

ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES – Pluripretensional

La acción de controversias contractuales o acción contractual consagrada en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, no es una acción instituida en el contencioso administrativo con un contenido normativo único, por el contrario, de la lectura de dicho artículo fácil es deducir que se trata de una verdadera vía procesal de contenido pluripretensional, o lo que es lo mismo, que cobija toda la variedad de situaciones problemáticas que hipotéticamente pueden tener lugar en el ámbito de las relaciones contractuales.

[...]

En este sentido, esta acción no procede, exclusivamente, para que una parte del contrato reclame a la otra el incumplimiento estricto y preciso de lo que dicen sus cláusulas. De hecho, quizá esta sea la fuente más común de problematicidad entre las partes del contrato, no obstante no es la única, y de eso se percató el legislador, al decir que también procede para que ellas se reclamen mutuamente todo tipo de indemnizaciones derivadas del acuerdo.

ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES – Procedencia

[...]procederá la acción de controversias contractuales, cuando lo que se discuta o pretenda tenga su origen en un contrato celebrado por una entidad estatal y un particular, incluyendo los hechos de ejecución o cumplimiento de su objeto contractual o los actos administrativos dictados por la entidad pública contratante con motivo u ocasión de la actividad contractual.

CONTRATOS SOLEMNES – Contrato estatal – Celebrar por escrito

De conformidad con lo señalado por el artículo 1500 del Código Civil, los contratos pueden ser solemnes, consensuales o reales, siendo los primeros aquellos en los que para su perfeccionamiento es necesaria una solemnidad que expresamente se pide.

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

[...]

El contrato estatal es un negocio jurídico solemne porque la ley dispone que debe celebrarse por escrito y que se entiende perfeccionado “cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito”.

EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS – Régimen jurídico – Actos y contratos

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

5.2 De acuerdo con la jurisprudencia de la Sub-sección C por “mandato constitucional (artículos 334, 365 y 370), los servicios públicos en Colombia están sujetos al régimen especial que para ellos determine la ley. Ahora bien, debe señalarse que este mandato se refiere a los servicios públicos en general, expresión que sin duda cobija los servicios públicos domiciliarios, en otras palabras, el genero incluye la especie. En desarrollo de estos preceptos constitucionales se expidió la Ley 142 de 1994. Se trata entonces de una ley ordinaria que manda al Estado intervenir en los servicios públicos, utilizando los instrumentos a los que hace referencia el artículo 3 de la propia ley, en especial la regulación, la vigilancia y el control de las empresas y de los servicios que ellas prestan. Además, la Ley 142 es una norma especial en materia de servicios públicos domiciliarios y, en consecuencia, su aplicación es preferente respecto de otras leyes, también se trata de una ley que regula íntegramente la materia y, por tanto, deroga todas las disposiciones legales preexistentes que regulen este tema. En cuanto al ámbito de aplicación de la Ley 142 de 1994, cabe señalar que se trata de una ley que no sólo se aplica a los servicios públicos domiciliarios; sin

embargo, para la Sala resulta claro que, dentro de esos ámbitos de aplicación se encuentra el régimen de las empresas prestadoras de dichos servicios y las actividades que ellas realizan. Es así como el artículo 32 de la mencionada ley establece que, “salvo que la Constitución o la misma ley dispongan otra cosa, los actos de todas las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, en lo no dispuesto en esta ley, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado”. (Negrilla propia) Así las cosas, la Sala encuentra que es la propia Ley 142 la que faculta a las empresas de servicios públicos domiciliarios a dictar todos los actos necesarios para su administración, en consecuencia, los manuales de contratación no son nada distinto que una manifestación de dicha competencia atribuida directamente por la ley, que, en virtud de su contenido material y del capital 100% público de las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios, revisten la forma jurídica de actos administrativos de contenido general, sin que ello signifique que su régimen contractual sea el del derecho público pues, como se verá este sólo se aplicará de manera excepcional”.

[...]

5.13 Según “la ley 689 de 2001 en la nueva redacción del artículo 31 de la 142 de 1994 que “[...] Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley no estarán sujetos a las disposiciones del estatuto general de la contratación de la administración pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa [...]”. Este planteamiento de la ley resulta entonces coherente con lo dispuesto en el artículo 8 del estatuto contractual de la empresa, Acuerdo de junta directiva No. 04 de 2001, que al establecer el régimen jurídico de los contratos señala de manera perentoria que las autoridades deberán dar perentoria e imperativa aplicación a las disposiciones civiles y comerciales”.

JURISDICCIÓN ARBITRAL – Limitaciones ratione materiae – Competencia

“(...) la Sección Tercera de esta Corporación, mediante sentencia del 10 de junio de 2009, se pronunció sobre el alcance de la sentencia C-1436 de 2000, mediante la cual la Corte Constitucional examinó la exequibilidad de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993. En aquella oportunidad, esta Sección concluyó, tal como lo hizo el juez constitucional, que los particulares investidos de funciones jurisdiccionales transitorias no pueden pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos contractuales que comportan el ejercicio de cláusulas exorbitantes o excepcionales al derecho común por parte del Estado, con clara alusión a aquéllos que consagra expresamente el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, es decir, los de: a) interpretación unilateral del contrato, b) modificación unilateral del contrato, c) terminación unilateral del contrato, d) sometimiento a las leyes nacionales, e) caducidad y f) reversión, y concluyó también que los demás actos administrativos contractuales, es decir, aquellos que surgen del ejercicio de facultades distintas a aquellas que de manera expresa recoge el artículo 14 acabado de citar, sí pueden ser sometidos al estudio, al examen, al conocimiento y a la decisión de árbitros, “en la medida en que no se encuentran cobijados por los alcances de la sentencia de la Corte Constitucional y en relación con los mismos tampoco la Constitución o la Ley establecen restricción alguna.

EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS – Imposibilidad de pactar cláusulas excepcionales – Terminación unilateral del contrato

Ahora, teniendo en cuenta que la cláusula de terminación unilateral del contrato, esto es, la facultad que posee la administración para terminar anticipadamente el contrato ante el grave e injustificado incumplimiento del contratista y en consecuencia ordenar la liquidación del contrato, no resulta procedente en aquellos contratos que se rigen por el derecho privado, como los que celebran las empresas de servicios públicos, no es posible que éstas la pacten en ejercicio de su actividad contractual.

Como su nombre lo indica, las potestades exorbitantes son facultades excepcionales al derecho común que la ley otorga a la administración para que ésta, en ejercicio de su actividad contractual pueda garantizar el cumplimiento de las finalidades estatales, la adecuada y eficiente prestación de los servicios públicos, así como también la prevalencia del interés general sobre el particular.

Y es por eso que se les denomina facultades excepcionales al derecho común, pues su ejercicio no resulta viable en tratándose de contratos celebrados entre particulares o en contratos que se sujetan al régimen especial previsto en el derecho privado, ya que su misma naturaleza y finalidad así lo determina.

Así, atendiendo a la naturaleza y finalidad particular de la terminación unilateral, es claro que su ejercicio resulta improcedente en los contratos celebrados entre particulares y también en aquellos que siendo celebrados por una entidad estatal como lo son las Empresas de Servicios Públicos, se

rigen por las normas de derecho privado, pues es una facultad propia de la administración, que fue prevista por la ley para que pudiera ser ejercida por ésta y únicamente en tratándose de contratos estatales en desarrollo de los cuales se busca procurar el cumplimiento de finalidades estatales.

EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS – Actos expedidos – Naturaleza jurídica

Sin perjuicio de lo anterior, se comprende que a las empresas que prestan servicios públicos, sean estas públicas, de capital público o privado, o privadas, se les puede reconocer como asignadas funciones administrativas cuando sea necesario e indispensable para la materialización efectiva del servicio público, como para el cumplimiento de la obligación de preservación del interés general, de las finalidades esenciales y sociales constitucionalmente concebidas, de los intereses de la comunidad, y de los derechos fundamentales inherentes a la prestación de los mismos servicios. En estos eventos, dichas empresas excepcionalmente pueden producir decisiones de contenido unilateral e individual que se encuadran como verdaderos actos administrativos, sometidos a los principios, normas y procedimientos en los que se inspira la legalidad de estos integralmente.

Se concibe, pues, como actos administrativos aquellas decisiones que adopta una empresa de servicios públicos, deslindado de la naturaleza del contrato sobre el que se impone, cuando lo hace con base en la materialización efectiva del servicio, los cuales revisten como elementos característicos que se trata de un “acto positivo, consistente en la expresión o manifestación concreta o específica, proveniente de quienes ejercen funciones administrativas”; (2) de carácter unilateral, esto implica que, siguiendo presupuestos doctrinales, en “el acto administrativo se trata de expresar tan sólo la voluntad de un sujeto, de aquel que ejerce funciones administrativas. Expresión que la doctrina viene explicando exclusivamente por una sola vía, como es la de la administración, sin cruzarla con la del administrado. En este sentido, el acto administrativo se torna en una manifestación de voluntad y no de consentimiento. En esto radica precisamente su carácter de unilateral; no significa, sin embargo, esta expresión que el administrado no tenga participación previa en el procedimiento de formación del acto administrativo”; (3) que contiene una expresión de voluntad; (4) como manifestación puede provenir “de los órganos de la rama ejecutiva del poder público, sino también de cualquier autoridad de los otros poderes u órganos autónomos e independientes, e incluso de los particulares a los que le hubieren sido atribuidas funciones administrativas”; y, (5) tiene una naturaleza decisoria, esto es, que posee “la fuerza suficiente para crear situaciones jurídicas a partir de su contenido”.

NULIDAD ABSOLUTA – Causas – Vicios

La nulidad absoluta se produce por alguno de los siguientes vicios a saber: I) Por objeto ilícito; II) Por causa ilícita; III) Por la Incapacidad absoluta de alguna de las partes y; IV) Por la omisión de alguna de las “solemnidades que la ley pida para la validez del acto en consideración a su naturaleza y no a la calidad o estado de las partes que lo celebran”.

NULIDAD PARCIAL – Procedencia

En los términos referidos, la nulidad del negocio jurídico puede ser total o parcial, ésta última se produce cuando del determinado contrato suscrito se logra evidenciar que aún sin la parte viciada de nulidad, las partes de todos modos lo hubiesen celebrado.

La finalidad principal de la nulidad parcial de los negocios jurídicos se concreta en procurar su preservación, pero para que ésta sea procedente se requiere el cumplimiento de ciertos requisitos a saber: I) Que sólo una parte del negocio jurídico se encuentre viciada de nulidad; II) Que el negocio jurídico pueda subsistir sin la parte que se encuentra viciada y que las partes de cualquier forma manifiesten el “querer” de preservar su validez, esto es que aún sin la parte nula lo hubieran celebrado.

NULIDAD ACTOS ADMINISTRATIVOS – Causales

Conforme lo establece el artículo 84 de Código Contencioso Administrativo se podrá demandar la nulidad de los Actos administrativos cuando: I) Se expidan con infracción a las normas en las cuales debía fundarse; II) Por la falta de competencia, ya sea funcional o temporal del funcionario u órgano que los expide; III) Cuando se expidan de forma irregular; IV) Cuando sean expedidos con desconocimiento de los derechos de audiencia y de defensa, es decir, con violación al derecho al debido proceso; V) Cuando estén falsamente motivados; y VI) Cuando se expidan con desviación de las atribuciones propias del funcionario o Corporación que los profirió.

CONTRATO – Incumplimiento contractual

En consecuencia, se estará en presencia de un incumplimiento si la prestación no se satisface en la forma y en la oportunidad debida y si además esa insatisfacción es imputable al deudor.

Y es que si la insatisfacción no es atribuible al deudor, ha de hablarse de “no cumplimiento” y esta situación, por regla general, no da lugar a la responsabilidad civil.

(...) El incumplimiento, entendido como la inejecución por parte del deudor de las prestaciones a su cargo por causas que le son imputables a él, puede dar lugar al deber de indemnizar perjuicios si es que esa inejecución le ha causado un daño al acreedor.

CONTRATO – Entidad estatal – Facultades excepcionales – Cumplimiento del contrato

En tratándose de contratos estatales, cuando lo que pretende la administración es el cumplimiento del objeto contractual, la misma Ley 80 de 1993 le otorga una serie de facultades excepcionales tales como: I) la caducidad, facultad en desarrollo de la cual puede proceder a declarar administrativamente la situación de incumplimiento grave del contratista que impida la ejecución del contrato ordenando su liquidación; II) Ordenar la terminación unilateral del contrato mediante acto administrativo debidamente motivado y ordenar su liquidación; III) Declarar el incumplimiento del contrato mediante acto administrativo debidamente motivado o imponer multas; o IV) Declarar unilateralmente la ocurrencia del siniestro mediante acto administrativo y hacer efectivas las garantías constituidas a su favor.

CONTRATO – Entidad estatal – Facultades excepcionales – No procedencia – Contratos derecho privado

No obstante lo anterior, no ocurre lo mismo en tratándose de contratos celebrados entre particulares o que siendo celebrados por una Entidad estatal como lo son las empresas de servicios públicos, que se encuentran sujetos al régimen de derecho privado por disposición especial, pues ante eventos de incumplimiento de alguna de las partes contratantes cuando la parte cumplida pretenda el cumplimiento del contrato estatal no puede proceder a declarar unilateralmente la terminación del contrato, pues dicha potestad sólo se encuentra para la celebración de contratos estatales, tampoco puede declarar el incumplimiento del contrato, lo que sí puede es hacer efectivas las garantías constituidas a su favor para garantizar las obligaciones adquiridas con ocasión del respectivo negocio jurídico una vez la entidad aseguradora haya reconocido la existencia del siniestro.

LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA – Naturaleza jurídica

En primer lugar, en relación con la naturaleza jurídica de la noción de legitimación en la causa, en sentido amplio, la jurisprudencia constitucional se ha referido a la legitimación en la causa, como la “calidad subjetiva reconocida a las partes en relación con el interés sustancial que se discute en el proceso”, de forma tal que cuando una de las partes carece de dicha calidad o condición, no puede el juez adoptar una decisión favorable a las pretensiones demandadas.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá D.C., tres (3) de diciembre de dos mil quince (2015).

Radicación número: 85001-23-31-001-2011-00185-02(50464)

Actor: UNION TEMPORAL ALUMBRADO PUBLICO YOPAL

Demandado: MUNICIPIO DE YOPAL Y OTRO

Referencia: ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (APELACION SENTENCIA)

Contenido: Descriptor: Nulidad absoluta parcial de cláusula contractual y nulidad parcial de actos administrativos / Restrictor: Acción de controversias contractuales - Solemnidad de los contratos estatales - Régimen jurídico de los actos y contratos de las empresas de servicios públicos - Naturaleza jurídica de la Empresa de Energía de Casanare S.A. ESP - Las excepciones a la justicia arbitral - Imposibilidad de pactar cláusulas excepcionales (Terminación Unilateral) en los contratos celebrados por las Empresas Prestadoras de Servicios Públicos - La nulidad absoluta de los contratos o de los negocios jurídicos - De la nulidad parcial de los contratos o negocios jurídicos - Causales de nulidad de los actos administrativos- El incumplimiento contractual - Consecuencias del incumplimiento contractual en los contratos estatales y en contratos celebrados por entidades estatales que se rigen por el derecho privado – Legitimación en la causa

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia del 6 de febrero de 2014¹ proferida por el Tribunal Administrativo de Casanare, que resolvió declarar probadas las excepciones de falta de jurisdicción y/o competencia y de falta de legitimación en la causa por pasiva en cabeza del municipio de Yopal.

I. ANTECEDENTES

1. Lo pretendido

El 15 de noviembre de 2011², los integrantes de la Unión Temporal Alumbrado Público Yopal, conformada por la Comercializadora Rodríguez Ochoa EU y por Claudia Patricia Jara Adán, a través de apoderado judicial, presentaron demanda contra el municipio de Yopal, para que se realizaran las siguientes declaraciones y condenas:

1.- Que se declare que entre el municipio de Yopal - Casanare y la Unión Temporal Alumbrado Público Yopal, existió el contrato de interventoría para el contrato de concesión No. 017 de 2000, cuyo concesionario fue la Unión Temporal Proyectos S.A.- EPNE LTDA, y del cual se derivó del contrato No. 031

¹ Fls.710 a 711 C.Ppal

² Fls. 5 a 39 C. 1. Demanda que fue corregida el 24 enero de 2012 a Fls.308 a 355 C.2

de 2007 suscrito entre la Empresa de Energía de Casanare ENERCA S.A. ESP y la Unión Temporal Alumbrado Público Yopal.

2.- Que se declare que el municipio de Yopal – Casanare y la Empresa de Energía de Casanare ENERCA S.A. ESP, carecen de competencia para declarar la terminación unilateral del contrato de interventoría No. 031 de 2007, por ser competencia del juez del contrato.

3.- Que se declare que el juez arbitral del contrato de interventoría No. 031 de 2007, carece de competencia funcional y legal para conocer de los actos administrativos expedidos por la Empresa de Energía de Casanare ENERCA S.A. ESP, mediante los cuales se declaró la terminación unilateral del contrato de interventoría No. 031 de 2007, por ser competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

4.- Que se declare que el municipio de Yopal – Casanare y la Empresa de Energía de Casanare ENERCA S.A. ESP, carecen de competencia funcional para declarar el incumplimiento del contrato de interventoría No. 031 de 2007 a la contratista Unión Temporal Alumbrado Público Yopal, tal y como lo indicó el acto administrativo de Gerencia No. 254 del 7 de diciembre de 2009 y el acto administrativo sin número del 8 de febrero de 2010.

5.- Que se declare que la Unión Temporal Alumbrado Público Yopal no incumplió las obligaciones de interventora del contrato No. 017 de 2000 pactadas en el contrato No. 031 de 2007 suscrito entre Empresa de Energía de Casanare ENERCA S.A. ESP y Unión Temporal Alumbrado Público Yopal.

6.- Que se declaren nulos los actos administrativos No. 254 del 7 de diciembre de 2009, mediante el cual se declaró la terminación del contrato No. 031 de 2007 y el fechado del 8 de febrero de 2010, donde se resolvió el recurso, objeciones y observaciones contra el acto administrativo de Gerencia No. 254 del 7 de diciembre de 2009, ambos proferidos por Empresa de Energía de Casanare ENERCA S.A. ESP.

7.- Que se declare que el Municipio de Yopal – Casanare y la Empresa de Energía de Casanare ENERCA S.A. ESP, incumplieron con sus obligaciones contractuales consistentes en pagar los valores correspondientes a la

interventoría desarrollada al contrato No. 017 de 2000, por los meses de agosto a diciembre de 2009 y mucho menos va a cancelar la pérdida de oportunidad por los años 2010 a 30 de junio de 2015.

8.- Que se liquide el contrato en sede judicial, debido a que ni el Municipio de Yopal ni la Empresa de Energía de Casanare ENERCA S.A. ESP, cumplieron con la obligación de hacerlo.

9.- Que se declare al Municipio de Yopal y a la Empresa de Energía de Casanare ENERCA S.A. ESP contractualmente responsables y se condene a pagar a favor de la Unión Temporal Alumbrado Público Yopal, las siguientes sumas de dinero:

9.1.- Daños morales: Para cada uno de los miembros de la Unión Temporal Alumbrado Público Yopal, la suma de 200 SMLMV.

9.2.- Daños materiales: la cuantía asciende a \$1.011.475.830, en sus modalidades de:

9.2.1 Daño emergente: la suma de \$73.611.930 contenida en la factura de venta número 044 del 20 de enero de 2010, por concepto del servicio de interventoría al contrato No. 017 de 2000, correspondiente a los meses de agosto a diciembre de 2009, calculado de conformidad con lo establecido en el numeral 4.5 de los términos de referencia de la convocatoria para la prestación de este servicio y que hace parte integral del contrato No. 031

9.2.2 Lucro cesante: Por la inejecución y pérdida de oportunidad al finiquitar el contrato de prestación de servicios No. 031 de 2007, por los siguientes períodos:

9.2.2.1 Comprendido desde enero a diciembre de 2010, por valor de \$158.705.097, calculado de acuerdo con el flujo de caja presentado en la propuesta de la Unión Temporal, en cumplimiento a lo establecido en el numeral 4.5 de los términos de referencia de la convocatoria para la prestación de este servicio realizada por la Empresa de Energía de Casanare ENERCA S.A. ESP., suma esta que debe ser indexada más intereses permitidos por la Superintendencia Financiera.

9.2.2.2 Comprendido desde enero a diciembre de 2011, por valor de \$164.492.214, bajo el cálculo y solicitud del numeral 9.2.2.1.

9.2.2.3 Comprendido desde enero a diciembre de 2012, por valor de \$170.871.411, bajo el cálculo y solicitud del numeral 9.2.2.1.

9.2.2.4 Comprendido desde enero a diciembre de 2013, por valor de \$177.494.436, bajo el cálculo y solicitud del numeral 9.2.2.1.

9.2.2.5 Comprendido desde enero a diciembre de 2014, por valor de \$184.360.307, bajo el cálculo y solicitud del numeral 9.2.2.1.

9.2.2.6 Comprendido desde enero a diciembre de 2015, por valor de \$155.552.365, bajo el cálculo y solicitud del numeral 9.2.2.1.

10.- Que se condene al Municipio de Yopal y a la Empresa de Energía de Casanare ENERCA S.A. ESP a reconocer y pagar cualquier otra suma de dinero que resulte a favor de los demandantes a título de daños y perjuicios por haber terminado el contrato sin tener competencia para ello.

11.- La condena debe ser actualizada de conformidad con lo previsto en el artículo 178 del C.C.A. y el demandado debe dar cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.

12.- Que se condene a los demandados a pagar el 2% del arancel judicial previsto en la Ley 1285 de 2009 y además se condene en costas y agencias en derecho.

Pretensiones subsidiarias:

1.- Que se declare que el municipio de Yopal es administrativamente y extracontractualmente responsable y causante de los daños y perjuicios causados a la Unión Temporal Alumbrado Público Yopal, como consecuencia de la orden dada por el Secretario de Obras Públicas de este Municipio, a través del oficio No. 140.53.1 10819 del 25 de noviembre de 2009 suscrito por el Secretario de Obras Públicas del Municipio de Yopal y dirigido a la Unión Temporal Proyectos S.A. EPNE Ltda., que ocasionó el no pago del servicio de interventoría pactado, la terminación del contrato antes del vencimiento del plazo contractual (30 junio de 2015).

2.- Que como consecuencia de la anterior declaración se condene a título de reparación directa al municipio de Yopal – Casanare a pagar a la Unión Temporal los daños y perjuicios morales y materiales y los demás que se lleguen a

demostrar en el proceso, los mismos valores enunciados en las pretensiones principales.

3.- La condena debe ser actualizada de conformidad con lo previsto en el artículo 178 del C.C.A. y el demandado debe dar cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A

4.- Que se condene a los demandados a pagar el 2% del arancel judicial previsto en la Ley 1285 de 2009 y además se condene en costas y agencias en derecho.

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

El 24 de febrero de 2000, el municipio de Yopal suscribió con la Unión Temporal Proyectos S.A. el contrato de concesión No. 017 de 2000, cuyo objeto era la prestación del servicio de mantenimiento, operación, expansión y el cambio de tecnología del sistema de alumbrado público en el perímetro urbano y rural del municipio de Yopal - departamento de Casanare, con una duración de 15 años contados a partir de la legalización del contrato y suscripción del acta de inicio.

En el referido contrato, se pactó en la cláusula vigésima, que el municipio de Yopal contrataría la interventoría e inspección de elementos y de obras, con una persona natural o jurídica y que los costos generados por la misma, estarían a cargo del concesionario y serían pagados a través de una fiducia.

Adicionalmente, en la cláusula décima se señaló que el municipio pignoraría a favor del concesionario los derechos sobre el valor total mensual de la facturación del servicio de alumbrado público y otros contenidos en los términos de referencia, durante el tiempo y vigencia del contrato. Que en la eventualidad que el monto recaudado no fuere suficiente para cumplir con lo establecido por el concesionario en su propuesta, el municipio mantendrá el equilibrio financiero bien sea ampliando el plazo de la concesión o haciendo el incremento tarifario que se requiera.

El municipio de Yopal para cumplir con la cláusula vigésima del contrato No. 017 de 2000 suscribió el convenio interadministrativo institucional No. 100-21-0090 el 6 de diciembre de 2007 con la Empresa de Energía de Casanare ENERCA S.A.

ESP, para que realizara la interventoría del contrato de concesión No. 017 de 2000 por un término de 9 años y dos meses y cuyo valor y forma de pago se acordó que era el equivalente al 5% del ingreso efectivamente recaudado directamente por el municipio o a través de ENERCA S.A. ESP o quien haga sus veces el cual sería pagado por la fiducia FIDUAGRARIA en los términos pactados. Igualmente se dejó claro que ENERCA S.A. ESP podía subcontratar los servicios de interventoría.

ENERCA S.A. ESP, facultado para subcontratar la interventoría, realizó el proceso pertinente de donde salió seleccionada la Unión Temporal Alumbrado Público Yopal, quienes suscribieron el contrato de prestación de servicios No. 031 de 2007, cuyo objeto consistió en la interventoría técnica, administrativa, financiera y ambiental al contrato de alumbrado público del municipio de Yopal No. 017 de 2000, el tiempo de duración de la interventoría se pactó por 8 años y dos meses, y frente al valor se indicó que era indeterminado pero determinable estimado en 4.75% del valor del recaudo por concepto de alumbrado público en el municipio de Yopal.

Así pues, la determinación del valor se estableció con el flujo de caja que presentó en su propuesta la Unión Temporal Alumbrado Público Yopal, en este se indicó la totalidad de costos directos e indirectos en que incurriría la interventoría durante los periodos comprendidos entre diciembre de 2007 y julio de 2015, es decir, durante los 8 años y 2 meses.

Refiere el actor, que la Unión Temporal Alumbrado Público Yopal, dio inicio de manera diligente la ejecución de las obligaciones emanadas del contrato de prestación de servicios No. 031 de 2007. Sin embargo, el 1 de julio de 2009 mediante Acuerdo 04 de 2009 el Concejo Municipal de Yopal, derogó el impuesto de alumbrado público, razón por la cual la Alcaldesa del municipio de Yopal, presentó proyecto de Acuerdo al Concejo con sus justificaciones, en acatamiento al fallo fechado el 4 de julio de 2009 proferido por el Tribunal Administrativo de Casanare.

Ante la solicitud realizada por la Alcaldesa, el Concejo municipal de Yopal le concedió mediante Acuerdo No. 18 del 11 de noviembre de 2009, plenas facultades y autonomía para que reorganizara el presupuesto para el año 2009, en tal virtud, adicionó al programa Energía y Alumbrado Público para una ciudad

productiva y competitiva, un rubro por valor de \$1.988.746.561, dinero con el cual se podía cumplir con los compromisos contractuales para la prestación del servicio público en el municipio de Yopal, entre ellos, con el convenio interadministrativo 090 de 2007 y las obligaciones derivadas del equilibrio económico del contrato de concesión 017 de 2000.

El 29 de septiembre de 2009, la Empresa de Energía de Casanare ENERCA S.A. ESP y el Municipio de Yopal, de manera bilateral terminaron el convenio interadministrativo 090 de 2007, donde se había acordado la interventoría al contrato de concesión 017 de 2000, sin contar con la participación de la Unión Temporal Alumbrado Público Yopal, que había sido subcontratada mediante contrato de prestación de servicios No. 031 de 2007.

Sostiene el actor, que la Empresa de Energía de Casanare ENERCA S.A. ESP, teniendo en cuenta la terminación del convenio interadministrativo le solicitó a la Unión Temporal, de manera verbal y escrita, que dejara de cumplir sus obligaciones por lo cual el demandante, pidió que acudieran a la cláusula décima séptima del contrato No. 031 de 2007 de solución de conflictos y controversias.

El 7 de diciembre de 2009, el Gerente General de la Empresa de Energía de Casanare ENERCA S.A. ESP, expidió el acto de gerencia No. 254 refiriendo dos aspectos para la terminación del contrato de interventoría, el primero de ellos, lo fundamentó en que la Unión Temporal el 22 de diciembre de 2008 había incumplido una de sus obligaciones contractuales, al encontrar diferencias entre los valores reportados y los validados conjuntamente con la Unión Temporal y el concesionario EPNE Ltda. y que ese hecho le daba derecho a ENERCA para terminar el contrato de manera unilateral; y el segundo, lo hizo consistir en la imposibilidad jurídica sobreviniente para continuar con el contrato No. 031 de 2007 al no ser posible la cesión al municipio por haber desaparecido uno de los elementos de contrato como es el precio.

A pesar de lo dicho, la Unión Temporal Alumbrado Público Yopal siguió cumpliendo sus obligaciones de interventoría, además cuando se vencieron las pólizas, las renovó y amplió su vigencia, no siendo aprobadas por la Empresa de Energía de Casanare ENERCA S.A. ESP

Dice el actor, que el acto administrativo cuestionado, no dio la oportunidad de interponer recursos, sin embargo, la Unión Temporal presentó un documento que denominó de objeciones y observaciones frente a la decisión de terminación unilateral de la empresa, y el 8 de febrero de 2010 ENERCA mediante acto administrativo sin número resolvió el recurso objeciones y observaciones siendo confirmado en su integridad el acto administrativo recurrido.

El 20 de enero de 2010, la Unión Temporal Alumbrado Público Yopal presentó ante Fiduagraria la factura de venta No. 044 correspondiente a la prestación del servicio de los meses de agosto a diciembre de 2009, la cual no fue pagada y por el contrario devuelta por Fiduagraria con oficio 03211 del 23 de febrero de 2010.

El municipio de Yopal desde diciembre de 2009 hasta el 14 de diciembre de 2011 dejó sin interventoría el contrato de concesión No. 17 de 2000 hasta que adjudicó nuevamente el contrato de interventoría con resolución No. 14054145, hecho que demuestra que el argumento dado para la terminación consistente en la ausencia de precio, no era cierto.

La Empresa de Energía de Casanare ENERCA S.A. ESP, no elevó consulta ante la Comisión de Regulación de Energía, para la inclusión de cláusulas exorbitantes en el contrato de prestación de servicios No. 031 de 2007 suscrito con la Unión Temporal, como lo indica el artículo 31 de la Ley 142 de 1994, por lo tanto, la cláusula es ineficaz.

Arguye el libelista que al no existir cláusulas exorbitantes legalmente pactadas, ENERCA S.A. ESP, carece jurídicamente de competencia para declarar el incumplimiento y terminación del contrato No. 031, por ser de competencia del juez arbitral según lo previsto en la cláusula Décima Séptima del contrato en virtud de la cláusula compromisoria.

Por último, refiere que la Empresa de Energía de Casanare ENERCA S.A. ESP carece de competencia funcional para declarar el incumplimiento del contrato citado mediante actos administrativos, competencia que solamente la tiene el juez y no en sede administrativa como lo hizo ENERCA S.A. ESP

2.1 Normas violadas

Funda el accionante sus pretensiones de nulidad en tres cargos contra la demandada: 1. Violó normas superiores al cercenar el derecho de defensa, pues no se concedió los recursos de la vía gubernativa contra el acto de gerencia demandado, 2. Falta de competencia funcional para proferir los actos administrativos acusados, en consideración a que ENERCA carecía de competencia para declarar la terminación unilateral del contrato No. 031 de 2007 y 3. Por falsa motivación, ya que la Unión Temporal había cumplido sus obligaciones contractuales y tampoco se configuraba la imposibilidad sobreviniente alegada el acto de gerencia.

3. El trámite procesal

Admitida la demanda³⁻⁴ y notificado el municipio de Yopal⁵ y la Empresa de Energía de Casanare S.A. ESP⁶, el asunto se fijó en lista.

Dentro del término legal, las entidades accionadas el municipio de Yopal⁷ y la Empresa de Energía de Casanare S.A. ESP⁸, contestaron la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas.

Una vez decretadas⁹ y practicadas las pruebas, se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para que alegaran de conclusión¹⁰, oportunidad que fue aprovechada por la parte demandada.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Como se anotó en el inicio de esta providencia, el 6 de febrero de 2014¹¹ el Tribunal Administrativo de Casanare declaró probadas las excepciones de falta de

³ Fl. 512 C. 2.

⁴ Inicialmente la demanda fue inadmitida el 28 de noviembre de 2011 y solicitada su corrección para ajustarla a la acción contractual, ya que fue presentada como de reparación directa Fl. 295 C.1. Inadmisión que a su vez fue recurrida por el actor, resolviendo el Tribunal mantener la decisión recurrida a Fl.303 C. 2. Auto que también fue recurrido por la demandada Empresa de Energía del Casanare S.A. ESP a Fls. 522 a 538 C. 2, por lo cual el Tribunal resolvió modificar el inciso primero del auto recurrido y mantener en lo demás la decisión adoptada.

⁵ Fl. 520 C. 2

⁶ Fl. 515 C. 2

⁷ Fls. 597 a 605 C. 3

⁸ Fls. 551 a 596 C. 3

⁹ Fls. 613 y 614 C. 3. Auto que fue recurrido por ENERCA a Fls. 625 a 635 C.3, y se le concedió el recurso de apelación ante el Consejo de Estado a Fl. 636 C. 3. Admitido el recurso por el Consejo de Estado a Fl. 640 C. 3, se procedió a decidir el recurso de apelación interpuesto a Fl. 642 a 646 C. 3, revocando parcialmente el numeral 5 del auto recurrido en el sentido de decretar la práctica de dos interrogatorios y de la inspección judicial de los libros de la Unión Temporal.

¹⁰ Fls. 675 y 676 C.3

jurisdicción y/o competencia y la falta de legitimación en la causa por pasiva en cabeza del municipio de Yopal.

Como fundamento de su decisión el *A quo* manifestó frente a las excepciones:

(I) De falta de jurisdicción y/o competencia por existencia de cláusula compromisoria alegada por las demandadas, sostuvo que el contrato No. 031 de 2007 suscrito entre ENERCA y el actor, es un contrato estatal regulado por el derecho privado, que las decisiones que se tomaron en desarrollo del mismo no tienen la naturaleza de actos administrativos y menos aun son la manifestación de las denominadas cláusulas exorbitantes, llegando entonces a la siguiente conclusión:

“(...) Por ende, deben desestimarse las argumentaciones de la parte demandante expuestas en la demanda y en sus alegaciones y concluir que, tal como lo señalaron las dos entidades demandadas en sus respectivas contestaciones a la demanda presentada por COMERCIALIZADORA RODRÍGUEZ OCHOA E.U. y/o JOSÉ CIRILO RODRIGUEZ OCHOA, y CLAUDIA PATRICIA JARA ADÁN, integrantes de lo que en su momento se denominó UNIÓN TEMPORAL ALUMBRADO PÚBLICO YOPAL, existe un pacto arbitral, más específicamente cláusula compromisoria, entre esa Unión Temporal y ENERCA S.A. E.S.P., que impide conocer de fondo la controversia en relación con la última entidad mencionada, pues se configuran las excepciones previas previstas en el artículo 97 numerales 1 y 2 del C.P.C, que era la norma aplicable al caso para la época en que se suscribió el contrato de prestación de servicios No. 031 de 2007 y también para el tiempo en que se presentó la demanda.

Por tales razones, se declarará probada esta excepción y terminado el proceso respecto de ENERCA, puesto que no hay lugar a dar otra solución (...)

En el presente caso, como se señaló, ambas partes demandadas propusieron la excepción de falta de jurisdicción y/o competencia, razón por la cual ni siquiera la teoría de la renuncia tácita a la cláusula compromisoria es aplicable al caso.”

(II) De falta de legitimación en la causa por pasiva en cabeza del municipio de Yopal, precisó:

“(...) 2.)- Como se observa no hay ningún contrato entre el municipio de Yopal y los demandantes. Tampoco entre el mismo ente territorial y la Unión Temporal Alumbrado Público de Yopal.

Una de las pretensiones es precisamente la declaratoria del vínculo contractual entre el municipio de Yopal y la Unión Temporal Alumbrado Público de Yopal, pero se reitera, esta petición no tiene soporte fáctico alguno.

3.)- Tal como quedó descrito, la terminación del contrato de prestación de servicios 031 de 2007 entre ENERCA S.A.A E.S.P. y la Unión Temporal Alumbrado Público de Yopal se dio por el gerente de la primera entidad.

¹¹ Fls. 710 a 722 C. 3

Por lo tanto, resultan válidos los argumentos expresados por el municipio de Yopal para sustentar la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva por no haber sido parte en el contrato 031 de 2007 y por no haber intervenido tampoco en su terminación.

Por ende se declarará probada esta excepción con respecto al municipio de Yopal e igualmente terminado el proceso respecto a este sujeto procesal.”

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

El 26 de febrero de 2014 el apoderado judicial de la parte demandante interpuso y sustentó el recurso de apelación¹² en el que solicitó que se revoque la providencia proferida por el Tribunal Administrativo de Casanare, en consideración a que:

1.- El recurrente primero deja plasmado el error judicial por el defectuoso proceder del magistrado sustanciador en el proceso referido, al proferir las providencias del 24 de noviembre de 2011 y del 19 de enero de 2012, que son las causantes de la negativa de las pretensiones de la demanda, por lo cual solicita a esta Corporación que proceda a su revisión bajo los argumentos que expone de manera extensa.

2.- Indica que la sentencia recurrida presenta varias inconsistencias y yerros que desconocen el principio de congruencia, por cuanto los proveídos cuestionados no guardan armonía con respecto a la demanda inicial, a la subsanación de la misma, y respecto a las pretensiones de carácter subsidiario, sobre las cuales no hubo pronunciamiento alguno. De igual manera anota que tampoco, se valoraron las pruebas testimoniales y documentales aducidas oportunamente y las legalmente decretadas, violando así las reglas de la sana crítica.

3. Resalta el accionante, que el *a quo* erró al declarar probada la excepción de falta de jurisdicción y competencia, bajo el argumento que el contrato de prestación de servicios No. 031 de 2007 se desarrollaba por el normal proceder y funcionamiento de ENERCA S.A. ESP que es un “*Establecimiento Público, cuyo capital corresponde en más del 50% al Departamento de Casanare*”, motivo por el cual concluye que las controversias que se susciten en la ejecución de sus actos deben ventilarse ante la Jurisdicción Contencioso Administrativo y a la luz de la Ley 1107 de 2006.

4. Precisa además el actor que el Tribunal de primera instancia, no observó que la factura de cobro No. 044 por concepto de los servicios de interventoría fue

¹² Fls.727 a 815 C.Ppal

impagada por Fiduagraria atendiendo la orden de no pago materializada en el oficio 140.53.1 10819 del 25 de noviembre de 2009 suscrito por el Secretario de Obras Públicas del Municipio de Yopal, hecho que se prueba con el testimonio de la ingeniera Ines Ivette Rojas Villamizar, motivo por el cual el apelante estima que deben prosperar las pretensiones subsidiarias del libelo demandatorio, que textualmente dice: *“En el evento de ser imprósperas las pretensiones principales y que el estrado judicial determine que la responsabilidad de la terminación del contrato obedeció por un hecho exclusivo del demandado MUNICIPIO DE YOPAL, me permito formular las siguientes pretensiones subsidiarias (...)*. Pretensiones estas, que pese haber sido admitidas por el *a quo* mediante auto del 1 de marzo de 2012, no obtuvieron ningún pronunciamiento.

IV. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor Agente del Ministerio Público guardó silencio

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

V. CONSIDERACIONES

Para resolver lo pertinente, la Sala, retomando la problemática jurídica propuesta por los actores, precisará el alcance de los conceptos adoptados como *ratio decidendi* para sustentar la decisión que adelante se expone: (1) Acción de controversias contractuales; (2) Solemnidad de los contratos estatales; (3) Régimen jurídico de los actos y contratos de las empresas de servicios públicos; (4) Naturaleza jurídica de la Empresa de Energía de Casanare S.A. ESP; (5) Las excepciones a la justicia arbitral; (6) Imposibilidad de pactar cláusulas excepcionales – Terminación Unilateral- en los contratos celebrados por las Empresas Prestadoras de Servicios Públicos; (7) Naturaleza jurídica, alcance y definición de los actos expedidos por las empresas de servicios públicos; (8) La nulidad absoluta de los contratos o de los negocios jurídicos; (8.1) De la nulidad parcial de los contratos o negocios jurídicos; (9) Causales de nulidad de los actos administrativos; (10) El incumplimiento contractual; (10.1) Consecuencias del incumplimiento contractual en los contratos estatales y en contratos celebrados por entidades estatales que se rigen por el derecho privado; (11) Legitimación en la causa; y (12) Caso concreto.

(1) Acción de controversias contractuales

La acción de controversias contractuales¹³ o acción contractual consagrada en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, no es una acción instituida en el contencioso administrativo con un contenido normativo único, por el contrario, de la lectura de dicho artículo fácil es deducir que se trata de una verdadera vía procesal de contenido pluripretensional, o lo que es lo mismo, que cobija toda la variedad de situaciones problemáticas que hipotéticamente pueden tener lugar en el ámbito de las relaciones contractuales. Sobre el particular es preciso recoger las siguientes precisiones teóricas y conceptuales:

“...Profundizar en el concepto de una acción autónoma referente a las diversas controversias y litigios que se puedan presentar con ocasión de un contrato estatal es un asunto relativamente nuevo en la legislación contencioso administrativa y en el derecho de la contratación estatal colombiano. Históricamente las diferencias surgidas de los denominados contratos de la administración pública fueron materia atribuida por el legislador a la jurisdicción ordinaria, no obstante que desde los inicios del siglo pasado se comenzó, desde el punto de vista sustancial, a determinar un preciso régimen característico de aquellos contratos en los que el Estado o un ente público era parte de dicha relación¹⁴”.

Es tan sólo con la entrada en vigencia del Decreto 528 de 1964 que las controversias contractuales de los entes territoriales y de los establecimientos públicos (según el Dcto. 3130 de 1968 también las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta), en especial aquellas provenientes de un contrato de derecho administrativo, pasaron a ser de conocimiento de la justicia contencioso administrativa, conservando la ordinaria competencia para el juzgamiento de todas aquellas derivadas de los denominados contratos de derecho privado de la administración, situación que perduró durante la vigencia de los decretos 150 de 1976 y 222 de 1983; en este último expresamente se determinaba en el artículo 17:

... la calificación de contratos administrativos determina que los litigios que de ellos surjan son del conocimiento de la justicia contenciosa administrativa; los que se susciten con ocasión de los contratos de derecho privado, serán de conocimiento de la jurisdicción ordinaria.

Parágrafo. No obstante la justicia contencioso administrativa conocerá también de los litigios derivados de los contratos de derecho privado en los que se hubiere pactado la cláusula de caducidad.

En la práctica el Decreto 222 de 1983 recogió lo expuesto en el Decreto 528 de

¹³ Ver también CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 6 de mayo de 2015 Exp. 33.425

¹⁴No obstante las disposiciones especiales sobre algunos contratos como los de concesión, que desde el siglo XIX gozaban de normas especiales, es con el Código Fiscal Nacional (Ley 110 de 1912) que se incorpora al derecho nacional la figura de la licitación, que ya en algunos códigos fiscales y administrativos de los extintos Estados soberanos se habían desarrollado para la escogencia de contratistas para el Estado. Algunas otras disposiciones del siglo XX, como las leyes 153 de 1909, 61 de 1921, 106 de 1931, los decretos 2880 de 1959 y 64 de 1969 y las leyes 36 de 1966 y 150 de 1976, fueron diseñando un especial régimen sustancial para los contratos del Estado.

1964, agregándole el ingrediente jurisprudencial diferenciador de competencias, determinado por el Consejo de Estado durante la vigencia del primero de los decretos, según el cual la existencia de cláusula de caducidad habilitaba a la jurisdicción contencioso administrativa para asumir cualquier conflicto emanado del contrato de derecho privado en que se hubiere incorporado.

Con la vigencia de la Ley 80 de 1993, el problema de la jurisdicción competente para el conocimiento de los litigios contractuales cambió radicalmente. La nueva legislación, según la redacción de su artículo 32, con base en el principio del contrato único estatal, que rompía con la doble clasificación de contratos de derecho administrativo y de derecho privado, y considerando que contrato estatal era aquel en que una de las partes estaba integrada por cualquier entidad estatal, resolvió atribuir la competencia integral de todos ellos, en los eventos de litigios o controversias, a la jurisdicción contencioso administrativa. De manera expresa el artículo 75 del estatuto general de la contratación administrativa pública determinó que “el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativa”. La interpretación jurisprudencial de esta disposición ha sido amplia: a partir de ella no sólo han pasado a conocimiento de la justicia contencioso administrativa todos los litigios emanados de los contratos que durante la vigencia del Decreto 222 de 1983 nacieron como de derecho privado¹⁵, sino que (...) se abrió paso en la corporación la tesis jurídica según la cual esta jurisdicción también conoce de los procesos ejecutivos surgidos de un contrato estatal.

Desde el punto de vista de los mecanismos procesales aplicables por la jurisdicción contencioso administrativa, debemos recordar que inicialmente todas las pretensiones de las relaciones contractuales se consideraron propias de la acción de plena jurisdicción, según los más clásicos planteamientos de la doctrina francesa¹⁶. Sin embargo, dentro de la concepción individualizadora de pretensiones como sustento de acciones autónomas que ha caracterizado el derecho contencioso administrativo colombiano, con la entrada en vigencia del Decreto 01 de 1984 se incorporaron en su artículo 87 las denominadas “acciones relativas a contratos”, esto es, se agrupaban en un solo mecanismo procesal las diversas hipótesis de litigios propios del contrato. Esta disposición fue objeto de revisión por el legislador, quien a través del artículo 17 del Decreto 2309 de 1989 resolvió denominarlo “De las controversias contractuales”, queriendo, al igual que en la norma modificada, integrar el más amplio y genérico espectro de situaciones generadoras de litigios, conflictos o controversias propias del contrato, su ejecución y liquidación. El artículo 32 de la Ley 446 de 1998 conservó la misma denominación y propósitos para esta acción.

En este sentido, una aproximación a la institución nos permite sostener que la acción referente a controversias contractuales o acción contractual desarrollada en el artículo 87 CCA es una acción, por regla general, de naturaleza subjetiva, individual, temporal, desistible y pluripretensional a través de la cual cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia y que se hagan las declaraciones, condenaciones o restituciones consecuenciales; que se orden su revisión; que se declare su incumplimiento y que se condene al

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Auto del 23 de noviembre de 1995, exp. 11310, C. P.: DANIEL SUÁREZ HERNÁNDEZ: “Después de entrar en vigencia la Ley 80 de 1993, no hay lugar a discutir la naturaleza del contrato celebrado por una entidad estatal, con miras a determinar la jurisdicción a la cual compete el juzgamiento de las controversias que de él se deriven. Basta con que el contrato haya sido celebrado por una entidad estatal, como en el caso que nos ocupa, para que el juzgamiento corresponda a esta jurisdicción, como expresamente lo dispone el artículo 75”. El fundamento de estas apreciaciones lo obtiene la corporación en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que unificó en el concepto de contrato estatal todos los contratos del Estado, y en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, que establece el carácter de aplicación indirecta de todas las normas que establezcan competencias.

¹⁶ RIVERO. Derecho administrativo, cit., p. 232.

contratante responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan las demás declaraciones y condenaciones que sean pertinentes; así mismo, la nulidad de los actos administrativos contractuales y los restablecimientos a que haya lugar; como también las reparaciones e indemnizaciones relacionadas con los hechos, omisiones u operaciones propias de la ejecución del contrato.

De manera excepcional y conforme a lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley 80 de 1993 en concordancia con el inciso 3.º del artículo 87 CCA, según las modificaciones introducidas por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, y el literal e artículo 136.10 CCA, conforme a las modificaciones aportadas por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998, la acción contractual eventualmente puede revestir las características de objetiva, a iniciativa de cualquiera de las partes de un contrato, el Ministerio Público, el tercero que acredite un interés directo, si la pretensión es la nulidad absoluta del contrato; de igual manera, cuando lo que se pretende es exclusivamente la simple nulidad de un acto administrativo contractual de carácter general.”¹⁷

La jurisprudencia de esta Subsección, lo ha resaltado al indicar que la acción de controversias contractuales no solo procede para declarar la existencia o nulidad del contrato, sino también procede para discutir aspectos derivados del mismo, en los siguientes términos:

“(…) el art. 87 del CCA. dispone que esta acción procede no sólo para que se hagan declaraciones como la de existencia o nulidad del contrato, sino también para otras declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales”¹⁸.

En este sentido, esta acción no procede, exclusivamente, para que una parte del contrato reclame a la otra el incumplimiento estricto y preciso de lo que dicen sus cláusulas. De hecho, quizá esta sea la fuente más común de problematicidad entre las partes del contrato, no obstante no es la única, y de eso se percató el legislador, al decir que también procede para que ellas se reclamen mutuamente todo tipo de indemnizaciones derivadas del acuerdo.

De esta manera, bien puede ocurrir, a diferencia de la posición sostenida por el Departamento en el proceso, que una de las partes reclame a la otra no por las

¹⁷ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo III. Contencioso Administrativo. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 227-230.

¹⁸ Dice el art. 87 que “Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas.

“Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, serán demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación. La interposición de estas acciones no interrumpirá el proceso licitatorio, ni la celebración y ejecución del contrato. Una vez celebrado éste, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato.

“El Ministerio Público o cualquier tercero que acredite un interés directo podrá pedir que se declare su nulidad absoluta. El juez administrativo queda facultado para declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso. En todo caso, dicha declaración sólo podrá hacerse siempre que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes.

“En los procesos ejecutivos derivados de condenas impuestas por la jurisdicción contencioso administrativa se aplicará la regulación del proceso ejecutivo singular de mayor cuantía contenida en el Código de Procedimiento Civil”

*prestaciones previstas en el contrato, sino por los problemas que con ocasión de su ejecución se pueden derivar, siempre que guarden relación con el mismo, aunque no necesariamente se enmarquen en una de las obligaciones literalmente previstas (...)*¹⁹(Negrilla y subrayado fuera de texto)

Así pues, se reitera la jurisprudencia de esta Corporación en el sentido que “la acción de controversias contractuales puede comprender diferentes pretensiones - sin incurrir en una indebida acumulación- a condición de que tengan por origen un contrato, esto es, aquel negocio jurídico o acto jurídico bilateral o plurilateral celebrado en ejercicio de la autonomía de la voluntad, por el cual una parte conformada por una o varias personas se obliga para con otra integrada también por una o varias a dar, hacer o no hacer alguna cosa, o para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación o situación jurídica²⁰”. (Subrayado fuera de texto)

Respecto de las fuentes de las controversias contractuales y, por ende, de las pretensiones que se pueden plantear a través de esta acción, la doctrina ha señalado que:

*“(...) la controversia contractual, o sea el conflicto de intereses surgido entre las partes contratantes en torno al alcance de los derechos y obligaciones emanados del contrato, puede tener origen en el contrato mismo; en los hechos de ejecución o en los actos que dicte la administración, bien en forma unilateral o de común acuerdo con el contratista, y que en alguna forma afecten la relación negocial. Por eso mismo, tan conflicto contractual es el que se pone de presente cuando se demanda la nulidad absoluta o relativa del contrato, su simulación o su revisión, como el que se deriva del incumplimiento de unas de las partes o de ambas a sus obligaciones de ejecución o cumplimiento; o como el que nace cuando el acto administrativo contractual le pone fin anticipadamente al contrato, lo modifica en sus términos, señala un determinado sentido a sus cláusula, o lo liquida (...)*²¹

En conclusión, procederá la acción de controversias contractuales, cuando lo que se discuta o pretenda tenga su origen en un contrato celebrado por una entidad estatal y un particular, incluyendo los hechos de ejecución o cumplimiento de su objeto contractual o los actos administrativos dictados por la entidad pública contratante con motivo u ocasión de la actividad contractual.

(2) Solemnidad de los contratos estatales

¹⁹ CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 5 de marzo de 2008. Exp: 16.850.

²⁰ CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 20 de septiembre de 2007. Exp: 16.370.

²¹ Betancur Jaramillo, Carlos, Derecho Procesal Administrativo, Señal Editora, 2002, pág. 519.

De conformidad con lo señalado por el artículo 1500 del Código Civil, los contratos pueden ser solemnes, consensuales o reales, siendo los primeros aquellos en los que para su perfeccionamiento es necesaria una solemnidad que expresamente se pide.

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

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

En consecuencia, cuando se pretenda que se declare que un contrato se ha incumplido o el cumplimiento de las obligaciones surgidas de él, o lo uno y lo otro, la prosperidad de semejantes pretensiones supone, entre otras demostraciones, que se acredite la celebración del contrato con el documento que se pide como solemnidad constitutiva pues acreditando su existencia se podrán determinar los derechos y obligaciones a favor y a cargo de cada una de las partes para luego proceder, ahí sí, a verificar si hubo tal incumplimiento.

El contrato estatal es un negocio jurídico solemne porque la ley dispone que debe celebrarse por escrito²² y que se entiende perfeccionado *“cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito”*.²³

Sobre este aspecto esta Subsección ha expresado:

“En efecto, siendo el contrato estatal un negocio jurídico solemne porque debe constar por escrito,²⁴ salvo algunos casos de urgencia manifiesta,²⁵ la única prueba de su existencia es el documento que la ley pide como solemnidad constitutiva, tal como se desprende de los artículos 1760 del Código Civil²⁶ y 232 del Código de Procedimiento Civil.²⁷”

²² Artículo 39 de la Ley 80 de 1993.

²³ Artículo 41 ibidem

²⁴ Artículos 39 y 41 de la Ley 80 de 1993.

²⁵ Inciso 3º del artículo 41 de la Ley 80 de 1993.

²⁶ *“La falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiere de esa solemnidad; y se mirarán como no ejecutados o celebrados...”*

²⁷ *“La prueba de testigos no podrá suplir el escrito que la ley exija como solemnidad para la existencia o validez de un acto o contrato...”*

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

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

Luego, el no demostrar este aspecto que se erige en la puerta de entrada para la exigencia de tales obligaciones y para reclamar la indemnización de perjuicios causados con el incumplimiento del vínculo contractual, implica, como es obvio, que toda pretensión que se enderece para recabar sumas por estos conceptos esté condenada al fracaso.”²⁸

(3) Régimen jurídico de los actos y contratos de las empresas de servicios públicos

Ha sido materia de desarrollo de esta Corporación en diversas oportunidades, el asunto del régimen jurídico aplicable a los actos y contratos de las empresas de servicios públicos, siendo pertinente destacar uno de los últimos pronunciamientos, que a su tenor literal señaló:

“ (...) 5.1 En cuanto a “los negocios jurídicos y de los actos unilaterales en materia de servicios públicos, se observa una peculiar interrelación normativa y de principios de los llamados derechos público y privado, dentro del contexto de la economía de mercado y la libre competencia. Resulta interesante observar como el legislador en estas materias quebró las profundas barreras existentes entre la concepción intervencionista, que proclamaba estructuras jurídicas rígidas de estricto derecho administrativo y las neoliberales, que abren el proceso a la competencia, para regular los servicios públicos en aspectos tan neurálgicos como los de sus actos y contratos, diseñando un sistema donde lo predominante son las normas del derecho privado, sin abandonar en ciertos aspectos la aplicación de disposiciones y principios ligados al derecho administrativo”²⁹.

5.2 De acuerdo con la jurisprudencia de la Sub-sección C por “mandato constitucional (artículos 334, 365 y 370), los servicios públicos en Colombia están sujetos al régimen especial que para ellos determine la ley. Ahora bien, debe señalarse que este mandato se refiere a los servicios públicos en general, expresión que sin duda cobija los servicios públicos domiciliarios, en otras palabras, el género incluye la especie³⁰. En desarrollo de estos preceptos constitucionales se expidió la Ley 142 de 1994. Se trata entonces de una ley ordinaria que manda al Estado intervenir en los servicios públicos, utilizando los

²⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 9 de mayo de 2011, expediente 17864.

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

³⁰ En relación con la especialidad del derecho de los servicios públicos véase CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-066 de 1997.

instrumentos a los que hace referencia el artículo 3 de la propia ley, en especial la regulación, la vigilancia y el control de las empresas y de los servicios que ellas prestan. Además, la Ley 142 es una norma especial en materia de servicios públicos domiciliarios y, en consecuencia, su aplicación es preferente respecto de otras leyes, también se trata de una ley que regula íntegramente la materia y, por tanto, deroga todas las disposiciones legales preexistentes que regulen este tema³¹. En cuanto al ámbito de aplicación de la Ley 142 de 1994, cabe señalar que se trata de una ley que no sólo se aplica a los servicios públicos domiciliarios; sin embargo, para la Sala resulta claro que, dentro de esos ámbitos de aplicación se encuentra el régimen de las empresas prestadoras de dichos servicios y las actividades que ellas realizan. Es así como el artículo 32 de la mencionada ley establece que, “salvo que la Constitución o la misma ley dispongan otra cosa, los actos de todas las empresas de servicios públicos, **así como los requeridos para la administración** y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, en lo no dispuesto en esta ley, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado”. (Negrilla propia) Así las cosas, la Sala encuentra que es la propia Ley 142 la que faculta a las empresas de servicios públicos domiciliarios a dictar todos los **actos necesarios para su administración**, en consecuencia, los manuales de contratación no son nada distinto que una manifestación de dicha competencia atribuida directamente por la ley, que, en virtud de su contenido material y del capital 100% público de las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios, revisten la forma jurídica de actos administrativos de contenido general, sin que ello signifique que su régimen contractual sea el del derecho público pues, como se verá este sólo se aplicará de manera excepcional³².

(...)

5.9 Conforme con “la redacción del artículo 31 de la Ley 142 de 1994, con las modificaciones introducidas por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001, los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, Ley 80 de 1993, salvo en los casos en que la Ley de Servicios Públicos disponga otra cosa, como ocurre en los eventos en que las Comisiones de Regulación hagan obligatoria la inclusión de cláusulas de excepción o exorbitantes en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos domiciliarios y en los eventos en que por solicitud de éstas se incluyan en todos los demás”³³.

5.10 Cuando se trata de “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 sujetas al control de la jurisdicción contencioso administrativa, y sin perjuicio de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, cuya comprensión implica que el no someterse al Estatuto mencionado implica que en el desarrollo de la actividad contractual por las empresas que prestan servicios públicos deben observar los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal según los mandatos constitucionales de los artículos 209 y 267 de la Carta Política, así como los mandatos convencionales tanto sustanciales de la Convención Americana de Derechos Humanos (...)

(...)

³¹ ATEHORTÚA RÍOS, Carlos Alberto. *Servicios públicos domiciliarios, proveedores y régimen de controles*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006, pp. 65-68.

³² Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 13 de abril de 2011, expediente 37423.

³³ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Servicios públicos y concesión. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá [próximo a publicar como Tomo V del Tratado del mismo autor].

5.13 Según “la ley 689 de 2001 en la nueva redacción del artículo 31 de la 142 de 1994 que “[...] Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley no estarán sujetos a las disposiciones del estatuto general de la contratación de la administración pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa [...]”. Este planteamiento de la ley resulta entonces coherente con lo dispuesto en el artículo 8 del estatuto contractual de la empresa, Acuerdo de junta directiva No. 04 de 2001, que al establecer el régimen jurídico de los contratos señala de manera perentoria que las autoridades deberán dar perentoria e imperativa aplicación a las disposiciones civiles y comerciales^{34,35}.

(...)

5.15 Bajo estos presupuestos, resulta claro que en el caso del derecho colombiano de los servicios públicos, el legislador desarrolló un sistema mixto de evidente influencia del derecho privado, principalmente comercial, para regir los contratos de las empresas de servicios públicos, sin negarle espacio, pero a título de excepción al derecho administrativo³⁶, en casos de contratos considerados como de tradicional estirpe pública, en cuanto implican ejercicio de poder concedente para el desarrollo de actividades de servicios sin que el Estado se desprenda del privilegio sobre los mismos, admitiendo tan sólo su gestión por la iniciativa particular.

5.16 Tratándose del estatuto jurídico para el servicio público de electricidad, la “Ley 143 de 1994, el párrafo del artículo 8 es claro en señalar que en los contratos de este sector de los servicios se aplicará el derecho privado. Destaca la disposición que “[...] El régimen de contratación aplicable a estas empresas será el del derecho privado. La Comisión de Regulación de Energía y Gas podrá hacer obligatoria la inclusión de cláusulas excepcionales al derecho común en algunos de los contratos que celebren tales entidades. Cuando su inclusión sea forzosa, todo lo relativo a estas cláusulas se sujetará al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública [...]”. Esto es, que el principio general incorporado en

³⁴ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto del 30 de septiembre de 2004, expediente 25453. Sobre la magnitud de este cambio legislativo se ha pronunciado el Consejo de Estado en los siguientes términos: “Se advierte que esta ley aclaró la confusión que había con la remisión que el original artículo 31 hacía al párrafo 1º del art. 32 de la ley 80 de 1993, en cuanto señaló expresamente que los contratos celebrados por las entidades estatales que prestan servicios públicos, no están sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. De otra parte, corrigió la imprecisión en que incurrió el art. 31 de la ley 142, que había sido puesto de presente por esta Sección al señalar que cuando se incluían cláusulas exorbitantes “todo lo relativo a tales cláusulas” se regía, en cuanto fuera pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993 y “los actos” en los que se ejercitaran esas facultades estaban sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa, lo cual significaba que sólo se regía por la ley 80 de 1993 y se sometía a la jurisdicción administrativa lo relativo a las cláusulas y los actos en los que se ejercitaran los poderes exorbitantes. Es claro que la ley 689 de 2001 expresamente asigna a la jurisdicción de lo contencioso administrativo el control de los contratos que contengan cláusulas exorbitantes y el de los contratos que celebren las entidades territoriales con las empresas del sector.”

³⁵ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Servicios públicos y concesión. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá [próximo a publicar como Tomo V del Tratado del mismo autor].

³⁶ Por otra parte, si bien es cierto que en los contratos de prestación de servicios domiciliarios celebrados por la administración y regidos sólo por el derecho privado, “no se cuestiona la posibilidad de que las partes pacten la cláusula de multas o la cláusula penal, dado que tales estipulaciones en ejercicio de la autonomía de la voluntad son de uso común y válidas en dicho régimen, no lo es menos que la administración cuando actúa en pie de igualdad con los particulares no puede declarar directamente el incumplimiento (total o parcial) del contrato e imponer y hacer efectiva unilateralmente una sanción mediante un acto administrativo, ni menos aún puede decretar la caducidad del contrato, pues tales potestades exorbitantes no le fueron atribuidas o autorizadas en las normas civiles o comerciales, ni como ocurre en el caso concreto en la citada Ley 142 de 1994”. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 15 de noviembre de 2011. C.P: Ruth Stella Correa Palacio. Exp: 21.178.

la Ley 142 se mantiene intacto aparentemente y todos los contratos relativos al sector de energía son dominados por el derecho privado”³⁷.

(...)

5.18 En “el artículo 76, se establece una clara y directa excepción al artículo 2 de la Ley 80 de 1993, que define los sujetos objeto de aplicación del Estatuto de Contratación del Estado colombiano. En esta disposición, se indica que todos los actos y contratos, excepto los de empréstito, celebrados por las sociedades por acciones del sector, en las cuales las entidades oficiales tengan participación en su capital social, sin atención a la cuantía que dicha participación represente, se regirán por las normas del derecho privado.

5.20 Por último, tratándose del sector de energía eléctrica, “se presenta una situación interesante que puede mermar la intensidad con que se aplique el derecho privado y sus principios a la contratación y actos de las empresas de servicios públicos. Efectivamente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 83 de la Ley 143 de 1994, es fácil concluir que los negocios y actuaciones de las empresas del sector eléctrico no pueden estar ausentes entre otros principios de los establecidos en el artículo 209 de la Constitución y, por esta vía, los propios de las actuaciones administrativas consagrados en los artículos 2 y 3 del Código Contencioso Administrativo y los generales para la defensa del interés general en aspectos tan cruciales como los de la contratación”³⁸.

5.21 Conforme a lo expuesto, “si bien es cierto que se postula para el sector eléctrico como régimen jurídico propio para sus actos y contratos el del derecho privado bajo un criterio de interpretación sistemática, se puede concluir que su aplicación no es absoluta o por lo menos totalmente ausente de principios básicos para la convivencia y el interés general, como son los que se derivan del artículo 209 constitucional, según la redacción del artículo 83 de la Ley Eléctrica. Este aspecto resulta de trascendencia no sólo para la determinación de la legalidad de las actuaciones y negocios, sino también de la responsabilidad que le pueda corresponder a los directivos de las empresas por el desconocimiento de las bases conceptuales sobre las cuales el legislador ha edificado el sistema jurídico aplicable”³⁹ ⁴⁰.

De lo antes expuesto, se concluye que en temas contractuales por regla general las Empresas de Servicios Públicos, se rigen por normas de derecho privado, salvo aquellos casos donde se pacten cláusulas exorbitantes cuyas controversias serán dirimidas por la jurisdicción contenciosa administrativa.

(4) Naturaleza jurídica de la Empresa de Energía de Casanare S.A. ESP

³⁷ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Servicios públicos y concesión. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá [próximo a publicar como Tomo V del Tratado del mismo autor].

³⁸ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Servicios públicos y concesión. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá [próximo a publicar como Tomo V del Tratado del mismo autor]. “[...] Determina de manera perentoria la disposición que “[...] En la interpretación y aplicación de esta ley, se tendrán en cuenta los mandatos constitucionales, los principios, fines y disposiciones establecidas en la ley, los principios generales del derecho, los postulados que rigen la función administrativa y las normas que regulan la conducta de los servidores públicos [...]”.

³⁹ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Servicios públicos y concesión. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá [próximo a publicar como Tomo V del Tratado del mismo autor].

⁴⁰ CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 4 de junio de 2015. Exp. 30.288

La Empresa de Energía de Casanare S.A. ENERCA S.A ESP, de acuerdo con el certificado de existencia y representación⁴¹, es una empresa de servicios públicos mixta con aportes mayoritarios del sector estatal constituida como una sociedad anónima con el objeto de prestar los servicios públicos de energía eléctrica, gas y telecomunicaciones, para lo cual podrá realizar todas las actividades previstas en las Leyes 142 y 143 de 1994, y demás normas aplicables en especial el Decreto 1900 de 1990 y el 2870 de 2007 sobre redes y servicios de telecomunicaciones.

Entonces, frente al régimen jurídico aplicable a los actos y contratos de las Empresas de Servicios Públicos –como en el caso en concreto de la Empresa de Energía de Casanare S.A. ESP-, cuyo objeto principal se circunscribe a la prestación de los servicios públicos de energía eléctrica, gas y telecomunicaciones, las Leyes 142⁴² y 143⁴³ de 1994, han sido coherentes y expresas en señalar que se regirán por regla general por las normas de derecho privado, salvo las excepciones contenidas en la ley.

Ahora bien, cabe precisar que en el caso *sub examine* el Gerente General de ENERCA poseía autorización de la Junta Directiva para suscribir y ejecutar contratos de prestación de servicios, tal y como se desprende de lo señalado el considerando primero del contrato No. 031 de 2007.

(5) Las excepciones a la justicia arbitral

Por averiguado se tiene que la fuente jurídica de la jurisdicción arbitral nace de la propia normativa constitucional, conforme a las notas del inciso final del artículo 116 constitucional a cuyo tenor literal se lee *“Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallo en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”*.

Dicho precepto, en lo que hace relación a la justicia arbitral, encuentra su explicación y razón de ser dentro de un marco jurídico constitucional relativo a la

⁴¹ Certificado de Existencia y Representación Fls. 494 a 497 C. 2

⁴² Artículo 32

⁴³ Artículo 8

economía social de mercado, conforme al cual se reconoce la libre iniciativa de los particulares⁴⁴ para entrar, participar y salir libremente del mercado así como la competencia del Estado, previa intervención legislativa, de intervenir en el decurso económico de manera restrictiva y proporcional. En lo que respecta a las entidades públicas, tal principio se conjuga con la debida y necesaria planeación negocial.

Por consiguiente, si la justicia arbitral es reflejo del reconocimiento jurídico de la autonomía de la voluntad de las partes para decidir que un particular *ad-hoc* resuelva con fuerza de cosa juzgada la controversia (futura o actual) suscitada, se sigue que las condiciones, restricciones o modulaciones de dicho instituto jurídico sustantivo quedan reservadas, de manera exclusiva y excluyente, a lo que disponga el legislador sobre la materia dentro del ámbito de configuración normativa que la propia Constitución le reconoce de manera especial en el artículo 116 cuando prescribe que la administración de justicia por los particulares se realizará “en los términos que fije la ley”.

Quiere decir lo anterior, que las limitaciones *ratione materiae* a la competencia de la jurisdicción arbitral no pueden ser otras que las derivadas de manera directa, taxativa y perentoria de la Ley, pues sólo de esta manera se garantiza el ejercicio efectivo de este tipo de justicia y se protege la autonomía privada de la voluntad. En esta línea de pensamiento, se tiene que no están llamadas a prosperar aquellas lecturas dirigidas a limitar el campo de acción de la justicia arbitral que no se correspondan directamente con tal presupuesto.

Así, conviene recordar, con la jurisprudencia constitucional y de esta Sección, que las excepciones a la operatividad de la cláusula compromisoria, en el ámbito de la contratación estatal, hacen referencia a los actos administrativos dictados por la Administración en ejercicio de las facultades de que trata el artículo 14 de la Ley

⁴⁴ “[E]l arbitraje presupone el reconocimiento de un principio convencional fundamental como es la libertad económica, conforme al cual se reconoce la “facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico, según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar un patrimonio”⁴⁴. Esto supone, como contrapartida, que respecto del Estado, como es característico en el marco del Estado de Derecho, opera una suerte de limitante jurídica en su actuación, por vía del concepto jurídico de competencia razón por la cual sólo podrá intervenir en el decurso de un actividad económica, cuando así lo disponga una ley para tal efecto, cuestión que quiere decir, adicionalmente, que se trata de un asunto revestido con reserva de ley. Dicho en otras palabras, el derecho de libertad de empresa implica la asunción de una posición jurídica concreta susceptible de modulaciones por cuenta del Estado pero, a su vez, revestida de un amparo administrativo y judicial a fin de defenderlo de intromisiones injustificadas (en tanto que no exista disposiciones legislativa que avale ello) o desproporcionadas (atentatorias del núcleo esencial del derecho de libertad)” Consejo de Estado, Sala de lo contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 13 de abril de 2015, exp. 52556.

80 de 1993 así como otras decisiones unilaterales. Se trata de un criterio sólido y unificado de la Sección Tercera de esta Corporación, reiterado recientemente en providencia de 18 de abril de 2013 (exp. 17859):

“(…) la Sección Tercera de esta Corporación, mediante sentencia del 10 de junio de 2009⁴⁵, se pronunció sobre el alcance de la sentencia C-1436 de 2000⁴⁶, mediante la cual la Corte Constitucional examinó la exequibilidad de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993. En aquella oportunidad, esta Sección concluyó, tal como lo hizo el juez constitucional, que *los particulares investidos de funciones jurisdiccionales transitorias no pueden pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos contractuales que comportan el ejercicio de cláusulas exorbitantes o excepcionales al derecho común por parte del Estado, con clara alusión a aquéllos que consagra expresamente el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, es decir, los de: a) interpretación unilateral del contrato, b) modificación unilateral del contrato, c) terminación unilateral del contrato, d) sometimiento a las leyes nacionales, e) caducidad y f) reversión, y concluyó también que los demás actos administrativos contractuales, es decir, aquellos que surgen del ejercicio de facultades distintas a aquellas que de manera expresa recoge el artículo 14 acabado de citar, sí pueden ser sometidos al estudio, al examen, al conocimiento y a la decisión de árbitros, “en la medida en que no se encuentran cobijados por los alcances de la sentencia de la Corte Constitucional y en relación con los mismos tampoco la Constitución o la Ley establecen restricción alguna”⁴⁷.*

Dicho lo anterior, esta Sala comprende que la habilitación de las partes de un contrato estatal para que un tercero resuelva judicialmente una controversia constituye un desarrollo expreso y directo por el constituyente tal como se verifica en el artículo 116 superior en armonía con otras disposiciones; por tanto, corresponde al Juez Administrativo leer esta institución en clave constitucional para comprender que salvo aquellas restricciones, modulaciones o restricciones que expresamente fije la Ley, no es dable restar eficacia jurídica a la cláusula compromisoria o compromiso suscritos por las partes.⁴⁸

(6) Imposibilidad de pactar cláusulas excepcionales – Terminación Unilateral- en los contratos celebrados por las Empresas Prestadoras de Servicios Públicos.

Ahora, teniendo en cuenta que la cláusula de terminación unilateral del contrato, esto es, la facultad que posee la administración para terminar anticipadamente el contrato ante el grave e injustificado incumplimiento del contratista y en

⁴⁵ Expediente 36252.

⁴⁶ M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

⁴⁷ Este planteamiento ha sido reiterado en decisiones anteriores de esta Corporación como por ejemplo en sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contenciosos Administrativo, Sección Tercera 10 de junio de 2009, expediente 36.252 y más recientemente en sentencia de la Subsección B 8 de noviembre de 2012, expediente 36709.

⁴⁸ CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 31 de julio de 2015. Exp. 2015

consecuencia ordenar la liquidación del contrato, no resulta procedente en aquellos contratos que se rigen por el derecho privado, como los que celebran las empresas de servicios públicos, no es posible que éstas la pacten en ejercicio de su actividad contractual.

Como su nombre lo indica, las potestades exorbitantes son facultades excepcionales al derecho común que la ley otorga a la administración para que ésta, en ejercicio de su actividad contractual pueda garantizar el cumplimiento de las finalidades estatales, la adecuada y eficiente prestación de los servicios públicos, así como también la prevalencia del interés general sobre el particular.

En efecto, dichas facultades son otorgadas a la administración como medidas para garantizar el cumplimiento de finalidades estatales en ejercicio de la actividad contractual ante situaciones de incumplimiento del contratista.

Y es por eso que se les denomina facultades excepcionales al derecho común, pues su ejercicio no resulta viable en tratándose de contratos celebrados entre particulares o en contratos que se sujetan al régimen especial previsto en el derecho privado, ya que su misma naturaleza y finalidad así lo determina.

Pues bien, dentro de estas potestades o facultades excepcionales al derecho privado, se encuentra la terminación unilateral, que es la potestad que tiene la administración ante una situación de incumplimiento grave del contratista que pueda afectar la continuidad en la ejecución del contrato.

Así, atendiendo a la naturaleza y finalidad particular de la terminación unilateral, es claro que su ejercicio resulta improcedente en los contratos celebrados entre particulares y también en aquellos que siendo celebrados por una entidad estatal como lo son las Empresas de Servicios Públicos, se rigen por las normas de derecho privado, pues es una facultad propia de la administración, que fue prevista por la ley para que pudiera ser ejercida por ésta y únicamente en tratándose de contratos estatales en desarrollo de los cuales se busca procurar el cumplimiento de finalidades estatales.

Luego, si lo que ocurre en un determinado caso es que en un contrato celebrado por una Empresa de Servicios Públicos se conviene una cláusula de terminación

unilateral del contrato, a la luz de las disposiciones previstas en el derecho privado la referida estipulación se encontrara viciada de nulidad absoluta.

(7) Naturaleza jurídica, alcance y definición de los actos expedidos por las empresas de servicios públicos⁴⁹.

La Sala indaga ahora por la naturaleza de los actos emanados de las empresas de servicios públicos, como las Empresa de Energía del Casanare – ENERCA S.A., Para el efecto se pregunta ¿qué naturaleza jurídica, alcance y definición tienen los actos que expida, o decisiones que adopte?

Cuando se trata, siguiendo la construcción doctrinal, de los “actos unilaterales de las empresas de servicios públicos, el artículo 32 de la Ley 142 de 1994 recoge similar principio en el sentido de que por regla general están sometidos al derecho privado”, quedando excluidos “de este principio los actos administrativos que surjan de los procedimientos a que se refiere el artículo 33⁵⁰ de la Ley 142 de 1994, los producidos en los trámites que se adelanten por los procedimientos administrativos para la producción de actos unilaterales, establecidos en los artículos 106 y siguientes de la misma ley, al igual que todos los derivados de los conflictos que se resuelvan en sede de la empresa, relativos al contrato de condiciones uniformes”⁵¹.

Los supuestos anteriores llevan a preguntarse ¿si las empresas de servicios públicos sólo producen decisiones con carácter de actos administrativos por virtud del desempeño de funciones administrativas?⁵². La respuesta es afirmativa, pero

⁴⁹ Reiteración de la sentencia del 6 de julio de 2015. Exp: 40.789.

⁵⁰ “Artículo 33. Facultades especiales por la prestación de servicios públicos. Quienes presten servicios públicos tienen los mismos derechos y prerrogativas que esta Ley u otras anteriores, confieren para el uso del espacio público, para la ocupación temporal de inmuebles, y para promover la constitución de servidumbres o la enajenación forzosa de los bienes que se requiera para la prestación del servicio; pero estarán sujetos al control de la jurisdicción en lo contencioso administrativo sobre la legalidad de sus actos, y a responsabilidad por acción u omisión en el uso de tales derechos”.

⁵¹ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Tratado de Derecho Administrativo. Servicios Públicos y concesión. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos.*, ob., cit., p.387. “[...] En cuanto se refiere a las situaciones emanadas del artículo 33 de la Ley 142 de 1994, consideramos que el legislador quiso conservar para el derecho administrativo trámites y decisiones que típicamente tocan con el interés general y que no constituyen materia ordinaria en el desarrollo del objeto de las empresas de servicios públicos, aunque de todas maneras coadyuvan eventualmente para la adecuada y eficiente prestación de los mismos. Por esta razón, en la disposición en comento se hace referencia al otorgamiento de facultades especiales, es decir, a la atribución del legislador de competencias administrativas a las empresas que presten servicios públicos para actuar en el tráfico jurídico como autoridades”.

⁵² SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Tratado de Derecho Administrativo. Servicios Públicos y concesión. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos.*, ob., cit., p.388. “[...] Al respecto sobra decir que el

no la única, comprendiendo que actúan u operan como colaboradores, teniendo en cuenta en especial el artículo 210 de la Carta Política según el cual en su inciso 2º se consagra que “los particulares pueden colaborar en el desarrollo de funciones administrativas en las condiciones que establezca la ley. La colaboración de los particulares para el ejercicio de funciones administrativas implica el desarrollo de dicha actividad en similares términos de quien la ejerce por designación de manera permanente en un cargo público”⁵³, debiendo respetar el principio de legalidad integralmente.

Precisamente, entre las “funciones atribuidas a particulares que mayor trascendencia y desarrollo han tenido en los últimos años están las que corresponden a las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, es decir, las que desarrollan los servicios públicos definidos en el artículo 1 de la Ley 142 de 1994, a las cuales por expreso mandato legal les han sido atribuidas especiales funciones administrativas, no obstante que por regla general su régimen jurídico es el del derecho privado”⁵⁴.

Sin perjuicio de lo anterior, se comprende que a las empresas que prestan servicios públicos, sean estas públicas, de capital público o privado, o privadas, se les puede reconocer como asignadas funciones administrativas cuando sea necesario e indispensable para la materialización efectiva del servicio público, como para el cumplimiento de la obligación de preservación del interés general, de las finalidades esenciales y sociales constitucionalmente concebidas, de los intereses de la comunidad, y de los derechos fundamentales inherentes a la prestación de los mismos servicios. En estos eventos, dichas empresas excepcionalmente pueden producir decisiones de contenido unilateral e inidividual que se encuadran como verdaderos actos administrativos, sometidos a los principios, normas y procedimientos en los que se inspira la legalidad de estos integralmente.

ejercicio de funciones públicas por los particulares no constituye un fenómeno extraño al Estado de derecho. Incluso, antes de la institucionalización del poder, se acudía a este sistema de colaboración privada para el desarrollo de importantes cometidos públicos, mediante la asignación de funciones de esta naturaleza, tanto a personas naturales como jurídicas”.

⁵³ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Tratado de Derecho Administrativo. Servicios Públicos y concesión. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos.*, ob., cit., p.389.

⁵⁴ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Tratado de Derecho Administrativo. Servicios Públicos y concesión. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos.*, ob., cit., p.390.

Se concibe, pues, como actos administrativos aquellas decisiones que adopta una empresa de servicios públicos, deslindado de la naturaleza del contrato sobre el que se impone, cuando lo hace con base en la materialización efectiva del servicio, los cuales revisten como elementos característicos que se trata de un “acto positivo, consistente en la expresión o manifestación concreta o específica, proveniente de quienes ejercen funciones administrativas”⁵⁵; (2) de carácter unilateral, esto implica que, siguiendo presupuestos doctrinales, en “el acto administrativo se trata de expresar tan sólo la voluntad de un sujeto, de aquel que ejerce funciones administrativas. Expresión que la doctrina viene explicando exclusivamente por una sola vía, como es la de la administración, sin cruzarla con la del administrado. En este sentido, el acto administrativo se torna en una manifestación de voluntad y no de consentimiento. En esto radica precisamente su carácter de unilateral; no significa, sin embargo, esta expresión que el administrado no tenga participación previa en el procedimiento de formación del acto administrativo”⁵⁶; (3) que contiene una expresión de voluntad⁵⁷; (4) como manifestación puede provenir “de los órganos de la rama ejecutiva del poder público, sino también de cualquier autoridad de los otros poderes u órganos autónomos e independientes, e incluso de los particulares a los que le hubieren sido atribuidas funciones administrativas”⁵⁸; y, (5) tiene una naturaleza decisoria,

⁵⁵ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Tratado de derecho administrativo. Acto administrativo.*, ob., cit., p.132. “[...] De ahí que el acto se consolida como el principal mecanismo de actuación de la administración, en la medida en que debe contener las respuestas permanentes de la administración para con los asociados. Se trata del medio idóneo y eficaz a través del cual se materializa la legalidad. Desde este punto de vista, constituye una forma institucional de expresión de la administración. Ahora bien, por vía de excepción, el acto administrativo también puede consistir en una omisión”.

⁵⁶ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Tratado de derecho administrativo. Acto administrativo.*, ob., cit., pp.132 y 133.

⁵⁷ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Tratado de derecho administrativo. Acto administrativo.*, ob., cit., p.133. “[...] La voluntad constituye el querer, la intención, la actitud consciente y deseada que se forma en el órgano administrativo de acuerdo con los elementos de juicio que le son aportados o que la administración recopila en el ejercicio de su función y las normas jurídicas que corresponda aplicar al caso concreto. La declaración de voluntad debe provenir del ejercicio de la función administrativa, realizada por la administración o por quien haga sus veces. En este sentido, la voluntad de la administración es un problema vinculado al principio de legalidad, a las normas de competencia que atribuyen específicas materias a quienes ejercen funciones administrativas. La voluntad de la administración no puede ser otra que la establecida en la norma constitucional, legal o reglamentaria, y que es desarrollada por el intérprete y ejecutor de la administración, para el caso concreto el servidor público o el particular con funciones administrativas [...] La voluntad de la administración es institucional, normativa, regulada, emanada del derecho”.

⁵⁸ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Tratado de derecho administrativo. Acto administrativo.*, ob., cit., pp.134 y 135. “[...] si la función administrativa es desarrollada por cualquiera de los otros órganos del poder público o por particulares producirá, por excepción, actos administrativos. Se trata, sin duda alguna, del mejor ejemplo de articulación entre los criterios material y formal al interior del concepto de acto administrativo. En esta perspectiva, el acto administrativo podría ser producido, por regla general, por los órganos del poder ejecutivo, y, por regla de excepción, por las autoridades legislativas, judiciales o de las entidades autónomas e independientes, e incluso por los particulares, cuando les hubieren sido atribuidas funciones administrativas”.

esto es, que posee “la fuerza suficiente para crear situaciones jurídicas a partir de su contenido”⁵⁹

Como característica singular de los actos administrativos de contenido individual se encuentra su carácter ejecutivo y ejecutorio que se “traduce en una manifestación de voluntad con fuerza ejecutiva, lo que implica para las autoridades la generación, por consecuencia, de obligaciones unilaterales o de realización de operaciones materiales indispensables con el propósito de hacer eficaz o ejecutorio en el ámbito externo de la administración lo dispuesto en el acto correspondiente”⁶⁰. Lo anterior implica que la eficacia del acto administrativo de contenido individual demanda de la administración pública o de los particulares en ejercicio de funciones administrativas el agotamiento de todos los procedimientos que se dirijan a su exteriorización, para que de este modo se produzcan los efectos⁶¹.

Con base en los anteriores argumentos, la Sala, considerando la naturaleza de actos administrativos de las decisiones que pueden adoptar las empresas de servicios públicos con ocasión de la materialización efectiva del servicio público, de la garantía del interés general y de los fines esenciales sociales durante la

⁵⁹ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Tratado de derecho administrativo. Acto administrativo.*, ob., cit., p.135. FOSRTHOFF, Ernst, *Tratado de derecho administrativo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, p.282. “[...] el acto administrativo es un concepto jurídico, que tiene que cumplir una función dentro del derecho. Por eso solo puede comprender aquellos actos de los que emana directamente un efecto jurídico”. Sección Primera, sentencia de 5 de agosto de 1991, expediente 549. “[...] es un elemento esencial el carácter decisorio que lo haga capaz de producir efectos jurídicos; de crear, modificar o extinguir una situación jurídica. Sólo entonces dicho acto se coloca en condiciones de ser susceptible de control jurisdiccional”. Sección Primera, sentencia de 16 de febrero de 2001, expediente 3531. “[...] La producción de efectos en el plano externo, esto es, frente a los particulares, constituye precisamente el punto medular que perfila la existencia del acto administrativo, y que lo diferencia de los llamados actos interorgánicos”. Puede verse: Sección Cuarta, sentencia de 22 de enero de 1987, expediente 549; Sección Segunda, sentencia de 18 de diciembre de 1991, expediente 3936; Sección Primera, sentencia de 14 de octubre de 1999, expediente 5064.

⁶⁰ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Tratado de derecho administrativo. Acto administrativo.*, ob., cit., p.136. “[...] Esta prerrogativa de poder, desarrollada en el derecho francés, básicamente a partir de los trabajos de HAURIUO, como una acción de oficio de la administración, se ubica modernamente, en nuestra opinión, en las razones sustentadoras del principio de autotutela que rige a la administración pública. La administración no se puede satisfacer exclusivamente con la simple existencia del acto administrativo. La decisión no puede quedar al interior de la administración. Los potenciales efectos jurídicos creados por el acto administrativo deben hacerse eficaces, para lo cual el ordenamiento le reconoce suficientes poderes de ejecución a la administración, no sólo para que los dé a conocer, sino también, y de manera principal, para que los haga efectivos y eficaces unilateralmente, a través de los procesos o procedimientos operativos coherentes con lo dispuesto en ellos”.

⁶¹ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Tratado de derecho administrativo. Acto administrativo.*, ob., cit., p.137. “[...] En este sentido, la exteriorización no es otra cosa que el ánimo de declarar, trasladar al mundo exterior, por los medios legales, lo decidido. Se lleva a cabo, de esta forma, la tarea publicitaria necesaria para lograr que los efectos queridos en el ordenamiento jurídico por el acto administrativo se cumplan frente a sus destinatarios; en caso contrario, nace irremediamente la obligación de imponerlos de manera unilateral por la administración, en virtud de la fuerza ejecutoria que de ellos emana. Significa esto que lo ejecutorio del acto depende se [sic] su firmeza y publicidad. Las decisiones administrativas carentes de esta característica esencial para su eficacia no pueden ser sometidas de manera válida a procedimientos u operaciones ejecutorios [sic]”.

prestación de los servicios públicos, concluye que están sometidos al principio de legalidad integralmente concebido.

(8) La nulidad absoluta de los contratos o de los negocios jurídicos.

En lo relativo al fenómeno de la nulidad absoluta de los actos o negocios jurídicos también ésta Subsección en reciente providencia tuvo la oportunidad de señalar:

“La invalidez es el “juicio negativo de valor que se le hace a un acto dispositivo de intereses con el que se vulnera una norma imperativa, las buenas costumbres o cualquier norma establecida en favor de personas susceptibles de especial protección”⁶².

A diferencia de la inexistencia, la nulidad o juicio de valor negativo, sí requiere ser declarada judicialmente, pues se entiende que el acto dispositivo o negocio jurídico existe, es válido y produce a plenitud todos sus efectos hasta que el juez decrete la nulidad, razón por la cual el fallo proferido en ése sentido es de carácter constitutivo.

De ésta forma, tanto el negocio jurídico como el vicio existen, pero la nulidad no se configura mientras que el juez no la decrete.

Ahora, si bien la nulidad puede ser absoluta o relativa, tanto la una como la otra son susceptibles de saneamiento, bien por ratificación o bien por el término de prescripción, aclarando que si la nulidad proviene de un objeto o de una causa ilícitos, no puede sanearse por ratificación⁶³.

(...)

La nulidad absoluta se produce por alguno de los siguientes vicios a saber: I) Por objeto ilícito; II) Por causa ilícita; III) Por la Incapacidad absoluta de alguna de las partes y; IV) Por la omisión de alguna de las “solemnidades que la ley pida para la validez del acto en consideración a su naturaleza y no a la calidad o estado de las partes que lo celebran”⁶⁴.

Es de aclarar que configuran nulidad absoluta la omisión de solemnidades exigidas para “el valor” del acto en atención a su naturaleza y no por la omisión de solemnidades constitutivas.

⁶² ALARCÓN ROJAS Fernando, “La ineficacia de pleno derecho en los negocios jurídicos”, Ed. Universidad Externado de Colombia, año 2011, Pág. 250

⁶³ Ibídem. Pág. 249.

⁶⁴ Ibídem. Pág. 249.

Teniendo en cuenta que por medio de la nulidad absoluta se “protege el orden público, las normas imperativas, las buenas costumbres, a los absolutamente incapaces y, ocasionalmente, el negocio en los eventos de nulidad parcial”⁶⁵, ésta puede ser alegada por las partes, por todo aquel que conozca el vicio y aún por el Ministerio Público en salvaguarda del interés de la “moral o de la ley”⁶⁶.

También puede ser declarada de oficio por el juez cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato, siempre y cuando estén presentes en el proceso todas las partes del negocio cuya nulidad se pretende decretar oficiosamente, según lo disponen los artículos 1742 del Código Civil, 306 del C.P.C. y 282 del C. G. P”⁶⁷.

Ahora, cualquiera que sea la causa que da origen a la nulidad absoluta una vez ha operado la prescripción extraordinaria ya no podrá ser declarada ni a solicitud de parte, ni de oficio, pues así lo impone el orden jurídico, que en aras de garantizar la paz social y la seguridad jurídica, *“estima que es conveniente poner un límite temporal a la posibilidad de cuestionar los negocios jurídicos”*.

(...)

Cuando el vicio de nulidad que aqueja al contrato no comprende sus elementos estructurales sino otros que se podrían llamar accidentales es evidente que el decreto de nulidad no destruye por entero el contrato sino la parte viciosa, cuestión esta que se desprende del principio de conservación del negocio jurídico.

En consecuencia, como se trata de un elemento accidental, la eliminación de este no comporta la desaparición de todo el contrato y consiguiente lo demás subsistirá y las relaciones jurídicas de las partes se regirán de acuerdo con lo convenido, exceptuando por supuesto la parte cuya nulidad se decreta”⁶⁸..

(8.1) De la nulidad parcial de los contratos o negocios jurídicos.

En los términos referidos, la nulidad del negocio jurídico puede ser total o parcial, ésta última se produce cuando del determinado contrato suscrito se logra evidenciar que aún sin la parte viciada de nulidad, las partes de todos modos lo hubiesen celebrado⁶⁹.

⁶⁵ *Ibidem*. Pág. 251

⁶⁶ Artículo 1742 del Código Civil.

⁶⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Laudo arbitral del 13 de abril de 2015, Expediente. 52.556, EMGESA S.A. vs. Sociedad Hotelera Tequendama S.A.

⁶⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 24 de abril de 2013, Expediente 23.042.

⁶⁹ ALARCÓN ROJAS Fernando, ob., cit., Pág. 255.

La finalidad principal de la nulidad parcial de los negocios jurídicos se concreta en procurar su preservación, pero para que ésta sea procedente se requiere el cumplimiento de ciertos requisitos a saber: I) Que sólo una parte del negocio jurídico se encuentre viciada de nulidad; II) Que el negocio jurídico pueda subsistir sin la parte que se encuentra viciada y que las partes de cualquier forma manifiesten el “*querer*” de preservar su validez, esto es que aún sin la parte nula lo hubieran celebrado⁷⁰.

Así las cosas, se entiende que si en un determinado contrato lo que se encuentra viciado de nulidad absoluta es una de las cláusulas contenidas en éste y el juez se percata de ése vicio pero se reúnen los requisitos previstos en la ley para que no se deba declarar la nulidad de la totalidad del negocio jurídico por haber reunido éste todos sus elementos estructurales, así como también los requisitos exigidos para su valor, puede entonces en ésta hipótesis proceder a declarar únicamente la nulidad de la cláusula viciosa.

(9) Causales de Nulidad de los actos administrativos.

En la legislación colombiana los actos administrativos solo pueden ser objeto de nulidad simple que puede afectar la totalidad del acto o particularmente alguna de sus disposiciones.

Conforme lo establece el artículo 84 de Código Contencioso Administrativo se podrá demandar la nulidad de los Actos administrativos cuando: I) Se expidan con infracción a las normas en las cuales debía fundarse; II) Por la falta de competencia, ya sea funcional o temporal del funcionario u órgano que los expide; III) Cuando se expidan de forma irregular; IV) Cuando sean expedidos con desconocimiento de los derechos de audiencia y de defensa, es decir, con violación al derecho al debido proceso; V) Cuando estén falsamente motivados; y VI) Cuando se expidan con desviación de las atribuciones propias del funcionario o Corporación que los profirió.

(10) El incumplimiento contractual.

En lo que tiene que ver con el incumplimiento contractual ésta Subsección ha señalado con precisión:

⁷⁰ ALARCÓN ROJAS Fernando, ob., cit., Pág. 256.

“Los contratos, amén de regular o extinguir una relación jurídica de contenido económico, también pueden crear relaciones obligacionales y como quiera que en las relaciones jurídicas de esta estirpe una de las partes (el deudor) debe desplegar una conducta (la prestación) en favor de la otra (el acreedor), se sigue que el comportamiento desplegado por el deudor en favor del acreedor solo puede ser tenido como satisfacción de la prestación (pago) en la medida en que se ajuste plenamente a lo convenido.

No otra cosa se deduce de lo preceptuado en los artículos 1626, 1627 y 1649 del Código Civil al disponer, respectivamente, que el “pago efectivo es la prestación de lo que se debe”, que “el pago se hará bajo todos los respectos en conformidad al tenor de la obligación; sin perjuicio de lo que en los casos especiales dispongan las leyes” y que “el deudor no puede obligar al acreedor a que reciba por partes lo que se le deba, salvo el caso de convención contraria, y sin perjuicio de lo que dispongan las leyes en casos especiales.”

En consecuencia, se estará en presencia de un incumplimiento si la prestación no se satisface en la forma y en la oportunidad debida y si además esa insatisfacción es imputable al deudor.

Y es que si la insatisfacción no es atribuible al deudor, ha de hablarse de “no cumplimiento”⁷¹ y esta situación, por regla general,⁷² no da lugar a la responsabilidad civil.⁷³

(...) El incumplimiento, entendido como la inejecución por parte del deudor de las prestaciones a su cargo por causas que le son imputables a él, puede dar lugar al deber de indemnizar perjuicios si es que esa inejecución le ha causado un daño al acreedor.

En efecto, como toda responsabilidad civil persigue la reparación del daño y este puede consistir en una merma patrimonial, en ventajas que se dejan de percibir o en la congoja o pena que se sufre, es evidente que en sede de responsabilidad contractual un incumplimiento puede causar, o no, una lesión de ésta naturaleza y es por esto que no puede afirmarse que todo incumplimiento irremediamente produce una merma patrimonial, impide la consecución de una ventaja o produce un daño moral, máxime si se

⁷¹ F. HINESTROSA. *Tratado de las obligaciones*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 237

⁷² Se exceptúa el caso, por ejemplo, en el que el deudor conviene en responder aún en el evento de fuerza mayor o caso fortuito, tal como se desprende de los incisos finales de los artículos 1604 y 1616 del Código Civil

⁷³ Artículos 1604, inc. 2º, y 1616, inc. 2º, ibidem.

*tiene en cuenta que dos cosas diferentes son el daño y la prestación como objeto de la obligación*⁷⁴.

(10.1) Consecuencias del incumplimiento contractual en los contratos estatales y en contratos celebrados por entidades estatales que se rigen por el derecho privado.

Una de las pretensiones que pueden incoarse en ejercicio de la acción contractual es precisamente la declaratoria de incumplimiento del contrato estatal, su terminación o resolución, pretensión ésta que encuentra su fundamento en la denominada “*Condición Resolutoria Tácita*” prevista en el artículo 1546 del Código Civil, conforme a la cual ante el incumplimiento del contrato por una de las partes, la parte cumplida podrá exigir su cumplimiento, o solicitar su terminación con la consecuente indemnización de los perjuicios⁷⁵.

Así, la declaratoria de incumplimiento supone un juicio de responsabilidad con el consecuente reconocimiento de los perjuicios causados a la parte cumplida con ocasión de éste, conforme a lo alegado y probado en el respectivo proceso⁷⁶.

En tratándose de contratos estatales, cuando lo que pretende la administración es el cumplimiento del objeto contractual, la misma Ley 80 de 1993 le otorga una serie de facultades excepcionales tales como: I) la caducidad, facultad en desarrollo de la cual puede proceder a declarar administrativamente la situación de incumplimiento grave del contratista que impida la ejecución del contrato ordenando su liquidación⁷⁷; II) Ordenar la terminación unilateral del contrato mediante acto administrativo debidamente motivado y ordenar su liquidación; III) Declarar el incumplimiento del contrato mediante acto administrativo debidamente motivado o imponer multas; o IV) Declarar unilateralmente la ocurrencia del siniestro mediante acto administrativo y hacer efectivas las garantías constituidas a su favor.

⁷⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 24 de julio de 2013, Expediente 25131; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 26 de marzo de 2014, Expediente 22831, Sentencia del 16 de octubre de 2014, Expediente 24.809, entre otras.

⁷⁵ J. O. Santofimio Gamboa, “Tratado de Derecho Administrativo”, Tomo III, Primera Edición Noviembre de 2004, Editorial Universidad Externado de Colombia, Pág. 235.

⁷⁶ *Ibidem*, Pág. 236

⁷⁷ *Ibidem*. Pág. 236.

No obstante lo anterior, no ocurre lo mismo en tratándose de contratos celebrados entre particulares o que siendo celebrados por una Entidad estatal como lo son las empresas de servicios públicos, que se encuentran sujetos al régimen de derecho privado por disposición especial, pues ante eventos de incumplimiento de alguna de las partes contratantes cuando la parte cumplida pretenda el cumplimiento del contrato estatal no puede proceder a declarar unilateralmente la terminación del contrato, pues dicha potestad sólo se encuentra para la celebración de contratos estatales, tampoco puede declarar el incumplimiento del contrato, lo que sí puede es hacer efectivas las garantías constituidas a su favor para garantizar las obligaciones adquiridas con ocasión del respectivo negocio jurídico una vez la entidad aseguradora haya reconocido la existencia del siniestro.

En éste orden de ideas, en tratándose de contratos que se rigen por derecho privado, cuando una de las partes ha incumplido, la parte cumplida podrá solicitar que se declare el incumplimiento y exigir las garantías constituidas.

Pero lo que no puede hacer es declarar la terminación unilateral del contrato, pues se repite esta es una facultad excepcional prevista en la ley en favor de la administración para los contratos estatales.

(11) Legitimación en la causa

La legitimación en la causa constituye una condición anterior y necesaria, entre otras, para dictar sentencia de mérito favorable la parte demandante o a la demandada⁷⁸.

En primer lugar, en relación con la naturaleza jurídica de la noción de legitimación en la causa, en sentido amplio, la jurisprudencia constitucional se ha referido a la legitimación en la causa, como la “calidad subjetiva reconocida a las partes en relación con el interés sustancial que se discute en el proceso”,⁷⁹ de forma tal que

⁷⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 22 de noviembre de 2001, Consejera Ponente. María Elena Giraldo Gómez, expediente No. 13356. Constituye postura sólidamente decantada por la jurisprudencia de esta Sala aquella consistente en excluir la figura de la falta de legitimación en la causa de las excepciones de fondo que puedan formularse dentro del proceso, comoquiera que éstas, a diferencia de aquélla, enervan la pretensión procesal en su contenido, pues tienen la potencialidad de extinguir, parcial o totalmente, la súplica elevada por el actor, en tanto que la legitimación en la causa constituye una condición anterior y necesaria, entre otras, para dictar sentencia de mérito favorable al demandante o al demandado.

⁷⁹ Corte Constitucional. Sentencia C- 965 de 2003.

cuando una de las partes carece de dicha calidad o condición, no puede el juez adoptar una decisión favorable a las pretensiones demandadas⁸⁰.

Dentro del concepto de legitimación en la causa, se vislumbra la legitimación de hecho, originada en la simple alegación de esa calidad en la demanda, como lo prevé el artículo 86 del C. C. A., al señalar “*la persona interesada podrá*”, siendo entonces ese interés mínimo, suficiente para accionar y para proponerlo en la instancia procesal de inicio del juicio⁸¹. La legitimación material se concreta en el evento en que se pruebe realmente la calidad de damnificado para así obtener una sentencia favorable a las pretensiones de la demanda.⁸²

Un concepto más reciente ha establecido que:

“(...) se refiere a la relación procesal que se establece entre el demandante y el demandado por intermedio de la pretensión procesal, es decir, se trata de una relación jurídica nacida de la atribución de una conducta en la demanda y de la notificación del libelo inicial al demandado, de manera que quien cita a otro y le endilga la conducta, actuación u omisión que dan lugar a que se incoe la acción, está legitimado de hecho por activa y aquél a quien se cita y se le atribuye la referida acción u omisión, resulta legitimado de hecho y por pasiva, después de la notificación del auto admisorio de la demanda (...) la legitimación material en la causa, supone la conexión entre las partes y los hechos constitutivos del litigio, ora porque resultaron perjudicadas, ora porque dieron lugar a la producción del daño (...)”⁸³.

(12) Caso concreto.

El asunto que aquí la Sala revisa por la vía de la apelación, se encuentra encaminado a determinar si como lo señala el actor, el *a quo* no hizo una valoración integral de la prueba documental y testimonial obrante en el plenario y por lo tanto, erró al declarar probada la excepción de falta de jurisdicción y competencia por cláusula compromisoria, a pesar de que lo que se demanda es la nulidad de actos administrativos de terminación unilateral expedidos por la Empresa de Servicios Públicos ENERCA ESP, cuya controversia debe ser ventilada y resuelta ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

Además precisa el recurrente, que el Tribunal de primera instancia, no observó que la factura de cobro No. 044 por concepto de los servicios de interventoría fue impagada por Fiduagraria atendiendo la orden de no pago materializada en el

⁸⁰ Consejo de Estado, sentencia de 25 de julio de 2011, Exp. 20.146.

⁸¹ Consejo de Estado, sentencia de 19 de agosto de 2011, Exp. 19.237.

⁸² Sentencia del 10 de agosto de 2005, Exp. 13444.

⁸³ Sentencia del 11 de noviembre de 2009, expediente: 18163; 4 de febrero de 2010, expediente 17720.

oficio 140.53.1 10819 del 25 de noviembre de 2009 suscrito por el Secretario de Obras Públicas del Municipio de Yopal, lo cual se prueba con el testimonio de la ingeniera Inés Ivette Rojas Villamizar, y por lo tanto, debe prosperar las pretensiones subsidiarias del libelo demandatorio.

Así las cosas, el problema jurídico en cuestión consiste en determinar si la entidad demandada – ENERCA S.A. ESP, podía declarar la terminación unilateral del contrato, teniendo en cuenta la naturaleza jurídica de la empresa y además determinar si existe falta de competencia de los árbitros para pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos proferidos por dicha entidad. En otras palabras, si podía la entidad pública contratante establecer o pactar cláusulas exorbitantes en el contrato de interventoría de servicios públicos celebrado con la Unión Temporal demandante, sin la autorización de la Comisión Reguladora, o si por el contrario, se debe confirmar la falta de jurisdicción y competencia declarada por el Tribunal de primera instancia.

Funda el accionante sus pretensiones de nulidad en tres cargos contra la demandada: 1. Violó normas superiores al cercenar el derecho de defensa, pues no se concedió los recursos de la vía gubernativa contra el acto de gerencia demandado, 2. Falta de competencia funcional para proferir los actos administrativos acusados, en consideración a que ENERCA carecía de competencia para declarar la terminación unilateral del contrato No. 031 de 2007 y 3. Por falsa motivación, ya que la Unión Temporal había cumplido sus obligaciones contractuales y tampoco se configuraba la imposibilidad sobreviniente alegada el acto de gerencia.

Encuentra la Sala, que para dilucidar el objeto de la litis, es menester referirse los hechos efectivamente probados así:

1. El 27 de diciembre 2007⁸⁴, la Unión Temporal Alumbrado Público Yopal y la Empresa de Energía de Casanare S.A. ESP, suscribieron el contrato de prestación de servicios No. 031 de 2007, cuyo objeto consistió en la interventoría técnica, administrativa, financiera y ambiental al contrato de alumbrado público del municipio de Yopal No. 017 de 2000, el tiempo de duración se pactó por 8 años y dos meses, y frente al valor se indicó que era indeterminado pero determinable

⁸⁴ Fl. 272 a 276 C.1

estimado en 4.75% del valor del recaudo por concepto de alumbrado público en el municipio de Yopal.

2. En la consideración NOVENA del contrato en cita, se indicó: *“En cumplimiento al proceso de selección, corresponde a ENERCA S.A. ESP, suscribir el presente contrato que se regirá en forma general por las normas reglamentarias y complementarias del Código Civil y de Comercio, el artículo 32 de la Ley 142 de 1994, el artículo 76 de la ley 143/94, la Ley 679 de 2001, el Reglamento de Contratación vigente aprobado mediante Acuerdo de Junta Directiva No. 005 del 24 de agosto de 2005 y en especial por las siguiente Cláusulas (...)”*

3. Seguidamente, en la cláusula séptima, se estipuló que el mencionado contrato podía darse por terminado por la entidad contratante por *“(...) por grave injustificado incumplimiento en las obligaciones del contratista, así como cuando se presente alguna de las siguientes causales: A.- Un hecho constitutivo de las obligaciones a cargo del CONTRATISTA, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato, que evidencie que puede conducir a su paralización. B.- El incumplimiento por parte de EL CONTRATISTA de la obligación de informar de inmediato al CONTRATANTE, cuando reciba peticiones o amenazas de quienes actúen por fuera de la ley para obligarlo a hacer u omitir algún acto o hecho. La terminación del contrato será constitutiva del siniestro de incumplimiento de que trata el art. 1.072 del Código de Comercio y no habrá lugar a indemnización alguna para EL CONTRATISTA, quien se hará acreedor a las sanciones e inhabilidades indicadas en la Ley. PARÁGRAFO 1: Una vez vencido el plazo, EL CONTRATANTE, declarará el incumplimiento, sin perjuicio de aplicar los descuentos acordados y la Cláusula Penal Pecuniaria a que haya lugar. El documento que declare el Incumplimiento, en cuanto ordene hacer efectivas los descuentos acordados y el valor de la Cláusula Penal Pecuniaria, permitirá hacer efectivas las garantías ante la aseguradora y contra este Documento no proceden recursos. PARÁGRAFO 2: En el evento de terminación unilateral por decisión del contratante, por incumplimiento del objeto por parte del contratista y/o por haber incumplido cualesquiera de las obligaciones especiales del contratista, no hay lugar a indemnización ni reparación alguna por este solo hecho y el contratante, relevará inmediatamente al contratista, quien deberá entregar un informe de las actividades realizadas hasta la fecha del contrato y reintegrará al contratante los dineros abonados para la ejecución del presente contrato y no podrá formular oposición alguna.”*

4. También previendo las vicisitudes en la ejecución del contrato, las partes convinieron en la cláusula décima séptima. *“SOLUCION DE CONFLICTOS Y CONTROVERSIAS. CLAUSULA COMPROMISORIA: Cualquier diferencia,*

conflicto o desavenencia que se presentare entre las partes, se someterá primero a una etapa de arreglo directo entre las partes que tendrá una duración máxima de 30 días calendario, contados a partir de la fecha en que se notifique a la otra parte formalmente la existencia del conflicto. Si vencido este término no se hubiere llegado a ningún acuerdo, el representante legal de la empresa designará entre los integrantes del mismo dos amigables componedores, quienes tendrán un término de 30 días calendario para proponer fórmulas de arreglo. Pero si vencido este último término no se ha solucionado el conflicto, este será resuelto definitivamente. Tribunal de arbitramento designado por la Cámara de Comercio de Casanare. El arbitramento se sujetarán a lo dispuesto por el decreto 2279 de 1989 (...)"

5. Este contrato de interventoría nació producto del contrato de concesión No. 017 de 2000 suscrito entre el Municipio de Yopal y la Unión Temporal Proyectos S.A. el 24 de febrero de 2000 y cuyo objeto era la prestación del servicio de mantenimiento, operación, expansión y el cambio de tecnología del sistema de alumbrado público en el perímetro urbano y rural del municipio de Yopal departamento de Casanare, con una duración de 15 años contados a partir de la legalización del contrato y suscripción del acta de inicio. Lo anterior, teniendo en cuenta que en la cláusula vigésima de citado contrato, se estableció que el municipio de Yopal contrataría la interventoría e inspección de elementos y de obras, con una persona natural o jurídica y que los costos generados por la misma, estarían a cargo del concesionario y serían pagados a través de una fiducia.

6. Así pues, para cumplir con la cláusula antes referida, el municipio de Yopal suscribió el 6 de diciembre de 2007 el convenio interadministrativo institucional No. 100-21-0090 con la Empresa de Energía de Casanare ENERCA S.A. ESP, para que realizara la interventoría del contrato de concesión No. 017 de 2000 por un término de 9 años y dos meses y cuyo valor y forma de pago se acordó que era el equivalente al 5% del ingreso efectivamente recaudado. Además se consagró que ENERCA S.A. ESP podía subcontratar los servicios de interventoría, quien después de recibir varias ofertas para la prestación de este servicio, seleccionó a la Unión Temporal Alumbrado Público Yopal, quien suscribió el contrato de prestación de servicios No. 031 de 2007.

7. A raíz de que el municipio de Yopal y la Empresa de Energía de Casanare ENERCA S.A. ESP terminaron⁸⁵ de mutuo acuerdo, el convenio interadministrativo 090 de 2007, el Gerente General de la Empresa de Energía de Casanare ENERCA S.A. ESP, el 7 de diciembre de 2009, expidió el acto de gerencia No. 254, refiriendo dos aspectos para la terminación del contrato de interventoría, el primero de ellos, lo fundamentó en que la Unión Temporal el 22 de diciembre de 2008 había incumplido una de sus obligaciones contractuales, al encontrar diferencias entre los valores reportados y los validados conjuntamente entre la Unión Temporal y el concesionario EPNE Ltda. y que ese hecho le daba derecho a ENERCA para terminar el contrato de manera unilateral; y el segundo, lo hizo consistir en la imposibilidad jurídica sobreviniente para continuar con el contrato No. 031 de 2007, con la consideración que el 1 de julio de 2009 mediante Acuerdo 04 el Concejo Municipal de Yopal, se había derogado el impuesto de alumbrado público, recursos con los cuales se amparaba el contrato. Así mismo, argumentó que no era posible la cesión al municipio por haber desaparecido uno de los elementos de contrato como es el precio.

8. Frente a esta decisión de terminación unilateral del contrato, la Unión Temporal presentó un documento que denominó de objeciones y observaciones frente a la decisión de terminación unilateral de la empresa, y el 8 de febrero de 2010 ENERCA mediante acto administrativo sin número resolvió el recurso objeciones y observaciones, confirmando la decisión recurrida en su integridad.

9. El 20 de enero de 2010, la Unión Temporal Alumbrado Público Yopal presentó ante Fidagraria la factura de venta No. 044 correspondiente a la prestación del servicio de los meses de agosto a diciembre de 2009, la cual no fue pagada y por el contrario devuelta por Fidagraria con oficio 03211 del 23 de febrero de 2010.

- **Solución caso concreto**

Previo a abordar el análisis del caso concreto, se considera pertinente señalar que analizadas las pretensiones del libelo demandatorio y acompasadas con los hechos referidos, la Sala concluye que se dirigen a que la acción pertinente para resolver la controversia demandada es la contractual contemplada en el artículo 87 del C.C.A, tal como lo observó el a quo al proferir el auto de admisión.

⁸⁵ El 29 de septiembre de 2009

En consecuencia, no le asiste razón al apelante cuando afirma que existió un error judicial, cuando el Tribunal determinó que la acción procedente para el caso en cuestión era la de controversias contractuales, debido a que claramente se infiere que lo pretendido deviene como resultado de la terminación unilateral del contrato suscrito entre el demandante y ENERCA S.A. ESP.

Tampoco es de recibo para la Sala, la petición del recurrente en el sentido de revocar la sentencia en aplicación del principio de *lura Novit Curia*, pues *“este rige el análisis jurídico en la reparación directa (...), en el sentido que no le corresponde a la persona interesada exponer las razones jurídicas de su pretensión, sino las situaciones fácticas constitutivas del hecho, omisión, operación u ocupación, para que el juzgador decida sobre la base del derecho del derecho que sea aplicable. La técnica de la acción implica, por lo tanto, demostrar la ocurrencia y efectos de los fenómenos indicados y los daños causados con ocasión de los mismos para deducir a partir de este juicio la indemnización de los perjuicios materiales (daño emergente y lucro cesante) y morales que se hayan ocasionado, al igual que los fisiológicos.”*⁸⁶

Así pues, la Sala dará solución a la controversia aquí planteada conforme a los lineamientos de la acción de controversias contractuales, para lo cual emprenderá el análisis del caso concreto puntualizando las pretensiones impetradas por el demandante, así:

1. Solicita el accionante que se “declare que entre el municipio de Yopal - Casanare y la Unión Temporal Alumbrado Público Yopal, existió el contrato de interventoría para el contrato de concesión No. 017 de 2000, cuyo concesionario fue la Unión Temporal Proyectos S.A.- EPNE LTDA, y del cual se derivó del contrato No. 031 de 2007 suscrito entre la Empresa de Energía de Casanare ENERCA S.A. ESP y la Unión Temporal Alumbrado Público Yopal”.

Frente a esta primera pretensión, observa la Sala revisado el material probatorio obrante en el expediente que solo se encuentra probado que la Unión Temporal Alumbrado Público celebró con la Empresa de Energía de Casanare ENERCA

⁸⁶ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo III. Contencioso Administrativo. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004

S.A. un contrato de prestación de servicios No. 031 del 27 de diciembre 2007⁸⁷ cuyo objeto era realizar la interventoría técnica, administrativa, financiera y ambiental al contrato de concesión del alumbrado público del municipio de Yopal No. 017 de 2000).

Situación deja en evidencia que lo pretendido por el actor no pueda ser concedido, debido a que no existe medio probatorio alguno que indique la existencia de contrato entre el municipio de Yopal y la aquí accionante. Sumado a que el demandante reconoce que con el citado ente territorial, nunca suscribió contrato.

Así las cosas, es pertinente recordar que conforme a lo indicado en el acápite 2 de la parte considerativa, los contratos estatales, son de naturaleza y carácter solemne, es decir, deben constar por escrito, y como el demandante no suscribió contrato alguno con el municipio de Yopal, esta primera pretensión esta llamada a fracasar.

De otra parte y según lo antes expuesto, la Sala precisa que para resolver las demás pretensiones planteadas, es necesario tener en cuenta que conforme a lo resuelto en esta pretensión, referido a la no demostración de la existencia de un contrato entre el municipio de Yopal y el demandante, dicha entidad no está llamada a ser responsable por los hechos que aquí se discuten. Razón por la cual, atendiendo a lo dicho en el acápite 11 de la parte considerativa, se declarará probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva del municipio de Yopal a partir de la segunda pretensión donde se involucre la responsabilidad contractual de la entidad demandada.

En consecuencia, las demás súplicas de la demanda serán analizadas únicamente respecto de la Empresa de Energía de Casanare – ENERCA.

2. La segunda pretensión planteada, está encaminada a que “se declare que el municipio de Yopal – Casanare y la Empresa de Energía de Casanare ENERCA S.A. ESP, carecen de competencia para declarar la terminación unilateral del contrato de interventoría No. 031 de 2007, por ser competencia del juez del contrato”.

⁸⁷ Fl. 272 a 276 C.1

La Sala encuentra que de conformidad con el acápite 6 de la parte considerativa, la Empresa de Energía de Casanare ENERCA S.A. ESP, no contaba con facultades legales para incluir en el contrato No. 031 de 2007 la estipulación excepcional establecida en la cláusula séptima de Terminación Unilateral, tal y como lo hizo. De lo cual se desprende que con la estipulación se excedieron las competencias definidas expresamente por el legislador para la entidad estatal contratante, así como los límites que en esta materia encuentra y debe respetar la autonomía de la voluntad de los contratantes y con ello se desconocieron las disposiciones de derecho público que regulan de manera imperativa esta precisa materia.

De otra parte, se debe resaltar por parte de esta Sala de Subsección que si bien el inciso 2º del artículo 31 de la Ley 142 de 1994, faculta a las Comisiones de Regulación de Servicios Públicos Domiciliarios para hacer obligatoria la inclusión de cláusulas excepcionales en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, así como para facultarlas para que tales potestades excepcionales puedan incluirse en los demás contratos, previa consulta expresa, se tiene que la Empresa de Energía de Casanare ENERCA S.A. ESP, no probó que elevó consulta ante la Comisión de Regulación de Energía, para la inclusión de cláusulas exorbitantes en el contrato que denominó de prestación de servicios No. 031 de 2007 suscrito con la Unión Temporal demandante, y tampoco se evidenció en el plenario que la Comisión de Regulación ordenara la inclusión obligatoria de la cláusula excepcional en mención.

Así las cosas, teniendo en cuenta que no es posible pactar una cláusula de terminación unilateral en un contrato que se rige por normas de derecho privado, como son aquellos que celebran las Empresas de Servicios Públicos, aquel contrato que contenga una cláusula en ése sentido se encontrará viciado de nulidad absoluta, siendo innecesario que por ese vicio necesariamente se deba declarar la nulidad de todo el contrato.

Por estas razones, y las que atrás se expresaron es que la Cláusula Séptima del contrato No. 031 de 2007 celebrado entre las partes de este litigio es absolutamente nula, pues su pacto no resulta procedente en tratándose de contratos que se rigen por el derecho privado, donde no es posible pactar o convenir cláusulas excepcionales sin autorización expresa.

Así pues, como la nulidad de esta cláusula en cuanto exige las mencionadas órdenes no implica la de todo el contrato, el decreto oficioso de la nulidad sólo comprenderá aquel aspecto.

Y como así no lo vio ni lo decidió el Tribunal de primera instancia, la sentencia apelada deberá ser revocada en éste punto para en su lugar declarar la nulidad parcial absoluta de la Cláusula Séptima del Contrato No. 031 de 2007.

3. La tercera súplica está encaminada a que “se declare que el juez arbitral del contrato de interventoría No. 031 de 2007, carece de competencia funcional y legal para conocer de los actos administrativos expedidos por la Empresa de Energía de Casanare ENERCA S.A. ESP, mediante los cuales se declaró la terminación unilateral del contrato de interventoría No. 031 de 2007, por ser competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo”.

Analizada la argumentación del recurrente, relacionada con que la justicia arbitral carece de competencia para pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos demandados proferidos por ENERCA S.A. ESP, encuentra la Sala que estos actos, se encuentran exceptuados del conocimiento de la jurisdicción arbitral y contrario sensu, su control de legalidad recae en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, como se pidió en el petitum de la demanda.

Lo anterior, encuentra sustento en el hecho de que las empresas que prestan servicios públicos, sean estas públicas, de capital público o privado, o privadas, están ejerciendo funciones administrativas cuando tal ejercicio es necesario para la efectividad del servicio público, para garantizar el interés general, las finalidades esenciales y sociales constitucionalmente previstas, los intereses de la comunidad y los derechos fundamentales inherentes a la prestación del servicio.

De manera que, como se señaló en el acápite 7 de la parte considerativa, las empresas de servicios públicos excepcionalmente pueden producir decisiones de contenido unilateral e individual que se encuadran como verdaderos actos administrativos, sometidos a los principios, normas y procedimientos en los que se inspira la legalidad de estos integralmente.

Así las cosas, claro es que constituye un ejercicio de la función administrativa el proferir actos administrativos tendientes a garantizar por ejemplo, el cumplimiento de un contrato, la imposición de multas y la declaratoria de incumplimiento, como ocurrió en el caso en comento, en donde ENERCA haciendo uso de las facultades reconocidas legalmente, decidió declarar el incumplimiento contractual de la Unión Temporal Alumbrado Público, respecto del contrato de interventoría por ellos celebrado.

Siendo pertinente precisar que le asiste razón a la parte demandante, cuando afirma que la jurisdicción competente para conocer de la nulidad de los actos administrativos demandados, es la contencioso administrativa, conforme a los argumentos antes expuestos.

En conclusión y atendiendo lo dicho, la Sala procederá a revocar la declaratoria de la excepción de falta de jurisdicción y/o competencia declarada por el *a quo*, por considerar que en el *sub judice* no resulta competente la justicia arbitral.

4. La cuarta pretensión, busca que “se declare que el municipio de Yopal – Casanare y la Empresa de Energía de Casanare ENERCA S.A. ESP, carecen de competencia funcional para declarar el incumplimiento del contrato de interventoría No. 031 de 2007 a la contratista Unión Temporal Alumbrado Público Yopal, tal y como lo indicó el acto administrativo de Gerencia No. 254 del 7 de diciembre de 2009 y el acto administrativo sin número del 8 de febrero de 2010”.

Frente a esta petición, la Sala simplemente se limitara a señalar que conforme con lo expuesto en el punto inmediatamente anterior, las empresas de servicios públicos están facultadas legalmente para expedir actos administrativos cuando se encuentren en ejercicio de funciones públicas inherentes a la prestación del servicio, el interés general etc., presupuestos que se cumplen en el presente caso y que permiten afirmar que ENERCA S.A. tenía la facultad de declarar el incumplimiento contractual. Por lo tanto, esta pretensión también está llamada a fracasar.

5. El demandante pretende que “se declare que la Unión Temporal Alumbrado Público Yopal no incumplió las obligaciones de interventora del contrato No. 017 de 2000 pactadas en el contrato No. 031 de 2007 suscrito

entre Empresa de Energía de Casanare ENERCA S.A. ESP y Unión Temporal Alumbrado Público Yopal”.

La accionante pide que se declare que ella cumplió sus obligaciones contractuales y de otra parte, requiere que también se declare que la accionada fue la incumplida frente al pago de los valores correspondientes a la interventoría desarrollada al contrato No. 017 de 2000, por los meses de agosto a diciembre de 2009 (factura de venta No. 044 del 20 de enero de 2010) y la pérdida de oportunidad por los años 2010 a 30 de junio de 2015.

Para determinar la vocación de prosperidad de lo pretendido por el actor, debe la Sala proceder a constatar el incumplimiento de la entidad pública demandada y de otra, el cumplimiento de las obligaciones del demandante.

Entonces, en el escrito de contestación de la demanda ENERCA S.A. ESP negó haber incurrido en el incumplimiento referido, manifestando para el efecto que mediante Oficio VNGA – 1490 -003211⁸⁸ suscrito por la Jefe de Negocios de Fiduagraria y dirigido a la Unión Temporal demandante, se anotó “ (...) *sobre los recursos que ingresaron al fideicomiso hasta el 26 de septiembre de 2009, la Unión Temporal Alumbrado Público de Yopal cobró los honorarios en fecha 23 de septiembre de 2009 mediante factura de venta No. 42.*”, con esto se demuestra que no le asiste razón a la Unión Temporal accionante y por el contrario, queda claro que la entidad demandada cumplió con la obligación de pago convenida contractualmente causada por los servicios prestados.

Por su parte, frente al incumplimiento de la obligación endilgada a la parte demandante por la entidad demandada, la Sala encuentra que no se desvirtuó el incumplimiento señalado en el acto de Gerencia No. 254 del 7 de diciembre de 2009⁸⁹, referido puntualmente al numeral 15 cláusula segunda del contrato No. 031 de 2007, que a su tenor literal reza: “*Verificar que los pagos por deudas de suministro de energía y ante terceros sean realizados por la Fiducia, de igual forma garantizar que los pagos realizados correspondan a los valores adeudados*”.

⁸⁸ Fl. 41 C.1

⁸⁹ Fls. 356- 357 C. 2

Lo anterior, teniendo en cuenta que en oficio de 18 de enero de 2009⁹⁰ de objeciones y observaciones al acto de gerencia No. 254 de 2009 suscrito por la Unión Temporal demandante afirmó “(...) *Es precisamente en ese momento enero 26 de 2009 que la Unión Temporal Alumbrado Público se entera oficialmente, sobre los reportes de energía realizados por EPM ante el mercado mayorista y de inmediato a solicitud de ENERCA se empieza a realizar los cálculos de esas diferencias de energía y solicitar a EPM las correcciones en su facturación para cancelar esta diferencia (...)*. Aunado a lo señalado, sostuvo el actor en la demanda que esa obligación no le correspondía ejecutarla, siendo contradictorio con lo expuesto en el oficio en cita.

De lo anterior, es dable concluir que confrontada las obligaciones contractuales del demandante con las pruebas, se observa por parte de la Sala que el actor incumplió con su obligación consistente en garantizar que los pagos realizados correspondan a los valores adeudados, tanto así, que EPM en reunión del 19 de agosto de 2009 reconoció deberle a ENERCA la suma de \$71.289.679 por concepto de energía no reportada.

En efecto, según lo dispone el artículo 1757 del Código Civil “*Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o ésta*”, y por consiguiente quien aduce que no ha incumplido las obligaciones a su cargo, tiene la carga de demostrar su cumplimiento, y, demostrando esto, será entonces del resorte del deudor acreditar la extinción del vínculo obligacional, si quiere enervar la pretensión del acreedor.

Y es que para probar la existencia de un hecho no basta con la sola afirmación para que se considere que éste existe sino que debe demostrarse a través de las pruebas que oportunamente se alleguen al proceso.

Resalta la Sala, en el caso de contratos que se rigen por derecho privado, cuando una de las partes ha incumplido, lo pertinente es que la parte cumplida podrá solicitar que se declare el incumplimiento y exigir las garantías constituidas.

6. Pide el accionante que, “se declaren nulos los actos administrativos No. 254 del 7 de diciembre de 2009, mediante el cual se declaró la terminación del contrato No. 031 de 2007 y el fechado del 8 de febrero de 2010, donde se

⁹⁰ Fls. 361-366 C.2

resolvió el recurso, objeciones y observaciones contra el acto administrativo de Gerencia No. 254 del 7 de diciembre de 2009, ambos proferidos por Empresa de Energía de Casanare ENERCA S.A. ESP”.

Sustenta el accionante, la solicitud de declaratoria de nulidad de los actos administrativos No.254 de 2009 y el de fecha 8 de febrero de 2010 que confirmó, en que existió una falsa motivación del acto de gerencia No. 254⁹¹ del 7 de diciembre de 2009, que terminó unilateralmente el contrato No. 031 de 2007, en consideración a que no es cierta la imposibilidad sobreviniente alegada por la entidad pública en el acto administrativo citado, pues posteriormente en el 2011 el municipio de Yopal abrió proceso de selección cuyo resultado fue la adjudicación del contrato de interventoría al contrato de concesión No. 017 de alumbrado público.

Sin embargo, en consideración a lo antes expuesto ENERCA hizo uso de las facultades exorbitantes que se le otorgan a la administración pública en el marco de un contrato estatal, de conformidad con lo establecido en la Ley 80 de 1993, no obstante, conforme quedó dicho en la parte considerativa de esta providencia, el contrato celebrado por las partes se regía por las disposiciones del derecho privado, circunstancia que le impedía a la entidad, hacer uso de la terminación unilateral del contrato como prerrogativa estatal. Siendo preciso reafirmar, que si lo que pretendía era contar con las facultades exorbitantes reconocidas por el estatuto de contratación, debió para hacerlo pedir autorización a la Comisión de Energía y Gas.

En consecuencia, la Sala estima inocuo pronunciarse de este cargo de nulidad cuando ya se ha determinado que ENERCA S.A. ESP no tenía competencia funcional para terminar unilateralmente el contrato No. 031 de 2007 y por lo tanto, lo procedente es declarar la nulidad del acto de Gerencia No. 254 del 7 de diciembre de 2009 y del oficio fechado del 8 de febrero de 2010, donde se resolvió el recurso, objeciones y observaciones confirmando el acto administrativo en cuestión.

En conclusión, esta Sala de Subsección declarará que el acto de gerencia No. 254 del 7 de diciembre de 2009, mediante el cual se declaró la terminación unilateral del contrato No. 031 de 2007 y el oficio fechado del 8 de febrero de 2010 que lo

⁹¹ Fls. 356-358 C.2

confirmó, son nulos por falta de competencia funcional de la entidad demandada ENERCA S.A. ESP, que los profirió.

7. Con relación a las pretensiones Nos. 7, 9 y 10 relacionadas con el incumplimiento de las obligaciones contractuales consistentes en pagar los valores correspondientes a la interventoría desarrollada al contrato No. 017 e indemnizaciones por ese incumplimiento, la Sala precisa lo siguiente:

Que la Unión Temporal sostuvo que radicó factura No. 44 para que se le cancelaran los servicios prestados correspondiente a los meses de agosto a diciembre de 2009 porque “prestó y cumplió con la totalidad de sus obligaciones”.

Vale traer a colación el testimonio rendido por la señora INES IVETTE ROJAS VILLAMIZAR, representante legal de la Unión Temporal Proyectos S.A. EPNE LTDA. recepcionado el 2 de diciembre de 2013, en el cual manifestó lo siguiente:

“PREGUNTADO: Sírvase decirle al despacho cual era el procedimiento a seguir para que la Unión Temporal Alumbrado Público Yopal pudiera presentar las cuentas de cobro a FIDUAGRARIA para el pago de las labores de interventoría ejecutadas? CONTESTÓ: El manejo de los recursos de la conexión provenía del recaudo de un impuesto del cual el ente recaudador daba traslado a un encargo fiduciario en calidad de representante legal del concesionario contractualmente estaba bajo mi responsabilidad las ordenes de pagos de las actividades que intervienen sobre la concesión del alumbrado público, entre ellas, la interventoría, a pesar de ser un contrato entre el municipio y un tercero. Los recursos del contrato de interventoría debían contar con la orden del fideicomitente, en este caso el concesionario para su pago, el fideicomitente de acuerdo con los recursos disponibles en el fideicomiso y con el periodo causado se emitía orden de pago, la orden de pago, debía existir previa en el fideicomiso antes de la presentación de la factura por parte del contratista (interventoría) a pagar. (...) PREGUNTADO: Sírvase infoma (sic) al despacho si la Unión Temporal Alumbrado Público Yopal ejecutó las funciones de interventoría al contrato de concesión 017 de 2000 para los meses de Junio, Julio, Agosto, Septiembre, Octubre, Noviembre y Diciembre del año 2009? CONTESTÓ: Sí. PREGUNTADO: Sírvase informar al despacho si usted como FIDEICOMITENTE si autorizó a FIDUAGRARIA pagar a la Unión Temporal Alumbrado Público Yopal los servicios de interventoría correspondiente a los meses de Julio a Diciembre del año 2009? CONTESTÓ: No autoricé pagos del periodo mensual de julio de 2009 en adelante, porque el 25 de noviembre recibí una comunicación cuya referencia “Convenio interadministrativo 090-07 “Aunar esfuerzos para la interventoría del contrato de concesión de alumbrado público del Municipio de Yopal”, cuyo asunto era “aviso sobre acta de terminación bilateral”, dándome la instrucción de: “informar a la entidad financiera que no deben ser tenidos en cuenta los pagos que se ocasionan por concepto de interventoría de alumbrado público”, razón por la cual el fideicomiso reconoció pagos hasta el 29 de junio de 2009 (los recursos correspondían a tres periodos mensuales atrás y el ingreso del área rural de carácter trimestral tenía 6 periodos atrasados) (...).PREGUNTADO: Sírvase informar al despacho una vez que fue derogado el impuesto de alumbrado público del municipio de Yopal con el acuerdo 04 de 2009 del concejo municipal, cual fue la fuente de financiación con que el municipio de Yopal sufragó los costos de los contratos inherentes a la conexión del sistema de Alumbrado Público de Municipio de Yopal? CONTESTÓ: De recurso propios del presupuesto municipal, previa

gestión de la Alcaldía ante el conejo para que autorizaran la disponibilidad de estos recursos en el presupuesto”.

De lo dicho por la declarante, la Subsección da por cierto el hecho de que el contratista ejecutó funciones de interventoría al contrato No. 017, para los meses de Junio, Julio, Agosto, Septiembre, Octubre, Noviembre y Diciembre del año 2009, lo cual armoniza con el dicho del demandante y con la fecha de terminación unilateral del contrato por parte de ENERCA S.A. ESP.

Entonces, la Sala encuentra que los valores reclamados por el contratista por la ejecución del contrato No. 031 correspondiente a los meses de agosto a diciembre de 2009, de una parte fueron cancelados como lo demuestra el Oficio VNGA – 1490 -003211⁹² suscrito por la Jefe de Negocios de Fiduagraria y dirigido a la Unión Temporal demandante, “ (...) *sobre los recursos que ingresaron al fideicomiso hasta el 26 de septiembre de 2009, la Unión Temporal Alumbrado Público de Yopal cobró los honorarios en fecha 23 de septiembre de 2009 mediante factura de venta No. 42.*” Y frente al periodo no cancelado, procedería a favor del actor el reconocimiento desde el 27 de septiembre al 7 diciembre de 2009, fecha de la terminación unilateral del contrato y no más allá de esta fecha, asumiendo el contratista por su cuenta y riesgo los efectos de seguir ejecutando un contrato terminado.

Por lo tanto, la Sala condenará a ENERCA S.A. ESP al pago de los valores por la interventoría efectuada al contrato No. 017 durante el periodo comprendido entre el 27 de septiembre y el 7 de diciembre de 2009, pero no realizará la liquidación dado que no se tienen suficientes pruebas para este efecto, por lo que en aplicación del artículo 172 del Código Contencioso Administrativo se ordenará surtir el incidente de liquidación de perjuicios respectivo, para lo cual se deberá promediar los valores pagados al demandante por concepto de la interventoría durante los tres últimos meses de ejecución del contrato No. 031, suma que deberá ser indexada.

Ahora bien, frente a la indemnización de perjuicios como la Unión Temporal Alumbrado Público incumplió con el contrato de interventoría celebrado por ENERCA, no hay lugar a realizar ningún reconocimiento económico, por carencia del derecho a reclamar cualquier tipo de indemnización.

⁹² Fl. 41 C.1

Se itera por lo expuesto previamente, que la Sala reconocerá el pago de los valores ejecutados y no pagados correspondientes al contrato No. 031 hasta el momento de la liquidación unilateral y negará al no desvirtuarse el incumplimiento del accionante el reconocimiento económico pedido consistente en pagar perjuicios morales y materiales en las modalidades de lucro cesante y daño emergente.

8. Así mismo, con referencia a la pretensión No. 8 “*Que se liquide el contrato en sede judicial, debido a que ni el Municipio de Yopal ni la Empresa de Energía de Casanare ENERCA S.A. ESP, cumplieron con la obligación de hacerlo*” la Sala precisa lo siguiente:

Adicionalmente a lo expuesto, la parte recurrente solicita que se ordene por parte de esta Corporación la liquidación del contrato, solicitud que una vez analizada por la Sala no puede ser atendida, ya que no reposan en expediente los valores recaudados en forma mensual por concepto de impuesto de alumbrado público correspondiente al contrato No. 031 de 2007, documentos esenciales para hacer el balance de la ejecución del mismo y en consecuencia, se pueda proceder al finiquito de la relación contractual.

En conclusión, la Sala en atención a los razonamientos expuesto estima que la sentencia apelada deberá ser revocada para en su lugar declarará la falta de legitimación del municipio de Yopal de conformidad con la parte motiva, declarará nulidad parcial absoluta de la cláusula séptima del contrato No. 031 de 2007 y la nulidad del acto de gerencia No. 254 del 7 de diciembre de 2009, mediante el cual se declaró la terminación unilateral del contrato No. 031 de 2007, y del oficio fechado del 8 de febrero de 2010, donde ENERCA S.A. ESP, resolvió el recurso, objeciones y observaciones, que confirmó dicha decisión, en el entendido que la nulidad se refiere sólo en la parte relativa a la terminación unilateral del contrato y negará las demás pretensiones de la demanda.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada proferida el 6 de febrero de 2014 por el Tribunal Administrativo de Casanare, la cual quedará así:

*“PRIMERO: **DECLARAR** probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva del municipio de Yopal, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

*SEGUNDO: **DECLARAR** la nulidad absoluta de la cláusula séptima del contrato No. 031 de 2007, por las consideraciones expuestas en esta providencia.*

*TERCERO: **DECLARAR** la nulidad del acto de gerencia No. 254 del 7 de diciembre de 2009, mediante el cual se declaró la terminación unilateral del contrato No. 031 de 2007, y del oficio fechado del 8 de febrero de 2010, donde ENERCA S.A. ESP, resolvió el recurso, objeciones y observaciones, que confirmó dicha decisión.*

*CUARTO: **CONDENAR** en abstracto a la Empresa de Energía del Casanare ENERCA S.A. ESP para que pague a favor de la Unión Temporal Alumbrado Público Yopal, los valores adeudados por la ejecución de la interventoría al contrato No. 017 desde el 27 de septiembre al 7 diciembre de 2009, liquidación que deberá hacerse según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia y por medio del incidente respectivo según lo consagrado en el Código Contencioso Administrativo.*

*QUINTO: **NEGAR** los restantes pedimentos de la demanda”.*

SEGUNDO: Devolver el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

OLGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ
Presidente

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE
Magistrado

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Magistrado Ponente