario anónimo (S.A.).<sup>13</sup>

---

<sup>11</sup> Hommes Rodríguez, Rudolf *et. al.* Exposición de motivos al proyecto de ley No. 197 de 1992, por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios, en Gaceta del Congreso No. 162, 17 de noviembre, 1992, p. 24.

<sup>12</sup> Salvo el supuesto previsto en el numeral 15.4 del artículo 15 relativo a las organizaciones autorizadas, que pueden prestar el servicio no sólo en municipios menores en zonas rurales y en áreas o zonas urbanas específicas, sino que pueden competir en otras zonas, según la declaratoria de constitucionalidad condicionada que hiciera la Corte Constitucional de esta disposición (sentencia C 741 de 2003).

<sup>13</sup> Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia AP 18143 de 2006, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

Sin embargo, es preciso tener en cuenta que desde el propio texto constitucional normativamente se utiliza la expresión *entidades prestadoras de servicios públicos* como una suerte de género, que involucra las seis hipótesis antes indicadas y no alude exclusivamente a aquellas que tienen un carácter estatal, como serían -v.gr. - las empresas de servicios públicos oficiales, las empresas industriales y comerciales del Estado y los municipios prestadores directos.

En efecto, de conformidad con el artículo 370 Superior corresponde al Presidente de la República ejercer por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el control, la inspección y vigilancia de las *entidades que presten los servicios públicos domiciliarios*.

En la misma línea se encuentran varios preceptos de la Ley 142 que también parecen usar dicha expresión con un enfoque, si se quiere, genérico. En efecto:

i) el artículo 11 dispone que para cumplir con la función social de la propiedad, pública o privada, las *entidades que presten servicios públicos* tienen determinadas obligaciones que allí se consignan;

ii) el artículo 24 establece que todas las *entidades prestadoras de servicios públicos* están sujetas al régimen tributario nacional y de las entidades territoriales, y al efecto señala una serie de reglas especiales que deben observarse;

iii) el numeral 39.4 del artículo 39, al autorizar la celebración de ciertos contratos especiales para la gestión de los servicios públicos, enlista aquellos contratos en virtud de los cuales dos o más *entidades prestadoras de servicios públicos* o éstas con grandes proveedores o usuarios, regulan el acceso compartido o de interconexión de bienes indispensables para la prestación de servicios públicos, mediante el pago de remuneración o peaje razonable;

iv) el inciso 4º del artículo 51 (modificado por el artículo 6º de la Ley 689), al regular las Auditorías Externas de Gestión y Resultados (A.E.G.R.), prevé que éstas deberán elaborar al menos una vez al año una evaluación del manejo de la *entidad prestadora*;

v) el inciso segundo del artículo 52 (modificado por el artículo 7º de la Ley 689), al señalar el concepto de control de gestión y resultados, prescribió que las comisiones de regulación definirán los criterios, metodologías, indicadores, parámetros y modelos de carácter obligatorio que permitan evaluar la gestión y resultados de las *entidades prestadoras*;

vi) el artículo 53 *in fine*, al regular los sistemas de información de las empresas de servicios públicos, estatuye que las *entidades encargadas de prestar los servicios públicos domiciliarios* deberán informar periódicamente de manera precisa, la utilización que dieron a los subsidios presupuestales;

vii) el artículo 75 determina que el Presidente de la República ejercerá el control, la inspección y vigilancia de *las entidades que presten los servicios públicos domiciliarios* y los demás servicios públicos a los que se aplica esta ley, por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y, en especial, del Superintendente y sus delegados;

viii) el numeral 79.9 del artículo 79 (modificado por el artículo 13 de la Ley 689) consigna dentro de las funciones de la Superintendencia de Servicios Públicos

Domiciliarios la de mantener un registro actualizado de *las entidades que prestan los servicios públicos*;

ix) el artículo 85 estipula que, con el fin de recuperar los costos del servicio de regulación que preste cada comisión y los de control y vigilancia que preste el Superintendente, *las entidades sometidas a su regulación, control y vigilancia*, están sujetas a dos contribuciones, que se liquidarán y pagarán cada año conforme a las reglas allí previstas;

x) el numeral 89.7 del artículo 89, al ocuparse de los criterios para definir el régimen tarifario, ordena que cuando comiencen a aplicarse las fórmulas tarifarias de que trata la ley, ciertos usuarios no seguirán pagando sobre sus consumos el factor o factores de que trata esa disposición, lo cual se aplicará por solicitud de los interesados ante la respectiva *entidad prestadora del servicio público*;

xi) el numeral 99.2 del artículo 99, dentro de las reglas que se señalan para la concesión de subsidios, indica que es menester señalar *la entidad prestadora* que repartirá el subsidio;

xii) el numeral 105.5 del artículo 105, al consagrar los principios y reglas de reorganización administrativa, preceptúa que al establecer las funciones del Superintendente se distinguirán las relativas a las *entidades prestadoras de los servicios públicos* de las dirigidas a apoyar y garantizar la participación de los usuarios;

xiv) los incisos segundo y quinto del artículo 140 (modificado por el artículo 19 de la Ley 689), al regular la suspensión del servicio por incumplimiento del contrato, aluden a la *entidad prestadora*;

xv) el inciso tercero del artículo 141 prescribe que *la entidad prestadora* podrá proceder igualmente al corte en el caso de acometidas fraudulentas;

xvi) el párrafo del artículo 147 pone de manifiesto que cuando se facturen los servicios de aseo y alcantarillado conjuntamente con otro servicio público domiciliario, no podrá cancelarse este último con independencia de aquellos, salvo en aquellos casos en que exista prueba de mediar petición, queja o recurso debidamente interpuesto ante *la entidad prestataria del servicio* de saneamiento básico, aseo o alcantarillado;

xvii) el artículo 163 advierte que *las entidades prestadoras de servicios públicos* podrán recibir financiamiento y asesoría por parte de Findeter para proyectos y programas de inversión de los sectores y actividades a los que se refiere el artículo 5º de la Ley 57 de 1989;

En ese orden de ideas, la Ley 142 no homologa a las entidades estatales que prestan los servicios públicos con las *entidades prestadoras de servicios públicos*, sino que por el contrario, aquellas son apenas una especie de éstas últimas<sup>14</sup>. Al punto que cuando la Ley 142 quiso establecer una regla particular así lo hizo, como es el caso, por ejemplo, del inciso 1º del artículo 31 referente al régimen de contratación de las entidades estatales que prestan los servicios públicos y del

---

<sup>14</sup> Así lo indica la doctrina nacional: "Como quiera que en el articulado de las leyes 142 y 143 se mencionan indistintamente los términos, 'prestadores', 'entidades', 'empresas', 'entes', 'agentes' y 'personas prestadoras', todas estas denominaciones deben entenderse dentro del concepto genérico de prestadores de servicios públicos domiciliarios" (Moreno, Luis Ferney, *Servicios Públicos Domiciliarios, perspectivas del derecho económico*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, p. 77).

numeral 44.4 del artículo 44 que claramente señala que en los contratos de las entidades estatales que presten servicios públicos, se aplicarán las reglas sobre inhabilidades e incompatibilidades previstas en la Ley 80 de 1993, en cuanto sean pertinentes.

En consecuencia, cuando el numeral 5º del artículo 132 del C.C.A encomendó a la justicia administrativa el conocimiento *“de los contratos celebrados por entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios, cuando su finalidad esté vinculada directamente a la prestación del servicio”*, involucró a todo tipo de operador sin distinguir su naturaleza jurídica (privada, pública o mixta) y no aludió exclusivamente a las entidades estatales, sean o no empresas.

### **1.3 La modificación del artículo 82 del C.C.A. y el nuevo servicio público**

Importa destacar que cuando el artículo 82 del C.C.A., tal y como quedó después de la modificación introducida por la Ley 1107 de 2006, dispone que la jurisdicción conoce de las controversias y litigios *“de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado”* no involucra a los prestadores de servicios públicos no estatales, en tanto que si bien los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 365 Superior, el mismo precepto indica que la función estatal estriba en *“asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional”* (servicio universal) y asegurar no significa prestar.

Es por ello que luego de advertir que los servicios públicos pueden ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por particulares, el artículo 365 Constitucional establece que en todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios, o lo que es igual, según la Constitución estas últimas son las funciones propias de los órganos del Estado, en tanto facetas de la función de policía administrativa, que el Estado *“mantiene”* o se *“reserva”*, como ámbito de lo no *“privatizable”*.

De hecho la forma como se asegura la prestación es a través de los instrumentos de intervención estatal en los servicios públicos, que no son otros, según lo pregona el artículo 3º de la Ley 142, que todas las funciones y atribuciones asignadas a las autoridades de que trata esta ley, en especial las relativas a las siguientes materias: i) la regulación<sup>15</sup>; ii) la inspección, vigilancia y control<sup>16</sup>; iii) el otorgamiento de subsidios a las personas de menores ingresos<sup>17</sup>; iv) la promoción

---

<sup>15</sup> Sobre el alcance las funciones regulatorias como instrumento de intervención estatal ver Naranjo Mesa, Vladimiro, *“Análisis constitucional de la Sentencia C 1162 de 200”*, en *Servicios Públicos Domiciliarios-Actualidad Jurídica Tomo IV*, publicación de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, Imprenta Nacional, Bogotá, 2001, pp. 59-67 y Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 2 de mayo de 2007, Rad. 1100-10-326-000-1998-05354-01 (16.257), C. P. Ruth Stella Correa Palacio.

<sup>16</sup> Sobre esta faceta de la policía administrativa en servicios públicos Cfr. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de 16 de junio de 1999, Rad. 931, C.P. Luis Camilo Osorio; Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia AP 1470 de 2.005, C.P. Ramiro Saavedra Becerra; sentencia AP 1944 de 2006, C.P. Ruth Stella Correa Palacio; sentencia AP 1843 de 2006, C.P. Ruth Stella Correa Palacio y *“La reestructuración de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios: hacia un nuevo control de gestión empresarial”* en *Régimen Jurídico Empresas de servicios públicos domiciliarios mixtas*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, pp. 173 y ss.

<sup>17</sup> Sobre los subsidios como instrumento de intervención estatal vid. Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia AP 543 de 2006, C.P. Ruth Stella Correa Palacio; Concepto SSPD 20011300000310 en Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, *Servicios Públicos Domiciliarios, Actualidad Jurídica, tomo IV*, Bogotá, 2001, p. 229 y ss; *“Los deberes de la solidaridad en el modelo tarifario de los servicios*

y apoyo a las personas que presten los servicios públicos; v) la organización de sistemas de información; vi) la protección de los recursos naturales; vii) el estímulo a la inversión de los particulares en los servicios públicos; viii) el respeto al principio de neutralidad, a fin de asegurar que no exista ninguna práctica discriminatoria en la prestación de los servicios y ix) gestión y obtención de recursos para la prestación de servicios (art. 3º Ley 142 de 1994).

Además, la prestación de los servicios públicos no reviste el carácter de *función pública*. Y no lo reviste, porque la Constitución misma dispone que una y otra materias son objeto de regulación legal separada. Así, el numeral 23 del artículo 150 distingue con claridad las leyes que “*regirán el ejercicio de las funciones públicas*” de aquellas que se ocupan de la “*prestación de los servicios públicos*”.

En la misma línea, otros preceptos constitucionales se ocupan de ratificar el carácter especial que reviste el régimen legal de los servicios públicos, es así como dispone la Constitución que estos están sometidos al régimen jurídico que fije la ley (artículo 365); se defiere a la ley fijar las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación y el régimen tarifario (art. 367); se establece que la ley determinará los deberes y derechos de los usuarios, su régimen de protección, formas de participación en la gestión y fiscalización de las empresas estatales que prestan el servicio y definirá la participación de los municipios o de sus representantes, en las entidades y empresas que les presten servicios públicos domiciliarios (art. 369); se asigna al Presidente de la República las dos más importantes funciones de intervención económica en el mercado de los servicios públicos, regulación y control y se determina que esta última la ejerce por intermedio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (art. 370); en fin, se imponen unos términos especiales para la aprobación del régimen jurídico de los servicios públicos (art. 48 transitorio).

De otro lado, no debe olvidarse que los servicios públicos son regulados en el marco de la Constitución Económica (Título XII) y no dentro del apartado de la Constitución dedicado a la Organización del Estado (Título V a X), como sí sucede con la función pública cuyo marco constitucional se encuentra consignado en el capítulo 2 del Título V (arts. 122 a 131 C.N.).

No hay que perder de vista que tres preceptos constitucionales (arts. 189.22, 365 y 370) encomiendan al Presidente la función de ejercer la inspección y vigilancia de la prestación de los servicios públicos. Si se tratase, como antaño, de una manifestación de la *función pública*: ¿Por qué, entonces, se someten a esta tradicional *función de policía administrativa* reservada a las actividades desplegadas en el marco de una actividad económica?

Por manera que, la Carta de 1991 al regular los servicios públicos domiciliarios como un apartado especial de la Constitución Económica “*dejó atrás la noción de servicio público que lo asimilaba a una proyección de la ‘función pública’ y optó por un ‘nuevo servicio público’ basado en el modelo de servicios públicos competitivos: mercado a la vez libre e intervenido, ya que el Estado en su condición de director general de la economía se erigió en el garante -que no prestador monopólico - de los servicios. En otras palabras, se trata del cambio del*

---

públicos domiciliarios”, en *Contexto, Revista de Derecho y Economía*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, septiembre de 2004, Ed. Especial No. 19, pp. 41 y ss.

*modelo de Estado (...)*<sup>18</sup>. De suerte que, los servicios públicos domiciliarios dejaron de ser concebidos como función pública, a la manera de la escuela realista de Burdeos, para ser tratados como un capítulo singular de la Constitución Económica dentro de un modelo “*neocapitalista, propio de una economía social de mercado, que pretende conciliar las bondades de la competencia con la necesaria intervención estatal, en orden a proteger al usuario final*”<sup>19</sup>.

La superación de la vieja concepción orientada por el profesor Duguit conforme a la cual los servicios públicos eran una manifestación de la función pública, ha sido puesto de relieve en forma, por demás, reiterada por la Sala en múltiples pronunciamientos. Así, por ejemplo, se dejó sentado que:

“El constitucionalismo colombiano sufrió una singular transformación con la adopción de un nuevo modelo económico que se caracteriza porque si bien la libertad económica -en su doble acepción: la libertad empresa y la libertad de competencia económica<sup>20</sup> - es garantizada como derecho colectivo (arts. 88 y 333 C.P.), la dirección general de la economía corre a cargo del Estado quien interviene por mandato de la ley (arts. 334 y 150.21 C.P.), en el marco de lo que se ha denominado la ‘*Constitución Económica*’. Intervención del Estado en la economía que tiene no sólo por propósito la defensa de los diversos agentes que en ella participan, sino que se hace principalmente en beneficio del usuario final, tal y como tuvo oportunidad de señalarlo recientemente esta Sala:

(...) No obstante tratarlos como un asunto económico, el Constituyente al definirlos como inherentes a la finalidad social del Estado (art. 365 C.P.) se reservó para los servicios públicos un capítulo separado formulando desde el mismo nivel constitucional un régimen jurídico y una autoridad singulares,<sup>21</sup> sobre la base de la superación de la vieja concepción que los asimilaba a una manifestación más de la función pública para dar paso a una concepción económica asociada a un nuevo modelo de Estado, habida consideración de su inescindible relación con sus cometidos sociales (art. 1 C.P.)<sup>22</sup>. (se subraya)

Criterio que ratificó lo expuesto por esta Corporación en oportunidad precedente:

---

<sup>18</sup> “Del carácter singular del derecho de la competencia en los servicios públicos domiciliarios”, en *Contexto, Revista de Derecho y Economía*, No. 13, abril de 2002, Universidad Externado de Colombia, pp. 22 y ss. La Corte Constitucional en sentencia C 037 de 2003 adoptó este criterio.

<sup>19</sup> “Legislador y juez: ¿Garantías o amenazas al modelo de prestación de los servicios públicos domiciliarios?” en *Revista Contexto, Revista de Derecho y Economía*, Universidad Externado de Colombia, agosto de 2004, Edición especial No. 18.

<sup>20</sup> Cfr. Angarita Barón, Ciro, “La libertad económica en la jurisprudencia de la Corte Constitucional: Aproximación fugaz”, en *Constitución Económica Colombiana*, Bibliotheca Millennio, Colección Derecho Económico y de los Negocios, El Navegante Editores, Bogotá, 1996.

<sup>21</sup> Vid. “Del carácter singular del derecho de la competencia en los servicios públicos domiciliarios”, en *Contexto, Revista de Derecho y Economía*, No. 13, abril de 2002, Universidad Externado de Colombia, p. 22 y ss.

<sup>22</sup> Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia AP 1944 de 2006, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

“(…)El modelo constitucional económico de la Carta Política de 1991 está fundado en la superación de la noción ‘francesa’ de servicio público, conforme a la cual éste era asimilable a una función pública, para avanzar hacia una concepción económica según la cual su prestación está sometida a las leyes de un mercado fuertemente intervenido; así se deduce del artículo 365 constitucional cuando dispone que es deber del Estado asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos y que estos pueden ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por particulares. Nótese que la norma es clara en señalar que el Estado debe asegurar la prestación (no prestar forzosamente) al tiempo que permite la concurrencia de Agentes (públicos, privados o mixtos) en su prestación.

(…)De manera que los derechos colectivos que se involucran en la prestación de los servicios públicos no aluden a la función pública propia del Estado, sino a una actividad económica que por implicar el tráfico de servicios inherentes a la finalidad social del Estado, que la doctrina colombiana<sup>23</sup>, con base en expresión foránea, llama ‘bienes meritorios’, exige la intervención del mismo a través de los instrumentos tradicionales de policía administrativa: regulación y control (inc. 2 art. 365 C. N). En otras palabras, el bien jurídico colectivo por proteger no refiere a la función administrativa, sino a los derechos propios de los consumidores y usuarios particularmente en lo relativo a la calidad del servicio y a su precio”.<sup>24</sup> (subrayas no originales)

En términos similares la Sala también indicó en otra ocasión:

‘Las reformas legales del año 1994, en desarrollo del modelo económico constitucional previsto en el capítulo V del Título XII de la Carta de 1991<sup>25</sup>, comportaron la sustitución del viejo esquema de prestación de los servicios públicos domiciliarios en Colombia -que, siguiendo muy de cerca las enseñanzas de la escuela realista de Burdeos liderada por el profesor DUGUIT, asimilaba la noción de servicio público a la de función pública<sup>26</sup> y que había entrado en crisis - por un modelo de mercado en competencia que concentró en el Estado, en su condición de director general de la Economía, las

---

<sup>23</sup> Hugo Palacios Mejía, *El derecho de los servicios públicos*, Editorial Derecho vigente, Bogotá, 1999, pp.4 y ss.

<sup>24</sup> Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia AP 020 de 2004, C.P. María Elena Giraldo Gómez. En el mismo sentido Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia AP 254 de 2005, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

<sup>25</sup> Cfr. Chahín Lizcano, Guillermo, *Elementos básicos del régimen constitucional y legal de los servicios públicos*, Bogotá, EEB, 1998, p. 33: "...se trata de un régimen de libertad empresa (sic) pero dentro de los límites del bien común, sujeta esta actividad a la dirección general y a la intervención del Estado con miras al logro de los fines del Estado social de Derecho".

<sup>26</sup> Según el profesor Julio Prat: "El servicio público...como pieza maestra del derecho administrativo francés servirá como criterio para que todos los actos ya tomados en sí mismo o en sus consecuencias, de un servicio público, se regulen por el derecho público, al igual que todo acto concurrente a permitir, de una u otra manera, la ejecución de un servicio público caiga en el dominio del derecho administrativo" (Prat, Julio A. "Los servicios públicos" en V.V.A.A. *El derecho administrativo en Latinoamérica*, Tomo II, Ediciones Rosaristas, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá, 1986, pp. 236 y ss.).

atribuciones de regulación<sup>27</sup> y control. Se trata, pues, de un ‘cambio de modelo de Estado’<sup>28</sup>

‘(...) En definitiva, la prestación de los servicios públicos domiciliarios ya no es expresión del poder de imperio del Estado, sino un asunto económico sometido al control y vigilancia de la única Superintendencia de rango constitucional y a la atribución presidencial regulatoria, como instrumentos de intervención estatal (arts. 333,334, 365 y 370 C.P. y numerales 3.4 y 3.3 del artículo 3 de la ley 142).

‘Por lo demás, en desarrollo de la distinción constitucional entre función pública y servicio público, prevista en el ordinal 23 del artículo 150 C.P., el artículo 3 de la ley 489 de 1998 dispuso que los principios de la función administrativa sólo aplicarían a los servicios públicos en tanto fueren compatibles con su naturaleza y régimen’. De modo que, la propia ley trazó una frontera clara entre esos dos conceptos antes considerados sinónimos.<sup>29</sup> (Negrillas y cursivas originales, subrayas fuera de texto)<sup>30</sup>

En ese orden de ideas, la jurisprudencia de la Sala tiene determinado que el servicio público dejó de ser sinónimo de función pública:

“...la Constitución de 1991 significó un gran cambio en cuanto se refiere a la concepción de los servicios públicos, pues reconoce que el Estado y los particulares pueden concurrir, en condiciones de libre competencia, a su prestación, sin que ello signifique que renuncie a su condición de director general de la economía y garante del cumplimiento de la función social de la propiedad”<sup>31</sup>

#### **1.4 La sustitución de un criterio funcional por uno orgánico de la cláusula general de asignación de competencias a la jurisdicción en lo contencioso administrativo:**

El 27 de diciembre de 2006 fue promulgada la Ley 1107<sup>32</sup>, por la cual se modifica el artículo 82 del código contencioso administrativo, a su vez modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, que comportó un cambio radical de la cláusula general de asignación de competencias a esta jurisdicción.

---

<sup>27</sup> La Corte Constitucional en sentencia C 1162 de 2000, providencia con alcance de cosa juzgada absoluta, dejó en claro que la regulación se expide con sujeción a la ley, tal y como lo ordena el artículo 370 Constitucional y, por lo tanto, los actos de las Comisiones de Regulación no son expresión de “legislación secundaria” y por lo mismo no pueden “llenar los vacíos de la ley” ni “completar su contenido”.

<sup>28</sup> Vid. “Del carácter singular del Derecho de la competencia en servicios públicos domiciliarios” en Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, *Actualidad Jurídica Tomo IV*, Imprenta Nacional de Colombia, Bogotá, 2001, p. 125. La Corte Constitucional en sentencia C 037 de 2003 adoptó este criterio.

<sup>29</sup> Cfr. Corte Constitucional, sentencias C 066 de 1997, C 209 de 1997 y C 037 de 2003. En el mismo sentido Consejo de Estado, Sala Plena, Auto S 701 de 23 de septiembre de 1997.

<sup>30</sup> Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia AP 1470 de 2005, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

<sup>31</sup> Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de 17 de febrero de 2005, exp. 27673, rad. 500012331000200300277 01, C.P. Alíer E. Hernández Enríquez.

<sup>32</sup> Diario Oficial No. 46494. 27 de diciembre de 2006.

El artículo 1º de la Ley 1107 estableció:

“Artículo 1º. El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, quedaría así:

‘Artículo 82. Objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la Constitución y la ley.

Esta jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en actos políticos o de Gobierno.

La jurisdicción de lo contencioso administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley. Las decisiones jurisdiccionales adoptadas por las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales de la Judicatura, no tendrán control jurisdiccional’.”

De la lectura del precepto transcrito, se tiene que en adelante la cláusula general de competencia de la jurisdicción en lo contencioso administrativo ya no gravita en torno al *“juzgamiento de controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado”*, como señalaba la disposición expresamente derogada del artículo 30 de la Ley 446, que adoptaba un criterio material, sino que ahora se optó por un criterio orgánico, en tanto el objeto de esta jurisdicción quedó determinado por el sujeto a juzgar en tratándose del Estado y no por la naturaleza de la función que se juzga.

En la exposición de motivos a la reforma legal que se comenta se puso de relieve, con abundante soporte jurisprudencial, cómo en vigencia del artículo 30 de la Ley 446 de 1998 no hubo uniformidad de criterios entre la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura y el Consejo de Estado en torno a la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa, lo que imponía la intervención del legislador en aras de garantizar la seguridad jurídica, como pilar indiscutible de nuestro Estado de Derecho. Particularmente, en punto de las controversias contractuales dice la referida exposición de motivos:

**“Las ventajas del establecimiento de un criterio orgánico de competencia en materia de controversias contractuales.** La norma que se propone clarifica la competencia, incluso en el caso de las controversias contractuales originadas en contratos estatales, pues si bien su conocimiento está atribuido a la jurisdicción contencioso administrativa, por el artículo 75 de la Ley 80 de 1993, se trata de una regla general, con muchas excepciones, como es el caso de los contratos de las empresa oficiales prestadoras de servicios públicos domiciliarios, según se establece en los artículos 19.15, 31 y 32, entre otros, de la ley 142 de 1994. En esos casos hoy es necesario remitirse

a los artículos 16 del Código de Procedimiento Civil y 82 del Código Contencioso Administrativo para establecer si, de acuerdo con lo allí dispuesto, la controversia es de competencia de la mencionada jurisdicción. Así lo ha manifestado el Consejo de Estado en providencia del tres de marzo de 2005:

‘Así las cosas, el contrato aludido no se rige por la Ley 80 de 1993, sino por el derecho privado, y al mismo, por lo tanto, no se aplica la disposición contenida en el artículo 75 de ella, según el cual el juez competente para conocer las controversias derivadas de los contratos estatales será el de la jurisdicción contencioso administrativa.

‘Debe recurrirse, entonces, al artículo 16 del Código de Procedimiento Civil (vigente al momento de presentar la demanda), hoy modificado por el artículo sexto de la ley 794 de 2003, que atribuye a los jueces civiles del circuito, en primera instancia, la competencia para conocer los procesos contenciosos de mayor y menor cuantía en que sea parte la Nación, un departamento, un distrito especial, un municipio, un establecimiento público, una empresa industrial o comercial de alguna de las anteriores entidades o una sociedad de economía mixta, salvo los que correspondan a la jurisdicción contencioso administrativa.

‘Lo anterior obliga a estudiar la regla general prevista en el artículo 82 del C.C.A., que, en su inciso primero, conforme a la redacción introducida por el Decreto 2304 de 1989, vigente en la fecha de presentación de la demanda, disponía:...

‘Puede considerarse, entonces, en principio, que, tratándose de controversias referidas a contratos celebrados por entidades estatales, pero regidos por el derecho privado, la competencia corresponderá a la jurisdicción ordinaria, dado que la misma tendrá carácter privado, salvo que la función desarrollada en cumplimiento del contrato que sea objeto del litigio tenga carácter administrativo - como lo sería, por ejemplo, el ejercicio de una facultad exorbitante prevista en un contrato celebrado por una entidad estatal regido por el derecho privado-, evento en el cual, en virtud de la regla contenida en el artículo 82 del C.C.A., la competencia será de la jurisdicción contencioso administrativa<sup>33</sup>.

Esa misma línea de interpretación se ha mantenido por la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, como lo muestra la providencia dictada el 15 de junio de 2005, en la que se atribuyó a la jurisdicción ordinaria el conocimiento de la nulidad de una resoluciones en las cuales se recuperan unos consumos de energía<sup>34</sup>; cabe anotar que, en esta última decisión se cita la providencia S-701, del 23 de septiembre de 1997, de la Sala Plena

---

<sup>33</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del tres de marzo de 2005, expediente: 15.322 (R-0456), actores: Henry Fonseca Ochoa y Sindicato de Trabajadores del Municipio de Yopal. Se atribuyó a la jurisdicción ordinaria el conocimiento de un contrato de suscripción de acciones celebrado por el municipio de Yopal, de acuerdo con los artículo 31 y 39 de la ley 142 de 1994.

<sup>34</sup> Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, auto de 15 de junio de 2005, radicación:110010102000200500852 00 (269-18).

del Consejo de Estado, en la que se determinó que: “Los actos y los contratos de las empresas de servicios domiciliarios son privados y están sometidos, por regla general, al derecho privado y sus conflictos dirimibles ante la jurisdicción ordinaria”<sup>35</sup> y por excepción, de acuerdo con lo establecido por la ley 142 de 1994, a la jurisdicción contencioso administrativa<sup>36</sup>. En providencia del 28 de mayo de 2005<sup>37</sup>, en cambio, aplicando la cláusula general de competencia del artículo 75 de la ley 80, consideró que la jurisdicción competente era la contencioso administrativa, para conocer de la controversia generada por el incumplimiento de una póliza de seguro para enfermedades de alto riesgo de CAJANAL.

En conclusión, en cuanto al conocimiento del contencioso de la responsabilidad del Estado, dando aplicación al actual artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, se han presentado diferencias al interior de las decisiones del Consejo de Estado y en las del Consejo Superior de la Judicatura, Sala Disciplinaria, así como, entre las decisiones que adoptan, sobre la misma materia, cada una de tales corporaciones.

Al legislador le corresponde resolverlas” <sup>38</sup> (negritas del texto, subrayas no originales).

Con fundamento en las consideraciones precedentes se tiene que al modificarse la cláusula general de competencia prevista en el artículo 82 del C.C.A. y adoptarse sin asomo de duda un criterio orgánico, las normas restantes del Código Contencioso atributivas de competencias, deberán ser interpretadas a la luz de esta modificación. Lo contrario, tornaría nugatoria la importante enmienda introducida.

Ahora bien, el numeral 5º del artículo 132 del C.C.A. asignaba a esta jurisdicción el juzgamiento de los contratos de todas las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios sin atender a la naturaleza jurídica de la entidad y siempre y cuando la finalidad del contrato estuviese vinculada directamente a la prestación del servicio, pero luego de la modificación del artículo 82 *ibidem*, este precepto debe interpretarse bajo la óptica del *criterio orgánico*, como criterio rector de las competencias de la justicia administrativa y por lo mismo, el precepto está referido sólo a las entidades estatales prestadoras de servicios públicos.

En efecto, el párrafo del precepto que se comenta es claro en señalar:

---

<sup>35</sup> Consejo de Estado, Sala Plena, auto del 23 de septiembre de 1997, radicación S-701, actor: Diego Giraldo Londoño.

<sup>36</sup> En el mismo sentido se ha pronunciado la Sala Disciplinaria: auto del 11 de mayo de 2005, radicación: 110010102000 200500011 01 (2-24), respecto de una empresa de aseo; auto del 23 de febrero de 2005, radicación: 200500124 00/51.I.05, en relación con una empresa social del Estado; auto del cuatro de agosto de 2004, radicación: 110010102000 200401351 00, por el cobro de sanciones por el uso fraudulento de energía eléctrica. En el auto de 21 de julio de 2004, radicación 20041352 (79-17), atribuyó el conocimiento de una controversia contractual, originada en una contrato de una empresa de servicios públicos que contenía cláusulas excepcionales, a la jurisdicción contencioso administrativa.

<sup>37</sup> Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, auto del 18 de mayo de 2005, radicación: 110010102000200402222-00.

<sup>38</sup> Cfr. Exposición de motivos al proyecto de ley 69 de 2005 Senado, por la cual se modifica el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 30 de la ley 446 de 1998, en Gaceta del Congreso No. 538 del 18 de agosto de 2005, p. 31 y ss

“Parágrafo. Sin perjuicio de lo previsto en el presente artículo, se mantiene la vigencia en materia de competencia, de las Leyes 142 de 1994, 689 de 2001 y 712 de 2001.”

En materia de derogatorias la Ley 1107 estableció en su artículo 2º: “Derógase el artículo 30 de la Ley 446 de 1998 y las demás normas que le sean contrarias”. Dos son las hipótesis que previó el legislador en materia de derogatorias:

- i) Una *derogatoria expresa o directa*, al establecer claramente que dejaba sin efecto el artículo 30 de la ley 446 que -como se indicó - se contrae, por vía general, a señalar el objeto de la jurisdicción en lo contencioso administrativo al prever un nuevo criterio para la determinación de la cláusula general de competencia y
- ii) Una *derogatoria tácita o indirecta* como que sin establecerla expresamente, resulta de la efectiva constatación de que las normas anteriores sean “*contrarias*” al nuevo marco normativo.

Para determinar si existe una incompatibilidad (*derogatoria tácita*) entre la ley anterior (art. 132.5 del C.C.A.) y la ley posterior (Ley 1107) y estudiar la eventual aplicación del viejo aforismo romano conforme al cual *lex posterior derogat priori* -previsto en el derecho nacional en el artículo 2º de la Ley 153 de 1887 - se impone establecer si el citado numeral 5º del artículo 132 del C.C.A. es “*contrario*” o “*incompatible*” con la nueva cláusula general de competencia de esta jurisdicción por virtud de la Ley 1107.

Si bien el artículo 2º de la Ley 1107 sólo hace una referencia a una derogatoria expresa del artículo 30 de la Ley 446 de 1998, también señala que lo serán las “*demás normas que le sean contrarias*” y en este punto particular el numeral 5º del artículo 132 del C.C.A. efectivamente lo es, pues asignaba el juzgamiento de contratos de entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios sin atender su naturaleza jurídica y siempre y cuando su finalidad estuviese vinculada directamente a la prestación del servicio (*criterio funcional*), en cambio el nuevo artículo 82 del C.C.A. adopta -como ya se indicó - un criterio orgánico conforme al cual sólo se conoce de asuntos en los que intervenga una entidad estatal o un particular que desempeñe una función administrativa.

Y no puede invocarse que en materia de derogatorias quedaron a salvo todos los asuntos relativos a servicios públicos. El parágrafo del precepto que se comenta es claro en señalar: “Parágrafo. Sin perjuicio de lo previsto en el presente artículo, se mantiene la vigencia en materia de competencia, de las Leyes 142 de 1994, 689 de 2001 y 712 de 2001.”

Nótese como la disposición advierte que mantienen vigencia las normas “*en materia de competencia*” de las Leyes 142 y 689, que son muy pocas como ya se indicó y que en unas hipótesis asignan la competencia a la jurisdicción ordinaria, mientras que en otras la atribución es para la contencioso administrativa, así:

i) a los actos y contratos en los que se ejerciten cláusulas exorbitantes (artículo 31 inciso segundo de la Ley 142, modificado por el artículo 3º de la ley 689) estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa<sup>39</sup>;

---

<sup>39</sup> El texto original de la ley 142 fue declarado exequible: Corte Constitucional, sentencia C 066 de 1997, M.P. Morón Díaz.

ii) a las facultades especiales por la prestación de servicios públicos: uso del espacio público, ocupación temporal de inmuebles, promover la constitución de servidumbres o la enajenación forzosa de bienes que se requiera para la prestación del servicio, estarán sujetos al control de la jurisdicción en lo contencioso administrativo (art. 33 *ibid.*)<sup>40</sup>, y

iii) al cobro ejecutivo de deudas derivadas de la prestación del servicio público puede hacerse ante la jurisdicción ordinaria (art. 130 Ley 142);

En tal virtud y siguiendo el criterio sentado por la Sala<sup>41</sup>, se impone concluir que el numeral 5º del artículo 132 y el numeral 5º del artículo 134 B fueron derogados por el artículo 1º de la Ley 1107 de 2006.

En adelante la jurisdicción administrativa conoce de todos los contratos de las entidades prestadoras de servicios públicos de carácter estatal, tengan ellos o no vinculación directa con el servicio, en tanto esta exigencia desapareció del ordenamiento jurídico al adoptarse, como en efecto se adoptó, un criterio orgánico en el que resulta irrelevante la finalidad del contrato, en tanto esta responde al criterio material o funcional que se quiso justamente superar.

En otros términos, el marco legal descrito asigna a la jurisdicción en lo contencioso administrativo conocer de los contratos celebrados por entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios, sin que ahora se atienda a que su finalidad esté vinculada directamente a la prestación del servicio, pero siempre y cuando el prestador sea una entidad estatal.

Al descender las premisas anteriores al *sub lite* se tiene que al momento de suscribir el contrato cuyo incumplimiento se demanda, TELECOM era una empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional, vinculada al entonces Ministerio de Comunicaciones, con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonio propio e independiente, creada y organizada de acuerdo con las Leyes 6 de 1943 y 83 de 1945 y los Decretos 1684 de 1947, 1233 de 1950, 1184 de 1954, 1635 de 1960 y 3267 de 1963 y reestructurada mediante Decreto 2123 de 1992.<sup>42</sup> En consecuencia, como recientemente lo señaló la Sala, el juez del contrato es esta jurisdicción, de acuerdo con lo arriba expuesto.

Por manera que la jurisdicción administrativa conoce de la actividad contractual y precontractual de todas las entidades públicas, se sometan éstas últimas o no al estatuto de contratación estatal, en tanto se adoptó un criterio orgánico en el que resulta irrelevante el régimen de derecho aplicable<sup>43</sup>.

---

<sup>40</sup> Vid. Corte Constitucional, Sentencia C 558 de 2001, M.P. Jaime Araújo Rentarías. En esta providencia la Corte sostuvo que dichos derechos y prerrogativas de autoridad ejercidas por los prestadores de servicios públicos configuran el ejercicio excepcional por particulares de función administrativa, y prohijó de esta suerte criterio expresado por esta Sala: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 18 de marzo de 1999, Rad. 15685, M.P. Ricardo Hoyos Duque.

<sup>41</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de 8 de febrero de 2007, rad. 05001-23-31-000-1997-02637-01, C.P. Enrique Gil Botero; auto de 26 de marzo de 2007, rad. 66001233100020030016701 (25619), C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

<sup>42</sup> Por virtud del decreto 1615 del 12 de junio de 2003, se suprimió la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, Telecom y se ordenó su liquidación.

<sup>43</sup> Con arreglo a lo previsto en el artículo 2º de la Ley 226 de 1995 a los procesos de enajenación accionaria estatal no le son aplicables las normas propias de la Ley 80 de 1993. Sin embargo, como lo ha advertido la Sala, ello no implica un reenvío automático al derecho común, sino la sujeción a normas especiales de orden público perfiladas en la citada, en acato del artículo 60 CN, en el marco -en este caso además- de un actividad no sólo evidentemente administrativa sino

Así aunque el contrato celebrado no se rige por la Ley 80 de 1993, la decisión sobre la jurisdicción a la cual compete el juzgamiento de las controversias que surjan de ellos y cualquier duda al respecto quedó disipada con la expedición de la Ley 1107 que, como se indicó, adoptó un criterio orgánico, con lo que el legislador aclaró que asuntos como el que se debate es del conocimiento de esta jurisdicción.

La Sala es competente para conocer de la apelación dentro de este proceso, en virtud de lo dispuesto por los artículos 129 del Código Contencioso Administrativo y 13 del Reglamento del Consejo de Estado (Acuerdo 58 de 1999, modificado por el artículo 1º del Acuerdo 55 de 2003).

Este proceso tiene vocación de doble instancia dado que para el momento en el cual se propuso el recurso de apelación, la cuantía de la demanda alcanzaba aquélla exigida para que un proceso adelantado en ejercicio de la acción de controversias contractuales, tuviera alzada ante esta Corporación (Decreto 597 de 1988)<sup>44</sup>.

## **2. La nulidad absoluta de las cláusulas excepcionales del contrato SAI n°. GDVA 027 de 1995 y su declaratoria de oficio**

Por las circunstancias anteriormente analizadas, la controversia que se suscita con ocasión del Contrato SAI n°. GDVA 027 de 1995 se dirime por las reglas del derecho privado y, por tal motivo, las partes del contrato se encontraban en igualdad o paridad de condiciones.

De allí que no se pudieran pactar las denominadas **cláusulas excepcionales al derecho común**, esto es, la caducidad del contrato en forma unilateral, la terminación, modificación e interpretación unilaterales del contrato, según la Ley 80 de 1993, vigente para la época de celebración del contrato objeto de la presente litis.

Estipulaciones que resultan ajenas a las facultades que los contratantes pueden ejercer dentro de un contrato sujeto al derecho común y le otorgan a la Administración prerrogativas que rompen el principio de igualdad entre las partes.

Sin embargo, repara la Sala que en el citado contrato SAI se incluyeron facultades contempladas por el régimen legal para los contratos estatales sometidos a las normas de derecho público de la Ley 80 de 1993, como son las cláusulas de caducidad del contrato, modificación, interpretación y terminación unilaterales y la de imposición directa y unilateralmente por una de las partes (entidad estatal contratante) de la cláusula penal.

Esas facultades excepcionales son insólitas en los contratos de derecho privado celebrados entre particulares y regidos por las normas del Código Civil y del Código de Comercio, régimen jurídico al cual, como se explicó, estaban sujetas las

---

también de intervención económica, vid. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 3 de febrero de 2010, rad. 1100-10-326-000-20010-0015-01 (19.526), C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

<sup>44</sup> La cuantía para que un proceso de controversias contractuales en el año de 1997 y cuyo recurso se hubiera propuesto antes de la vigencia de la Ley 446 de 1998 (lo cual ocurrió el 28 de abril de 2005 por virtud de lo dispuesto en la Ley 954 de 2005), tuviera vocación de segunda instancia ante esta Corporación era de \$13.460.000,00 y la mayor de las pretensiones de la demanda con la cual se inició este proceso asciende a la suma \$24.517.705, 74 solicitada como perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante en favor del demandante.

entidades estatales que prestan los servicios públicos domiciliarios y que tuvieron por objeto la prestación de esos servicios para la fecha del contrato origen de esta controversia.

En efecto, con arreglo al artículo 31 de la Ley 142 de 1994, vigente a la época de los hechos<sup>45</sup>, los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos, y que tengan por objeto la prestación de esos servicios, se regían por el párrafo 1 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, esto es, por el derecho privado.

Este precepto se explica en que el “legislador plasmó a lo largo del articulado de la ley de servicios públicos una filosofía eminentemente comercial para la prestación de esta clase de servicios, complementada con una política de desregularización, que necesariamente plantea esquemas de competencia, en los cuales se exige que los distintos agentes económicos estén situados en un nivel de igualdad” (se subraya)<sup>46</sup>.

Al estudiar el alcance de esta disposición, la Sala de Consulta y Servicio Civil puso de presente que: “Las razones expuestas son suficientes para llegar a la conclusión de que el régimen de contratación aplicable a las personas prestadoras de servicios públicos, incluyendo a los municipios y a las entidades descentralizadas cuyo objeto a contratar sea la prestación de uno de dichos servicios, es el previsto por el derecho privado, con la excepción de la misma Ley 142 y del contrato de concesión, en la forma ya expresada (...)”<sup>2</sup>.

En acato al marco legal y el alcance fijado por la jurisprudencia, el régimen contractual de derecho privado de los prestadores de servicios públicos de que trata la ley de servicios públicos, se fijó en función del objeto de los operadores, de manera que debía guardarse una relación de medio a fin.

A su vez, la Corte Constitucional al estudiar una demanda de inconstitucionalidad contra el citado precepto dejó en claro que:

“(..) el Constituyente dejó en manos de la ley, sin tener en cuenta su pertenencia un régimen de derecho público o privado, la fijación de las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de tales servicios, su cobertura, calidad, financiación, tarifas etc. Luego el legislador, en uso de la facultad constitucional consagrada en los artículos 365 y 367 de la Carta, expidió en el año de 1994 de la ley 142 y entregó a las normas que regulan la conducta de los particulares la forma de actuar y contratar de las empresas prestadoras de los servicios tantas veces citados, sin transgredir con ello la normatividad superior.

(...) Tampoco desbordó el legislador la competencia dada por el Constituyente para expedir el estatuto general de la contratación de la administración pública, toda vez que el régimen de contratos organizado en la Ley 142 de 1994 no es de la administración pública, sino de los servicios públicos domiciliarios que pueden ser prestador bien por ella, bien por sociedades por acciones, personas naturales o jurídicas privadas, organizaciones y entidades autorizadas, entidades descentralizadas etc. (

---

<sup>45</sup> Modificado por el artículo 3º de la Ley 689 de 2001. Hoy el régimen de contratación de los operadores de TPBC es también de derecho privado al tenor del artículo 55 de la Ley 1341 de 2009.

<sup>46</sup> Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, concepto SSPD 0019 de 2000 disponible en [www.superservicios.gov.co](http://www.superservicios.gov.co)

<sup>2</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 19 de julio de 1995, radicación No.704, CP Roberto Suárez Franco.

ver artículo 15 de la Ley). Entonces, la ley 80 de 1993 no podía cubrir a todas las personas en posibilidad de prestar los servicios públicos domiciliarios, por ello fue necesario dictar una reglamentación especial sobre la materia y está nada tiene que ver con el inciso final del artículo 150 de la Carta, sino con los artículos 365 y 367 de la misma, directos depositantes de tal facultad en el legislador (...)<sup>47</sup>

Con todo, el inciso segundo del citado artículo 31 de la Ley 142 dispuso que las comisiones de Regulación pueden hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cláusulas exorbitantes y podían facultar, previa consulta expresa, que se incluyan en los demás. Al tenor del mencionado texto legal cuando la inclusión fuese forzosa todo lo relativo a tales cláusulas se regiría, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos en los que se ejerciten esas facultades estarán sujetas al control de la jurisdicción Contencioso Administrativa.

En el sector de telecomunicaciones, ello vino a tener lugar por virtud del artículo 2-26 de la Resolución CRT 087 de septiembre 15 de 1997<sup>48</sup>, luego retomada por el artículo 2.6.1 la misma norma de la Resolución CRT 575 de 13 de diciembre de 2002<sup>49</sup>, de manera general. Y para el caso particular de Telecom, por virtud de la Resolución CRT 522 de 2002, dicho ente regulador autorizó la introducción de cláusulas excepcionales en los contratos para la instalación, funcionamiento, operación, mantenimiento y administración de los Centros Integrados de Telefonía Social (CITS).

Nótese que se trata de todos actos administrativos que no resultan aplicables al contrato en estudio, ya que no sólo fueron expedidos con posterioridad a su celebración y ejecución del contrato, sino que además no cobijan el negocio jurídico que se estudia.

Ahora, si bien es cierto que en los contratos celebrados por la administración regidos sólo por el derecho privado, no se cuestiona la posibilidad de que las partes pacten la cláusula de multas o la cláusula penal<sup>50</sup>, dado que tales

---

<sup>47</sup> Corte Constitucional en Sentencia C-066 de 1997, MP Morón Díaz.

<sup>48</sup> ARTICULO 2-26. INCLUSION DE CLAUSULAS EXORBITANTES. Todos los Operadores de TPBC sometidas a la regulación de la CRT deberán incluir las cláusulas exorbitantes o excepcionales al derecho común de terminación, modificación o interpretación unilaterales del contrato, de sometimiento a las leyes nacionales, de caducidad administrativa y de revisión, en los contratos de obra, de consultoría y suministro de bienes, cuyo objeto esté directamente relacionado con la prestación del servicio y su incumplimiento pueda acarrear como consecuencia directa la interrupción en la prestación del mismo.

ARTICULO 2-27. RÉGIMEN APLICABLE A LAS CLAUSULAS EXORBITANTES. En los casos señalados en los Artículos anteriores, todo lo relativo a las Cláusulas Exorbitantes se regirá por lo dispuesto en lo pertinente, en la Ley 80 de 1993; los actos en que se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

<sup>49</sup> ARTICULO 2.6.1 INCLUSION DE CLAUSULAS EXORBITANTES. Todos los Operadores de TPBC sometidos a la regulación de la CRT deberán incluir las cláusulas exorbitantes o excepcionales al derecho común de terminación, modificación o interpretación unilaterales del contrato, de sometimiento a las leyes nacionales, de caducidad administrativa y de revisión, en los contratos de obra, de consultoría y suministro de bienes, cuyo objeto esté directamente relacionado con la prestación del servicio y su incumplimiento pueda acarrear como consecuencia directa la interrupción en la prestación del mismo.

ARTICULO 2.6.2 RÉGIMEN APLICABLE A LAS CLAUSULAS EXORBITANTES. En los casos señalados en los artículos anteriores, todo lo relativo a las Cláusulas Exorbitantes se regirá por lo dispuesto en lo pertinente, en la Ley 80 de 1993; los actos en que se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

<sup>50</sup> Son sanciones que no son extrañas a los contratos del derecho privado, dado que en ese régimen las partes pueden legalmente pactarlas, pero que fueron adoptadas por la contratación administrativa, otorgándole a la entidad contratante en un contrato administrativo la facultad de imponerlas directamente, a diferencia de lo que sucede en los contratos entre

estipulaciones en ejercicio de la autonomía de la voluntad son de uso común y válidas en dicho régimen, no lo es menos que la administración cuando actúa en pie de igualdad con los particulares no puede declarar directamente el incumplimiento (total o parcial) del contrato e imponer y hacer efectiva unilateralmente una sanción mediante un acto administrativo, ni menos aún puede decretar la caducidad del contrato, pues tales potestades exorbitantes no le fueron atribuidas o autorizadas en las normas civiles o comerciales, ni como ocurre en el caso concreto en la citada Ley 142 de 1994.

Sobre el particular, conviene traer a colación el criterio expuesto por la Sección en el sentido de que resulta nula por objeto ilícito la cláusula que se incluye en un contrato sometido al derecho privado cuando comporta un poder exorbitante no autorizado, dada la violación de las normas imperativas y de orden público que establecen las competencias de la Administración:

**“Específicamente en materia de contratación estatal, campo de actuación de la Administración en el que las competencias también deben estar específicamente determinadas, ha sido una constante la exigencia del cumplimiento del principio de legalidad en el ámbito de las prerrogativas del Poder Público, a tal punto, **que resulta inconcebible el ejercicio de una facultad exorbitante o excepcional que no esté expresamente atribuida por la ley; se trata pues, de facultades regladas que la Administración debe ejercer de conformidad con los procedimientos establecidos por el ordenamiento jurídico y respetando los límites impuestos por el mismo.****

(...) observa la Sala que de acuerdo con la normatividad aplicable al contrato celebrado por las partes [derecho privado] y que ya fue objeto de análisis en otro capítulo, surge de manera evidente el hecho de que el Gerente de la Industria Licorera de Caldas, empresa industrial y comercial de este Departamento, **no tenía competencia para incluir en el negocio jurídico de venta y distribución de licores que suscribió con la sociedad D’Costa S.A. en 1987, la cláusula de caducidad del contrato, tal y como lo hizo; dado que las normas sobre competencia son de orden público y la entidad demandada las quebrantó con dicha cláusula, esta estipulación contiene un objeto ilícito, que la vicia de nulidad absoluta y autoriza por lo tanto al juez del contrato, toda vez que se hallan presentes en el proceso las partes del mismo, para declararla oficiosamente, como en efecto lo hará la Sala...**”<sup>51</sup> (negrilla ajena al texto original).

En tal virtud, siguiendo la tesis de la jurisprudencia transcrita<sup>52</sup>, es válido afirmar que de acuerdo al régimen privado que rige la actividad de los prestadores de servicios públicos, cláusulas exorbitantes contenidas en contratos como el que ocupa la atención de la Sala –administración a través del sistema SAI - están

---

particulares, en los cuales éstos, frente al incumplimiento contractual de la otra parte, deben acudir al juez del contrato para que sea él quien determine la existencia, extensión y consecuencias del alegado incumplimiento.

<sup>51</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 16 de febrero de 2006, exp. 13.414, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

<sup>52</sup> Ver en sentido similar: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 19 de agosto de 2004, exp. 12.342, Ramiro Saavedra Becerra; sentencia de 7 de octubre de 2009, exp. 18.496, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

viciadas de ilegalidad, por violación de normas imperativas y de orden público<sup>53</sup> y falta de disposición o de competencia, pues se trata de una materia que “...es del resorte exclusivo del legislador y no puede tener origen en estipulaciones negociables...”<sup>54</sup>

Recuérdese que los poderes excepcionales al derecho común, únicamente pueden ser ejercidos en los casos y en las condiciones que la ley autoriza a las entidades públicas, habida cuenta de que está por fuera de discusión que todas las actuaciones del Estado se rigen por el **principio de legalidad**, según el cual los servidores públicos sólo pueden ejercer las funciones a ellos asignadas específicamente en la Constitución Política, la ley y el reglamento y por lo mismo, son responsables por infringir estas normativas y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones (artículos 6º, 121 y 122 superiores).

Es obligada inferencia de lo que se viene considerando que la situación descrita acarrea la invalidez de las cláusulas correspondientes, al configurarse la causal de **nulidad absoluta por objeto ilícito** (artículos 1502, 1519 y 1741 del Código Civil), en tanto conlleva el ejercicio de funciones no asignadas por la Constitución o la ley a la Administración y vulneran el orden jurídico que por razones superiores y en interés general fija límites y restringe la autonomía de la voluntad en este ámbito.

En efecto, según las voces del artículo 16 del CC no podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres. En consonancia con este mandato el artículo 1519 *eiusdem* dispone que hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la Nación. Finalmente, el artículo 1741 *ibídem* establece que constituye nulidad absoluta, aquella producida por un objeto o causa ilícita.

Así mismo, en los términos del artículo 899 del Código de Comercio será nulo absolutamente el negocio jurídico cuando contraría una norma imperativa o cuando tenga objeto o causa ilícitos.

Por su parte, el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo (modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998) faculta al juez administrativo para **declarar de oficio la nulidad absoluta del contrato**, cuando esté plenamente demostrada en el proceso y siempre que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes, nulidad absoluta que puede recaer sobre la totalidad del contrato o sobre alguna o algunas de sus cláusulas.

En armonía con este texto legal, el artículo 1742 del Código Civil, subrogado por el artículo 2º de la Ley 50 de 1936, prescribe que la nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato.

Es conveniente resaltar que las previsiones legales que ante este evento autorizan el ejercicio de facultades oficiosas al juez, están revestidas de toda lógica en el mundo del derecho, por cuanto el pronunciamiento judicial sobre un contrato y sus incidencias implica la ausencia de vicios que comporten la nulidad absoluta del

---

<sup>53</sup> La Sección ha tenido oportunidad de pronunciarse en múltiples ocasiones sobre la naturaleza de orden público de las normas que regulan la contratación de las entidades estatales. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 1 de agosto de 2002, exp. 21041, actor: Electrificadora del Atlántico S.A. E.S.P.

<sup>54</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 21 de octubre de 1994, exp. 9.288.

contrato o negocio jurídico o de cualquiera de sus estipulaciones, como son el recaer, entre otros, en objeto ilícito, causal que está prevista en la legislación para salvaguardar el orden jurídico en aspectos de interés general.

De acuerdo con tal planteamiento es lógico concluir que pugna con el orden jurídico cualquier decisión judicial en relación con un contrato que esté afectado total o parcialmente por un vicio de nulidad absoluta, en la que no se declare esta sanción legal (art. 6 C.C.).

Así las cosas, el juez administrativo no sólo está facultado sino que tiene el deber de declarar oficiosamente la sanción legal de la nulidad absoluta del contrato o de alguna de sus estipulaciones, aunque no exista petición de parte, en cualquiera de las instancias, cuando aparezca plenamente demostrada en el proceso y en él intervengan las partes o sus causahabientes.

Conforme a lo anterior, advierte la Sala que las cláusulas décima sexta – modificación, interpretación y terminación unilaterales - y décima octava – caducidad administrativa - del contrato, en tanto facultan a la administración contratante para imponerlas o declararlas unilateralmente, adolecen de un **vicio de nulidad absoluta por objeto ilícito**, al contravenir normas de derecho público y de carácter imperativo.

En consecuencia, en ejercicio de sus facultades legales, **de oficio** se declarará nulas las facultades de declaratoria de caducidad y a la terminación, modificación e interpretación unilaterales se declararán totalmente nulas<sup>55</sup>.

En otros términos, la Sala en el presente caso procederá a declarar en forma parcial la nulidad del Contrato SAI n°. GDVA 027 de 1995 en relación con las cláusulas décima sexta - modificación, interpretación y terminación unilaterales - y décima octava -caducidad administrativa-, en los términos indicados atrás.

### 3. Hechos probados

En cuanto al problema jurídico por resolver, el acervo probatorio muestra:

3.1 Que el Sistema de Atención Indirecta "S.A.I." está constituido por puntos de venta de los servicios de telecomunicaciones prestados por Telecom, los cuales son atendidos por personas naturales o jurídicas en calidad de empresarios independientes, que para dichos efectos se denominan Agentes. Dicho sistema comprende las siguientes modalidades de administración: -C.T. Centro de Telecomunicaciones, -T.C.C. Teléfono Comunitario Compartido, -T.G. Telegráfico, según da cuenta la Resolución No. 10000-0800 de 5 de febrero de 1993<sup>56</sup> (copia fls. 12 a 36 c.1).

---

<sup>55</sup> El artículo 902 del estatuto mercantil preceptúa que la nulidad parcial de un negocio jurídico, o la nulidad de alguna de sus cláusulas, sólo acarreará la nulidad de todo el negocio cuando aparezca que las partes no lo habrían celebrado sin la estipulación o parte viciada de nulidad".

<sup>56</sup> En el plenario también obra copia auténtica de: (i) la Resolución JD 0088 de 9 de septiembre de 1991, por la cual se actualizan los procedimientos para la adopción de la modalidad de prestación de servicios en forma compartida; (ii) la Resolución JD 0023 de 13 de febrero de 1992, por la cual se cambian los procedimientos para la adopción de la modalidad de prestación de servicios de Agencias Indirectas en un nuevo sistema denominado SAI, en cuyo artículo 2º se indica que "[p]ara efectos de esta resolución defínese como suscriptor SAI –Sistema de Atención Indirecta- a la persona natural o jurídica que en calidad de agente de Telecom colabora con ésta en la atención de los servicios descritos en el artículo anterior [Telefonía urbana con conexión a Larga Distancia, Telefonía Larga Distancia utilizando teléfonos públicos y demás servicios de telecomunicaciones]. El suscriptor SAI no asume ni directa ni indirectamente la titularidad en la prestación de los servicios de telecomunicaciones, las cuales están a cargo de Telecom (...); (iii) la

Que de conformidad con el artículo 2º de la citada Resolución los servicios que Telecom puede prestar desde un S.A.I. son los siguientes:

- (i) Telefonía rural de larga distancia,
- (ii) Telefonía urbana con conexión a Larga Distancia,
- (iii) Telefonía de Larga Distancia utilizando teléfonos públicos,
- (iv) Facsímil y
- (v) Telegrafía.

Este mismo acto administrativo regula la forma de remuneración al agente por colaborar con Telecom en la atención de los servicios, lo mismo que las tarifas de los mismos.

3.2 Que Tele Costa Express Ltda. fue constituida mediante Escritura Pública No. 1503 de 22 de agosto de 1995 y dentro de su objeto social se encuentra "Prestar los siguientes servicios al público como agente indirecto en la modalidad denominada por Telecom como S.A.I. 'Sistema de Atención Indirecta': a) Telefonía urbana de conexión a larga distancia; b) Telefonía larga distancia utilizando [teléfonos] públicos; c) los demás servicios de telecomunicaciones (...)" según da cuenta el original del Certificado de existencia y representación legal No. 0205396, expedido por el 24 de agosto de 1999 por la Cámara de Comercio de Valledupar (original fls. 9 y 10 c.1).

3.3 Que Telecom adjudicó a Tele Costa Express Ltda. en administración S.A.I. la oficina en el municipio de la Jagua de Ibirico (Cesar), según da cuenta el original del oficio 22010011-1255 de 22 de agosto de 1995 suscrito por el Gerente Departamental y dirigido a Junio Alexander Teherán (fl. 4 c. 1).

3.4 Que la Empresa Nacional de Telecomunicaciones y la Sociedad Telecosta Express Ltda. -representada por su Gerente Señor Junior Alexander Teherán Molina - celebraron el 29 de agosto de 1995 el contrato No. GDVA-027 para la administración de una oficina, a través del Sistema de Atención Indirecta (S.A.I.), según da cuenta copia auténtica del mismo que obra en el plenario ( fls. 185 a 188 c. 1)<sup>57</sup>.

El objeto de este contrato quedó consignado en la cláusula primera en los siguientes términos:

"El objeto de este contrato es regular los derechos y las obligaciones recíprocas entre las partes, para la administración de la oficina a través del Sistema de Atención Indirecta 'S.A.I.' en la modalidad C.T. 'Centro de Telecomunicaciones', en el municipio de La Jagua, edificio de propiedad de Telecom, donde se atenderán los siguientes servicios: Telefonía Urbana con conexión de larga distancia, por los abonados indicados en el anexo suministrado por la Sección de Atención al Cliente, los cuales dependen de la Central Telefónica de propiedad de Telecom, indicada en los términos de referencia (Cap.

---

Resolución JD 0054 de 27 de febrero de 1992, por medio de la cual se reglamenta la atención del servicio telegráfico por el Sistema de Atención Indirecta SAI y (iv) Resolución 00010000-820 de 23 de diciembre de 1993, por la cual se adopta el Manual de normas de operación telegráfica y facsímil expedidas por Telecom.

<sup>57</sup> Remitido mediante oficio 20001205-00001664 de 19 de julio de 2000 por el Gerente Departamental Cesar de Telecom (fls.176 a 189 c.1).

II Numeral 2.3.1.)<sup>58</sup> que hacen parte integrante de este contrato” (fl. 185 y reverso c.1)

3.5 Que mediante Resolución n° 20001200-00049 de 2 de julio de 1997 Telecom ordenó el cobro de las facturas dejadas de cancelar “por el contratista Junior Alexander Teherán Molina (...) correspondientes al saldo de los meses de julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 1996 y facturas de enero y febrero 1997, por valor de \$38.816.640, oo, como consecuencia del Contrato No. GRVA-0111-93, para la atención de los servicios que presta Telecom a través de la modalidad C.T. Centro de Telecomunicaciones desde un SAI, esto es, servicio de telefonía urbana con conexión a larga distancia, en la Terminal de Transporte del Municipio de Valledupar, Cesar” (copia auténtica, fls.61 y 62 c.1).

3.6 Que en comunicación de 4 de agosto de 1999 la Gerencia Departamental del Cesar de Telecom le indicó al contratista que según “la cláusula quinta [del contrato SAI No. GDA 027/95] se indicaba que el Contrato podía prorrogarse en forma escrita, lo cual no ocurrió y por lo tanto su terminación se dio a su vencimiento y no fue prorrogado”.

En la misma comunicación Telecom señaló que dicho contrato no fue prorrogado en razón a que “para la época de los hechos éste incumplió reiteradamente el contrato GDVA-0011 de 1993 para prestar servicios en el sistema SAI-CT en el punto Terminal de Transportes en Valledupar, a tal punto de que fue objeto de denuncia penal por presunto peculado por extensión en octubre de 1997, además de haberle declarado el siniestro ordenando hacer efectivas las garantías mediante resolución No. 20001200-00049 del 2 de julio de 1997, la cual fue notificada personalmente el día 27 de agosto de 1997 (...) el mismo señor Teherán Molina excontratista de Telecom, reconoce su incumplimiento y solicita se le haga cruce de cuentas para cubrir las deudas del SAI Terminal de Transporte con la participación de la Administración SAI de la Jagua de Ibirico, según consta en su escrito del 1 de abril de 1997, resultado que con dicho procedimiento no alcanzó a cancelar la deuda (...)”.

Y en ese mismo escrito al referirse a la retribución por participación de la Administración se aseguró que “nos acogimos a su escrito del 1 de abril de 1997 mediante el cual usted solicitó expresamente el cruce de cuentas para con la participación por concepto de la Administración SAI de la Jagua de Ibirico según contrato GDVA-027, cancelar la deuda pendiente del SAI –Terminal en Valledupar y como consecuencia la Empresa procedió una vez recibidas las cuentas y realizado el trámite de cancelación de participaciones, a realizar los cruces respectivos (...) Esta empresa no puede reconocer sumas o valores que no debe y por el contrario estará atenta a tomar las medidas coercitivas que la ley establece para recuperar dineros que le pertenecen como entidad pública de las cuales se apropia el excontratista, con el agravante de que cobra lo no debido”. Con fundamento en ello negó el reconocimiento y pago de los \$24.517.705,74 reclamados (copia fl. 67 c.1).

No obstante lo anterior, y si bien de conformidad con la cláusula quince del contrato n°. GDVA-027 de 1995, el plazo de duración era de “dos (2) años, prorrogable en forma escrita, previa verificación del cumplimiento de las obligaciones por parte del agente (...)” (fl. 186 reverso c. 1) y al hacerlo se pactó que fuese por escrito, lo cierto es que la Sala aprecia que la sola formación del

---

<sup>58</sup> Los términos de referencia no obran en el expediente.

consentimiento bastó para dar a la vida jurídica la prórroga tácita del contrato en comento.

Ello se desprende del comportamiento y la conducta adoptada por las partes. Así mediante comunicación 20001240-0142 de 10 de mayo de 1998 Telecom devolvió a Telecosta Express la cuenta de cobro telefónica local del mes de diciembre de 1997, esto es varios meses después de finalizado el plazo de dos años acordado, y al hacerlo señaló que lo hacía “debido a que la cuenta presenta inconsistencia en la suma de los conceptos (tarifa básica, larga distancia y valor impulsos), así mismo la plantilla 325 carece de soporte copia de la consignación” en la misma se indica que le agradecen “nos la envíe la más pronto posible” (original, fl. 37 c. 1).

Este elemento de convicción resulta para la Sala suficiente para establecer que efectivamente el contrato *sub examine* fue prorrogado tácitamente. Pues si bien se trata de una prueba aislada, que no pudo ser corroborada con otros medios de convicción, como son las declaraciones recibidas en este proceso<sup>59</sup>, resulta suficiente para dar cuenta de que la conducta basta para acreditar que la prórroga se dio con el simple consentimiento de las partes, la cual se revela en esta comunicación en la que la entidad contratante le devuelve la cuenta de cobro de un mes en que tuvo lugar la prórroga alegada por el actor, “debido a que la cuenta presenta inconsistencia en la suma de los conceptos” y además le solicita al contratista que se la “envíe lo más pronto posible”.

No se olvide que uno de los rasgos distintivos de la hermenéutica del negocio jurídico estriba justamente en “la imperiosa necesidad del intérprete de los contratos de considerar los comportamientos, conductas y declaraciones congruentes de las partes, que se presentan por fuera del texto contractual, como contrato en sí y como objeto mismo del proceso interpretativo, aún cuando estén en contra de lo que el texto contractual indica”<sup>60</sup>.

En tal virtud, no queda duda para la Sala de que el contrato *sub examine* fue objeto de prórroga.

3.7 Que en comunicación de 27 de junio de 1999 dirigida a Telecom, Tele Costa Express Ltda. solicitó el reconocimiento y pago de las facturas de abril de 1997 a noviembre de 1998, las cuales según ese escrito ascendían a \$24.517.705,74. En la misma comunicación se lee: “Según la cláusula quinta el contrato fue celebrado por dos años prorrogables en forma escrita; lo cual no sucedió, ni se dieron las circunstancias anotadas, para darlo por concluido; no obstante ello, no quiere decir que ustedes no deban indemnizar (...)” (copia al carbón fl. 9 c. 1).

---

<sup>59</sup> En el proceso declaró Sara Elena Amaya Arias luego de afirmar que sabía por intermedio de un tercero (“Nando” Ojeda que era empleado del señor Junior Alexander Teherán Molina) que entre este último y Telecom se había suscrito un contrato, agregó que no tenía conocimiento de cuál era el plazo del mismo y categóricamente indicó que “no conocía las condiciones del contrato”. Al preguntársele que más sabía de ese contrato, señaló que “Yo no se más nada del contrato” (fls. 140 y 141 c.1). Se trata, no sólo de un testimonio de oídas, cuya fuerza probatoria y eficacia, en principio, es muy reducida, sino que además dice desconocer las condiciones en que se celebró y ejecutó el contrato.

De otro lado, si bien Arnaldo Ojeda Gómez en su declaración aseguró que conoce al demandante por haber sido el administrador del SAI “desde el 21 de septiembre de 1995 hasta octubre 2 de 1998” (fls. 142 a 143 c.1), se trata de una declaración que muestra claramente el ánimo de favorecer decididamente los intereses de la parte actora, en tanto resulta implicada –aunque sea indirectamente– en lo que se decida en este proceso, por lo que resulta sospechosa. Además aún si se pudiera darle crédito, su dicho no da cuenta de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en los cuales ha debido tener lugar la alegada prórroga.

<sup>60</sup> Franco V., Diego, *Introducción a la interpretación de los contratos*, Estratto da “Roma E America Diritto Romano Comune” 21/2006, Mucchi Editore, p.137.

3.8 Que a la terminación del contrato del Señor Junio Alexander Teherán Molina, en el municipio de la Jagua de Ibirico, se encontraban en servicio 539 líneas telefónicas, según da cuenta certificación suscrita por la Jefatura de la Sección de Atención al Cliente de Telecom en Cesar remitida al proceso mediante oficio 20001205-00001664 de 19 de julio de 2000 el Gerente Departamental Cesar de Telecom (fls. 176 a 178 c.1).

3.9 Que Sara Elena Amaya Arias reemplazó al demandante en la administración del SAI, en el municipio de la Jagua de Ibirico, según da cuenta tanto la certificación remitida al proceso suscrita por la Jefatura de la Sección de Atención al Cliente de Telecom en Cesar y el Contrato GDVA-000309 de septiembre 25 de 1998<sup>61</sup> (copia auténtica fls. 176 a 178 c.1).

#### **4. Del alegado incumplimiento del contrato y su prórroga**

El demandante afirmó que con el incumplimiento del contrato GDVA 027 y su prórroga por parte de Telecom sufrió los perjuicios indicados en sus pretensiones (los cuales ascienden a \$24.517.705,74), y para probar la materialidad de los daños y su cuantía, así como que presentó precios reales ajustados al mercado, entre otros aspectos, solicitó la práctica de una inspección judicial con exhibición de documentos para determinar:

- (i) la existencia de los recaudos correspondientes a la facturación del período mayo de 1996 a mayo de 1998;
- (ii) si los recaudos correspondientes a dicha facturación le fueron cancelados al demandante;
- (iii) si el procedimiento utilizado por Telecom para la cancelación de lo recaudado fue con base en porcentajes del 50% de tarifa básica, el 10% de discado nacional e internacional;
- (iv) la existencia de las facturas 001 a la 23 y si lo recaudado en ellas corresponde a lo contabilizado por la empresa Telecom;
- (v) cuántas líneas telefónicas existían al momento de la terminación del contrato en el municipio de la Jagua de Ibirico;
- (vi) quién reemplazó al demandante en la administración del SAI CT en la Jagua de Ibirico y cuándo lo reemplazó;
- (vii) el recaudo en el movimiento de caja correspondiente a la cuenta 24420000887 abierta en la Caja Agraria de la Jagua de Ibirico y en lo pertinente a lo dejado de cancelar al demandante y correspondiente a la facturación de los meses señalados en la demanda;
- (viii) hasta qué época el demandante administró el SAI de La Jagua de Ibirico y qué persona lo reemplazó;
- (ix) la existencia del contrato GDVA 027 del 29 de agosto de 1995 y de la resolución 000100000800 de febrero 5 de 1993.

El Juez *a quo* decidió “en lugar de la inspección judicial con exhibición de documentos pedida por la parte actora” decretar las siguientes pruebas:

(a) Solicitar al Gerente de Telecom para que certificara sobre los puntos a que se refieren los ordinales e, f y h y el acápite de “inspección judicial con exhibición de documentos”. Además dispuso expedir fotocopia auténtica del referido contrato<sup>62</sup>;

<sup>61</sup> Remitido mediante oficio 20001205-00001664 de 19 de julio de 2000 por el gerente departamental Cesar de Telecom (fls.176 a 189 c.1).

<sup>62</sup> El punto e) refería a determinar cuántas líneas telefónicas existían al momento de la terminación del contrato en el municipio de la Jagua de Ibirico; el punto f) alude a establecer quién reemplazó al demandante en la administración del

(b) Decretó un dictamen pericial para determinar los puntos a que se refiere el acápite de "inspección judicial con exhibición de documentos" en los ordinales a, b, c, d y g<sup>63</sup>.

Es así como, dentro del proceso obra en el cuaderno 1 (fls. 116 a 123), el dictamen pericial rendido el 22 de agosto de 2000. Para la Sala el dictamen pericial presentado no tiene el mérito ni resulta idóneo para acreditar los aspectos que se sometieron al concepto de los peritos, según se deduce de las siguientes consideraciones:

4.1 De conformidad con el artículo 233 del Código de Procedimiento Civil, **la peritación** como medio de prueba es procedente para verificar hechos que interesen al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos.

Conviene advertir que el perito debe informarle razonadamente al juez lo que de acuerdo con esos conocimientos especializados sepa de los hechos -y no cuestiones de derecho - que se sometan a su consideración, sin importarle a cuál de la partes beneficia o perjudica. Debe precisarse también que su dictamen debe ser **personal**<sup>64</sup> y contener **conceptos propios** sobre las materias objeto de examen y no de otras personas, por autorizadas que sean, sin perjuicio de que pueda utilizar auxiliares o solicitar por su cuenta el concurso de otros técnicos, bajo su dirección y responsabilidad (numeral 2 del artículo 237 del C. de P. Civil.).

Para su eficacia probatoria el peritazgo debe reunir ciertas **condiciones de contenido** como son la conducencia en relación con el hecho por probar; que el perito sea competente, es decir, un verdadero experto para el desempeño del cargo; que no exista un motivo serio para dudar de su imparcialidad; que no se haya probado una objeción por error grave; que el dictamen esté debidamente fundamentado y sus conclusiones sean claras firmes y consecuencia de las razones expuestas; que haya surtido contradicción; que no exista retracto del mismo por parte del perito y en fin que otras pruebas no lo desvirtúen.<sup>65</sup>

Por lo demás, el dictamen del perito debe ser claro, preciso y detallado, en él se deben explicar los exámenes, experimentos e investigaciones efectuadas, lo

---

SAI CT en la Jagua de Ibirico y cuándo lo reemplazó y finalmente el punto h) atañe a constatar hasta qué época el demandante administró el SAI La Jagua de Ibirico y qué persona lo reemplazó. Como ya se indicó mediante oficio 20001205-00001664 de 19 de julio de 2000 el Gerente Departamental Cesar de Telecom informó al efecto lo siguiente: "Anexo oficio No. 20001230-00204 del 13 de julio de 2000 suscrito por la Jefe Sección Atención al Cliente, donde informa que a la terminación del contrato del Señor Junior Alexander Teherán Molina, en el municipio de la Jagua de Ibirico, se encontraban en servicio 539 líneas telefónicas instaladas, según cuadro anexo" (fls.176 a 189 c.1).

<sup>63</sup> El literal a) dice relación con la existencia de los recaudos correspondientes a la facturación del período mayo de 1996 a mayo de 1998; el literal c) concierne a establecer si el procedimiento utilizado por Telecom para la cancelación de lo recaudado fue con base en porcentajes del 50% de tarifa básica, el 10% de discado nacional e internacional; el literal d) se refería a determinar la existencia de las facturas 001 a la 23 y si lo recaudado en ellas corresponde a lo contabilizado por la empresa Telecom y finalmente el g) alude a que se determine el recaudo en el movimiento de caja correspondiente a la cuenta 24420000887 abierta en la Caja Agraria de la Jagua de Ibirico y en lo pertinente a lo dejado de cancelar al demandante y correspondiente a la facturación de los meses señalados en la demanda.

<sup>64</sup> Devis Echandía, Hernando, *Compendio de Derecho Procesal, Tomo II, Pruebas Judiciales*, Editorial ABC, 1984, pp. 339 y ss.

<sup>65</sup> Devis Echandía, Hernando, *Ob. Cit.* pp. 346 a 350 y ss.

mismo que los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de las conclusiones (numeral 6 del artículo 237 *eiusdem*).

Ahora bien, el artículo 241 *ibídem* señala que al valorar o apreciar el juez el dictamen de los peritos tendrá en cuenta la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, la competencia de los peritos y los demás elementos probatorios que obren en el proceso. Con esto se quiere significar que **el juez es autónomo para valorar el dictamen** y verificar la lógica de sus fundamentos y resultados, toda vez que el perito es un auxiliar de la justicia, pero él no la imparte ni la administra, de manera que el juez no está obligado a “...aceptar ciegamente las conclusiones de los peritos, pues si ello fuese así, estos serían falladores...”<sup>66</sup>.

Por cierto, “si el perito se limita a emitir su concepto, sin explicar las razones que lo condujeron a esas conclusiones, el dictamen carecerá de eficacia probatoria y lo mismo será si sus explicaciones no son claras o aparecen contradictorias o deficientes. Corresponde al juez apreciar ese aspecto del dictamen y, como hemos dicho, puede negarse a adoptarlo como prueba si no lo encuentra convincente y, con mayor razón, si lo estima inaceptable”<sup>67</sup>.

En suma, el juez está en el deber de estudiar bajo la sana crítica el dictamen pericial y en la libertad de valorar sus resultados; si lo encuentra ajustado y lo convence, puede tenerlo en cuenta total o parcialmente al momento de fallar; o desechar sensatamente y con razones los resultados de la peritación por encontrar sus fundamentos sin la firmeza, precisión y claridad que deben estar presentes en el dictamen para ilustrar y transmitir el conocimiento de la técnica, ciencia o arte de lo dicho, de suerte que permita al juez otorgarle mérito a esta prueba por llegar a la convicción en relación con los hechos objeto de la misma.

4.2 Al descender estas consideraciones al *sub examine*, se observa que los peritos en su dictamen luego de precisar el objeto del mismo, las fechas y las condiciones en que se desplazaron a las oficinas de la entidad accionada, procedieron a elaborar un cuadro a cuatro columnas en el que se refirieron las órdenes de pago, el mes recaudado, valor del recaudo (que totalizaron en \$31.996.707,34) y el valor neto por girar (que arrojó un consolidado de \$25.911.046,50).

Como se indicó, en el *sub lite* este dictamen pericial no permite demostrar el daño alegado ni las demás circunstancias pretendidas por el actor, dado que es impreciso, carece de fundamento y no resulta convincente para la Sala, según se deduce de las siguientes reflexiones:

(i) Frente a la existencia de los recaudos correspondientes a la facturación del período mayo de 1996 a mayo de 1998, los expertos se limitaron a señalar: “lo expuesto en el anterior cuadro nos refleja cada una de las órdenes de pago por el valor cobrado según los recaudos de cada uno de los meses y lo pactado en el contrato” y agregaron que “en la última columna aparece el valor neto a girar por cada una de las cuentas una vez descontado los conceptos de ley así como los descuentos por varios servicios también pactados en el contrato (...) como son arriendo, aseo, energía, IVA retenido y retención en la fuente”(fls. 119 y 120 c.1)<sup>68</sup>.

<sup>66</sup> Parra Quijano, Jairo, *Manual de Derecho Probatorio*, Librería Ediciones del Profesional Ltda., 2004, p. 649.

<sup>67</sup> Devis Echandía, Hernando, *Ob. cit.* p. 348.

<sup>68</sup> Al responder la solicitud de aclaración y complementación formulada por la parte demandante los peritos señalaron que la relación que aparece en el peritazgo “corresponde a las órdenes de pago expedidas por Telecom, sobre las únicas cuentas de cobro presentadas por la firma Telecosta Express Ltda. que figuran en su contabilidad. Si la firma

Los expertos, como se advierte, a partir de un cuadro que elaboraron con base en información que no se detalla, ni relaciona, llegaron a la conclusión referida. De manera que el experticio carece de soporte y fundamento directos de parte de los peritos en su cálculo. Los expertos se limitaron a emitir un "concepto", sin explicar las razones que los condujeron a la conclusión expuesta.

Por el contrario, el escrito allegado evidencia el desconocimiento de los peritos sobre los elementos necesarios -y su alcance - para poder dictaminar acerca del aspecto solicitado y llegar a conclusiones útiles que permitieran verificar hechos que interesan al proceso.

(ii) En relación con el segundo punto contenido en el ordinal b) en el cual se requería establecer si los recaudos correspondientes a dicha facturación le fueron cancelados al demandante, indicaron:

"De acuerdo a una fotocopia (fue imposible conseguir el original) de un oficio presentado por el señor Junior Alexander Teherán en abril 1 de 1997 solicitaba a Telecom que se hiciese cruce de sus cuentas de cobro abonándoselas a la deuda que el citado señor tiene con la empresa Telecom, por concepto del contrato No. GRVA 00111 del 1º de septiembre de 1993, comprometiéndose a abonar además de las cuentas de cobro, la suma de \$1.000.000,00 mensual. Este cruce está debidamente autorizado de acuerdo con lo establecido por la Empresa Telecom en su Manual de Facturación y Cobranzas, Capítulo IV, numeral 1.4.

De acuerdo con la autorización anterior, la Empresa procedió a efectuar los cruces respectivos de estos valores a favor del señor Junior Alexander Teherán, razón por la cual en ninguna parte figura que estas órdenes de pago le fueran canceladas en efectivo o cheque, ya que como hemos dicho, se cancelaron cruzando las cuentas de cobro con el pagaré que adeudaba el señor Junior Alexander Teherán.

Se revisó el archivo de tesorería donde reposan las cuentas u órdenes de pago, las cuales fueron tramitadas para los citados cruces de cuentas.

Se verificó por tanto estos cruces de cuentas arrojando a la fecha una deuda a favor de Telecom y a cargo del señor Junior Alexander Teherán por la suma de \$45.560.212,00 incluidos los intereses de mora.

Anexamos la fotocopia [ fl. 115 c. 1 copia simple y en gran medida ilegible porque a la vez es borrosa y con múltiples anotaciones al margen a mano], ya que como lo manifestamos, fue imposible constatar esta fotocopia con su original. De todas maneras este cruce de cuentas está autorizado por el Manual de Facturación y Cobranzas de Telecom, en el Capítulo IV, numeral 1.4" (fls. 120 y 121 c.1)

De manera que la inferencia de que existió un “cruce de cuentas” de que hablan los expertos se construyó, por una parte, sobre la base de una fotocopia simple – como ellos mismos admiten y cuya copia que se anexa (fl. 115 c.1) a su vez resulta ilegible - y, por otra, se dice que se “revisó el archivo de tesorería donde reposan las cuentas u órdenes de pago” pero no se hace estudio alguno de éstas. El escrito no solamente no ofrece los datos necesarios para darle crédito a lo que concluye, sino que además no consigna análisis alguno que lo fundamente.

En tal virtud, no tiene fundamento la determinación realizada por los peritos, pues parte de una situación (“cruce de cuentas”) para cuantificar los valores adeudados sin que para el efecto se apoyen en material documental que la soporte debidamente y además se limitan a anunciar que se “revisó el archivo de tesorería donde reposan las cuentas u órdenes de pago”, sin que al efecto se haga una relación de la cuentas supuestamente estudiadas<sup>69</sup>.

(iii) Adicionalmente, la Sala advierte que el dictamen adolece de otras inconsistencias aún más graves, como quiera que no efectúa un análisis concienzudo sobre los aspectos técnicos materia de la experticia en varios apartes vitales para la eficacia de la prueba.

En efecto, en el aspecto relativo a determinar si el procedimiento utilizado por Telecom para la cancelación de lo recaudado fue con base en porcentajes del 50% de tarifa básica, el 10% de descuento nacional e internacional, los expertos escuetamente respondieron que: “Todo el trámite de las cuentas relacionadas anteriormente se llevó a cabo por parte de Telecom con base en los porcentajes y tarifas pactadas, desde lo contable, lo presupuestal, su liquidación y cruce de cuentas, lo cual conlleva su respectivo manejo contable” (fls. 121 y 122)

Llama la atención de la Sala la conclusión a la que llegan los peritos sin soporte técnico alguno y que les permite más adelante señalar que el demandante tiene unos pagos pendientes con relación a otro contrato con Telecom. Por manera que, los peritos no indican de manera fundada cuál era el soporte fáctico y técnico para realizar esas afirmaciones, tampoco se acompañan y revelan las operaciones, variables y fórmulas matemáticas de donde resultan, razón por la cual el dictamen se torna en un juicio subjetivo inadmisibles en este tipo de prueba.

Conviene destacar que esta situación tampoco pudo ser acreditada con otros medios de prueba<sup>70</sup>.

---

<sup>69</sup> En el escrito de aclaración y complementación los peritos reiteraron que las cuentas de cobro no habían sido pagadas al actor ya que “fueron cruzadas con una deuda del señor Junior Alexander Teherán según autorización por escrito en carta de abril 1/97 suscrita por el señor Teherán como persona natural y no como representante legal de la firma Telecosta Express Ltda., quien era la entidad que únicamente podía haber dado la autorización para el cruce de cuentas. Para confirmar que la Empresa Telecom no contaba con la autorización de los demandantes para el cruce de cuentas, el señor Junior Alexander Teherán nos hizo llegar en la fecha, fotocopia de la respuesta de Telecom dio a su carta –sic- (...) en donde Telecom, le dice que para poder estudiar la propuesta de cruce de cuentas es necesario que proceda a ceder dichas cuentas mediante documento a través de la firma Telecosta Express Ltda. hecho éste que nunca ocurrió” (fl. 210 c.1). Este documento que anexa a la aclaración no puede ser tenido en cuenta en la medida en que (i) No corresponde a la materia objeto de la peritación que no era otra que el análisis de la información que reposaba en Telecom (y no la aportada por el actor -por lo demás- luego de la solicitud de aclaración); (ii) Fue allegada en forma informal, extemporánea y sin posibilidad de su contradicción a los peritos y no al proceso y (iii) Se trata de una copia simple.

<sup>70</sup> En efecto, en el proceso declaró Sara Elena Amaya Arias luego de afirmar que sabía por intermedio de un tercero (“Nando” Ojeda que era empleado del señor Junior Alexander Teherán Molina). Y luego al preguntársele si Telecom le daba participación al demandante sobre los recaudos de facturación, de nuevo señaló que si bien sabía que le daban un porcentaje, no sabía cuánto “porque yo no conocía las condiciones del contrato” (fls. 140 y 141 c.1).

(iv) En cuanto hace al literal d) referente a determinar la existencia de las facturas 001 a la 23 y si lo recaudado en ellas corresponde a lo contabilizado por la empresa Telecom, los expertos consignaron en el peritazgo:

“Uno de los aspectos observados, es el desfase en el trámite de las cuentas y esto obedece a que no se presentaban a su debido tiempo por parte del señor Junior Alexander Teherán y en su mayoría por presentación de las cuentas mal elaboradas, como lo manifiesta el señor Ramón Montaña Flórez en Oficio No. 20001240-0202 de mayo 6 de 1997 y que certifica algunas diferencias entre lo demandado y lo observado en el trámite de Telecom. Fotocopia de este oficio lo estamos anexando [fotocopia simple borrosa y parcialmente legible].

Por lo expuesto anteriormente, varias de las cuentas presentadas por el señor Junior Alexander Teherán fueron devueltas para que se corrigiesen y regresaron debidamente arregladas sin que el señor Teherán les anotare nuevamente su numeración, razón por la cual la numeración no concuerda, pero sus valores sí fueron cruzados para abonar al contrato No. GRVA 00111-1 1º septbre/93, como se demuestra en el cuadro inicial de este dictamen pericial.

Así mismo verificamos que no existen cuentas pendientes de trámite de pago y cruce, en las dependencias de Telecom, por lo que creemos y consideramos que no fueron presentadas” (fls. 122 y 123 c. 1)

Una vez más se advierte la carencia de soporte del dictamen. Se afirma que las cuentas fueron “mal elaboradas”, pero no se soporta este aserto y tan sólo se llega a esta conclusión a partir de lo manifestado en un oficio del accionado. Y en respaldo se adjunta una copia ilegible de éste último.

Se advierte, pues, la falta de iniciativa de los peritos para analizar los documentos y estudios que deberían reposar en la entidad accionada, para constatar la existencia o no de las referidas facturas e indagar si lo recaudado con ellas correspondía o no a lo contabilizado por Telecom. Los expertos se atuvieron solamente a lo que aparece en un oficio que emana de una de las partes, el cual – además - se anexó en una copia ilegible.

De modo que lejos de tratarse de una conclusión directa de los expertos a partir de un estudio técnico es una respuesta fundada en el dicho de un tercero, que por

---

Se trata no sólo de un testimonio de oídas, cuya fuerza probatoria y eficacia, en principio, es muy reducida, sino que además admite desconocer las condiciones en que se celebró y ejecutó el contrato.

Igualmente declaró Arnaldo Ojeda Gómez quien aseguró haber sido el administrador del SAI objeto de la litis “desde el 21 de septiembre de 1995 hasta octubre 2 de 1998”. Al preguntársele sobre el porcentaje que se pactó como reconocimiento de la facturación, señaló que “[e]l contrato ese no tengo conocimiento”. Y al interrogársele sobre el incumplimiento alegado por el demandante indicó: “Según la información del señor Junior la Empresa Telecom no se le había cancelado las cuentas que él presentaba mensualmente por problemas que él tenía con Telecom (...) no se más nada de esta contratación, en cuanto a la participación de las cuentas del mes de mayo de 1996 a mayo de 1998, yo se las enviaba al señor Junior para que las firmara y las remitiera a Telecom, no tengo nada más que decir” (fls. 142 a 143 c.1).

Es evidente que es una declaración que muestra claramente el ánimo de favorecer decididamente los intereses de la parte actora, en tanto resulta implicada –aunque sea indirectamente- en lo que se decida en este proceso, por haber laborado justamente para la parte actora por lo que resulta sospechosa. Además aún si se pudiera darle total crédito se trata en lo que refiere a la ejecución del contrato, también se trata de un testimonio de oídas que por demás no aporta mayor elemento de juicio a la situación que se pretende acreditar.

lo demás ni siquiera se puede leer. Este razonamiento vacilante impide llegar al convencimiento del fallador y por lo tanto le resta eficacia probatoria al dictamen.

Como arriba se indicó, la labor del perito es lograr que las conclusiones de su dictamen sean claras y firmes, para que aparezcan exactas y el fallador pueda adoptarlas, considerarlas, de ser el caso, por ser convincentes y merecedoras de credibilidad, pues sólo ante su firmeza y ausencia de vacilaciones, el dictamen puede tener eficacia probatoria, que es su fin último.

(v) Finalmente, la última cuestión resuelta por los peritos también le genera incertidumbre al fallador. De su escrito no se logra determinar el recaudo en el movimiento de caja correspondiente a la cuenta 24420000887 abierta en la Caja Agraria de la Jagua de Ibirico y en lo pertinente a lo dejado de cancelar al demandante y correspondiente a la facturación de los meses señalados en la demanda.

A este respecto el informe de los peritos se limitó a señalar: “[f]ue imposible constatar el movimiento de esta cuenta en las dependencias de Telecom y debido a la reserva bancaria no la solicitamos al Banco Agrario de la Jagua de Ibirico, banco este que reemplazó a la Caja Agraria que entró en disolución y liquidación” (fl. 123 c. 1).

En este caso la explicación ya no sólo es deficiente sino claramente evasiva, lo cual impide que también en este punto se pueda adoptar como prueba.

En este punto igualmente los otros medios de prueba no aportan ningún elemento de convicción que permita suplir las deficiencias del peritazgo<sup>71</sup>.

De cuanto antecede se concluye que el dictamen pericial impide llegar al convencimiento sobre la validez y exactitud de los resultados consignados en él, lo que contrasta con la finalidad prevista para esta prueba en el artículo 233 del C. de P. Civil, por cuanto no fue claro, preciso y detallado, ni se acompañó de una explicación técnica y razonada, por lo que en criterio de la Sala la experticia carece de eficacia probatoria.<sup>72</sup>

Circunstancia que no fue corregida con la solicitud de aclaración y complementación hecha por el actor<sup>73</sup>. En efecto, en respuesta fechada el 29 de

---

<sup>71</sup> El director del Banco Agrario de La Jagua de Ibirico con oficio 001570 de septiembre 6 de 2000 remitió, en cumplimiento de lo ordenado en el auto de pruebas, “fotocopia de los extractos de la cuenta corriente No. 2442-000088-7 perteneciente a Telecom” de los meses de mayo de 1996 a mayo de 1998, con excepción de los extractos de septiembre, octubre y diciembre de 1997 “los cuales no fue posible su localización en los archivos que reposan en la oficina” (fls. 154 a 175 c.1). Dichos extractos no aportan ningún elemento de juicio a la materia objeto del proceso, allí tan sólo aparece una relación de movimientos de la cuenta sin discriminación alguna.

<sup>72</sup> Sobre la facultad del juez para desestimar los dictámenes periciales en circunstancia similares. Vid. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias de 16 de marzo de 2000, exp. 11515; 7 de octubre de 2009, exp. 16.986; 23 de agosto de 2008, exp. 16.491 y 14 de abril de 2010, exp. 16.432.

<sup>73</sup> El demandante solicitó complementación y aclaración del dictamen al estimar que “no se sabe de dónde partieron para llegar a la respuesta” y al hacerlo subrayó que el propio peritazgo admite que no pudieron examinar buena parte de la documentación; que el peritazgo acusa inconsistencias, pues no estudiaron todas las facturaciones; que excedieron su función al referirse al cruce de cuentas; que los peritos hablan de unos valores que parecen distintos a los del cuadro que elaboraron. Y al final se pregunta “1) ¿Dónde están los fundamentos o apoyos de los auxiliares para llegar a la absolución de cada pregunta del cuestionario? porque un dictamen sin la fundamentación no es pericial, es apenas un concepto u opinión, 2) ¿Dónde están las informaciones sobre los documentos que le sirvieron de apoyo, cómo llegaron a la conclusión de que los porcentajes y procedimientos utilizados fueron los correctos para la cancelación de las cuentas del demandante?”

septiembre de 2000, los peritos dijeron reiteradamente que se “ratificaban” en su experticio (fls. 209 a 211 c.1).

En definitiva, como corresponde al juez valorar esta prueba para verificar la firmeza, precisión y calidad de los fundamentos en que se sustenta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 241 del C. de P. Civil, la Sala considera que la peritación es imprecisa, infundada y no resulta idónea para demostrar los hechos en los cuales se soportaron las pretensiones de la demanda en materia de daños o cuantificación de los mismos.

Una conclusión se impone: el peritazgo rendido carece de eficacia probatoria, toda vez que no reúne varias condiciones de contenido en tanto no es fundado, ya que no se explican los fundamentos técnicos de sus conclusiones. Por ello se desecharán los resultados de la peritación, en la medida en que se encuentran sus fundamentos sin la firmeza, precisión y claridad que deben estar presentes en el dictamen y por ello no se le puede dar mérito.

Lo anterior sumado a la precariedad de la prueba documental y de la inconsistente y limitadísima prueba testimonial, significa que en el plenario no fue posible, por un lado, conocer concretamente y con certeza si Telecom incumplió o no el contrato demandado, en tanto ni siquiera se pudo determinar el monto facturado. No obra en el expediente la facturación respectiva, el dictamen adolece de graves imprecisiones y vacíos y los testimonios rendidos en el proceso no dan cuenta clara de las vicisitudes de la ejecución de este contrato.

Como ya se indicó, se echa de menos un estudio técnico que con claridad y exactitud señale si ciertamente las situaciones anotadas por la actora tuvieron lugar o no, cuál fue su impacto en la facturación y que en caso de ser verídicas arroje las cuantías que pudieran haberse generado frente al valor de las facturas cobradas, así como los parámetros porcentuales contables tenidos en cuenta para hacer la facturación final de las llamadas efectuadas en los teléfonos a cargo de la contratista.

En suma, en el *sub examen* no se allegaron los elementos o medios de convicción tendientes a demostrar el incumplimiento de la entidad demandada, ni menos aún la irregular facturación. De modo que el proceso es huérfano de elementos de convicción que permitan demostrar con precisión la existencia y cuantía de los presuntos incumplimientos en los pagos por parte de TELECOM.

Es importante recalcar que la prueba de los supuestos de hecho a través de los cuales se persigue la responsabilidad contractual, incumbe, por regla general, a quien lo alega, que en este caso correspondía a la actora. En otros términos, no puede sostenerse consistente y fundadamente que la demandada se ha separado del contenido prestacional del negocio y que la actora cumplió o se allanó a cumplir con sus obligaciones (art. 1609 C.C.).

Una conclusión se impone: No es posible en los términos de la demanda un pronunciamiento y decisión favorable a las pretensiones formuladas, dado que el actor no logró acreditar el alegado incumplimiento de la entidad demandada.

En consecuencia, la sentencia inhibitoria impugnada será revocada, para en su lugar negar las pretensiones formuladas.

## **5. Costas.**

No habrá lugar a condenar en ellas porque no se probó conducta temeraria de alguna de las partes, de acuerdo con la ley procesal vigente (art. 55 de ley 446 de 1998).

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

**FALLA:**

**REVÓCASE** la sentencia apelada, esto es, la proferida por la Sala de Descongestión de los Tribunales Administrativos de Santander, Norte de Santander y Cesar, el 30 de marzo de 2001, mediante la cual declaró oficiosamente probada la excepción de falta de jurisdicción. Y en su lugar se dispone:

**PRIMERO: DECLÁRASE** la existencia del contrato GDVA 027 de agosto 29 de 1995 y su prórroga.

**SEGUNDO: DECLÁRASE DE OFICIO** la nulidad absoluta parcial del Contrato GDVA 027 de agosto 29 de 1995, en cuanto a las cláusulas décima sexta - modificación, interpretación y terminación unilaterales - y décima octava - caducidad administrativa-.

**TERCERO: NIÉGANSE** las pretensiones de la demanda.

**CUARTO:** Sin condena en costas.

**QUINTO: DEVUÉLVASE** el expediente al tribunal de origen, una vez ejecutoriada esta providencia.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE y DEVUÉLVASE**

**STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO**  
Presidenta de la Sala

**RUTH STELLA CORREA PALACIO**

**DANILO ROJAS BETANCOURTH**