

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN
SALA CIVIL - FAMILIA**

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: MANUEL ANTONIO BURBANO GOYES

Popayán, dos (02) de marzo del año dos mil veintiuno (2021).

ASUNTO A TRATAR

Sería del caso, resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, frente a la sentencia dictada en primera instancia por el JUZGADO SEXTO CIVIL DEL CIRCUITO DE POPAYÁN - CAUCA, el día 15 de marzo de 2019, adicionada el 19 de septiembre de esa misma calenda¹, dentro del proceso declarativo de la referencia, instaurado por COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO DE SERVICIOS Y TELECOMUNICACIONES DEL CAUCA - COOPSERTEL, en contra de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P., sino fuera porque se observa configurada causal de nulidad, insaneable², que debe ser declarada de oficio.

ANTECEDENTES

La COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO DE SERVICIOS Y TELECOMUNICACIONES DEL CAUCA - COOPSERTEL solicitó mediante demanda³, declarar que entre esta y COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P., "existió y existe" una relación contractual originada en los contratos 71.1.0223.05 y 71.1.113.06, para la operación de la red de

¹ Remitida al Ad Quem el 13 de noviembre de 2019, según consta en el acta de reparto visible a folio 1 del Cuaderno del Tribunal.

² La A Quo mediante auto del 14 de febrero de 2013, resolvió la excepción previa de falta de jurisdicción y competencia presentada por la parte demandada, negándola en razón a que, contrario a lo pedido por la excepcionante, no consideró configurada una falta de competencia territorial, ni obligación de remitir la solución de la controversia a un tribunal de arbitramento.

³ Presentada el 20 de abril del año 2012.

la demandada, y, el desarrollo de actividades de construcción y reposición de la red externa, existiendo "incumplimiento" de los contratos por la imposición de multas indebidas, liquidaciones "mal realizadas", y, el no pago de mayores cantidades de obra (obras adicionales ejecutadas y no liquidadas, descuentos y no pago de esponjamientos), adeudando un valor total de \$1.499.275.956.07; se pide además, la indemnización por perjuicios materiales, en la modalidad de daño emergente en la suma de \$1.804.725.973.09 y lucro cesante en la suma de \$1.389.376.928.97.

En más de cien hechos presentados en la demanda, se relacionan los derivados de cada uno de los contratos celebrados - previa invitación privada - en los años 2005 y 2006 entre las partes, con el objeto, en resumen, de operar la "la red de acceso en occidente 2 (Valle Sur y Cauca)", siendo obligaciones de la demandante, entre otras, la de realizar mantenimiento e instalación de redes de acceso, visitas de inspección, aprovisionamiento de líneas telefónicas y servicios cooperativos, mantenimiento e instalación de servicios "XDSL", actividades de construcción y reposición de la red externa de los servicios públicos domiciliarios prestados por Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P.

A su vez, se reprochan múltiples circunstancias en las que se desarrollaron los contratos, v.g, las modificaciones realizadas a los mismos por el administrador del contrato (esa facultad únicamente recaía en el vicepresidente de telefónica local de Colombia de telecomunicaciones), sumado a la obligación del contratista de aceptar siempre "las ofertas de menor valor, entre todas aquéllas que hicieran parte del contrato", sin contar que las reformas variaron lo acordado inicialmente frente a las obligaciones adquiridas, v.g. para el "mantenimiento correctivo de clientes corporativos", imposición de sanciones o multas, el objeto del contrato, incluyendo nuevas zonas de trabajo en la regional occidente de Nariño pese a que inicialmente solo comprendía "Valle sur y Cauca", se modificó el precio, actividades y obligaciones del contratista, añadiendo por ejemplo, la relativa a

"*instalación de equipos inalámbricos y su retiro*", se prorrogaron los plazos de ejecución, y, se aplicaron a la demandante de forma irregular y unilateral diferentes multas por incumplimientos no probados o no atribuibles a esta, a más de resolver de forma unilateral las discusiones suscitadas entre las partes frente a divergencias sufridas en el contrato (v.g. hecho 46), sin contar con los inconvenientes técnicos, administrativos, de planeación, ambientales que fueron informados a la demandada sin obtener respuesta de su parte.

Agrega que hubo falta de planeación por parte de la ESP contratante, debiendo paralizar las obras para las que Coopsertel fue contratada, narrando múltiples circunstancias entre las que se destacan: ..."No contar con las licencias ambientales, regulación de frentes de trabajo autorizados por planeación municipal (6 frentes de trabajo simultáneos en la ciudad de Cali y nos más de cinco cuadras lineales intervenidas), diseños no ajustados a la realidad de las vías, no requerimientos municipales, no autorización de canalización a cielo abierto en algunos sectores donde se ejecutaría el contrato, no coincidencia del cálculo de rendimiento en las placas de concreto que se encontraron en las vías y superaban los 25 Cm de espesor en algunos tramos, por encima de los 15 cm calculados por Colombia Telecomunicaciones - espesor que se incrementó por encima de los 25 cm al hallarse una capa adicional asfáltica, desarrollo de obras del MIO - reposición de redes de acueducto y alcantarillado realizadas por EMCALI - que impedían por no autorización el desarrollo de las obras hasta tanto no se consolidaran aquellas (...)".

Se añade, en consonancia con las pretensiones, que muchos trabajos realizados, no fueron reconocidos ni pagados: "Coopsertel dando cumplimiento al contrato 71.1.113.06, cargó, retiró, transportó aproximadamente 26.423 M3 de escombros provenientes de las excavaciones, sin embargo, dichos trabajos no fueron reconocidos por la demandada", insistiendo en que "la empresa Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. aplicó sanciones por incumplimiento - deducciones - multas de manera unilateral, arbitraria e

injusta y sin un previo procedimiento, vulnerando los reglamentos del juicio administrativo contractual y el derecho de defensa y contradicción al accionante", además y pese a contar con la anuencia de los interventores del contrato designados para la realización de obras adicionales, las mismas no fueron canceladas, todo lo que en conjunto, produjo un desequilibrio contractual y un empobrecimiento injusto de la contratista que la llevó a quedar en un estado de "iliquidez".

Por su parte, Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P.⁴ a través de su vocera judicial, contestó la demanda oponiéndose a la totalidad las pretensiones declarativas y condenatorias formuladas en su contra, negando la existencia de una relación contractual en la actualidad, puesto que, los contratos a los que hace referencia la parte demandante si fueron suscritos y ejecutados, no obstante, se encuentran debidamente terminados por "mutuo acuerdo de las partes", recalcando la aceptación por parte del contratista de los acuerdos realizados, proponiendo en su defensa, diferentes excepciones.

La Juez de primera instancia, resolvió declarar que entre las partes existió una relación contractual, originada en los contratos 71.1..0223.05 y 71.1.0113.06; declaró civilmente responsable a Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. por los daños y perjuicios ocasionados a Cooperativa de Trabajo Asociado de Servicios y Telecomunicaciones del Cauca - COOPSERTEL, suscitados en la ejecución de los contratos 71.1.0223.05 y 71.1.0113.06, por la suma de novecientos treinta y ocho millones seiscientos seis mil ciento noventa y seis pesos (\$938.606.196.00)".

En adición y complementación de la sentencia condenó a Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. por los daños y perjuicios a Coopsertel de la siguientes manera: Por concepto de daño emergente, la suma de mil cuatrocientos cincuenta y nueve millones setecientos noventa y tres mil cuarenta y siete pesos (\$1.459.793.047) y por concepto de lucro cesante, la suma de mil ochocientos setenta y cuatro

⁴ Ver folios 1085 a 1126 del cuaderno "número dos (2)".

millones seiscientos setenta y seis mil doscientos ochenta y dos pesos (\$1.874.676.282), valores indexados hasta el 25 de junio de 2017; ordenó el pago de los intereses comerciales y moratorios bancarios autorizados por la Superintendencia Financiera y resolvió declarar no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada, obligándola al pago de las costas correspondientes. En la motivación del fallo la A Quo señaló que la demandada, aplicó de manera "discrecional" un régimen sancionatorio "no convenido con la demandante", "modificando el contrato" y abusando de la posición dominante que ostentaba, produciendo un desequilibrio económico a Coopsertel, sin que además reconociera mayores cantidades de obra, violando las estipulaciones contractuales, haciendo imposiciones "unilaterales" "que masacraron los criterios de planificación económica de la cooperativa en sus gastos de obligaciones para subcontratistas, proveedores entre otros".

Dicha decisión fue objeto de apelación por la parte demandada.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

¿Tiene la jurisdicción civil competencia para decidir asuntos contractuales celebrados por una empresa privada de servicios públicos domiciliarios en los cuales se incluyan o hayan debido incluirse cláusulas exorbitantes? De ser negativa la respuesta a ese planteamiento: ¿Debe declararse la nulidad insaneable de falta de jurisdicción a partir de la Sentencia dictada por la A Quo y lo actuado de ahí en adelante?

TESIS DEL DESPACHO

La jurisdicción civil no tiene competencia para decidir asuntos contractuales celebrados por una empresa privada de servicios públicos domiciliarios en los cuales se incluyan o hayan debido incluirse cláusulas exorbitantes,

en razón a lo anterior, debe declararse la nulidad a partir de la Sentencia dictada por la A Quo y lo actuado de ahí en adelante.

COMPETENCIA EXCEPCIONAL DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA PARA CONOCER LAS CONTROVERSIAS DONDE SEAN PARTE EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS DE CARÁCTER PRIVADO (ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO, ASEO, ENERGÍA ELÉCTRICA, DISTRIBUCIÓN DE GAS COMBUSTIBLE, TELEFONÍA PÚBLICA BÁSICA CONMUTADA Y LA TELEFONÍA LOCAL MÓVIL EN EL SECTOR RURAL)/ LEY 1437 DE 2011 - NUMERAL 3 DEL ARTÍCULO 104/ CRITERIO MATERIAL - CLÁUSULAS EXORBITANTES PARA ESTABLECER COMPETENCIA DEL JUEZ QUE DEBE DECIDIR LOS CONFLICTOS QUE SE ORIGINEN EN LOS MISMOS.

Por la importancia del tema, para el caso concreto, es necesario analizar las disposiciones que se refieren a los asuntos en materia de servicios públicos domiciliarios, en adelante SPD, sometidos al conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa, conforme a lo dispuesto en el artículo 104 del CPACA.

Los servicios públicos domiciliarios, con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991 y el desarrollo legal que se dio frente a los mismos (Ley 142 y 143 de 1994)⁵, sufrieron una importante transformación, permitiendo entre otros aspectos, la posibilidad de que los particulares participen en su gestión y prestación, última que en todo caso, debe consultar los fines inherentes al Estado Social de derecho, y, debe estar encaminada a satisfacer las necesidades más básicas de los asociados.

⁵ En uso de la facultad que la Carta Política le confirió al Congreso de la República para reglamentar la prestación de los servicios públicos domiciliarios se expidió la Ley 142 del 11 de julio de 1994, que con base en lo dispuesto en los artículos 334, 336 y 365 a 370 Superiores, desarrolló los fines sociales de la intervención del Estado en la prestación de estos servicios para alcanzar los siguientes objetivos: garantizar la calidad del bien objeto del servicio público y su disposición final para asegurar el mejoramiento de la calidad de vida de los usuarios; ampliación permanente de la cobertura mediante sistemas que compensen la insuficiencia de la capacidad de pago de los usuarios; atención prioritaria de las necesidades básicas insatisfechas en materia de agua potable y saneamiento básico; prestación continua e ininterrumpida, sin excepción alguna, salvo cuando existan razones de fuerza mayor o caso fortuito o de orden técnico o económico que así lo exijan; prestación eficiente; libertad de competencia y no utilización abusiva de la posición dominante; obtención de economías de escala comprobables; mecanismos que garanticen a los usuarios el acceso a los servicios y su participación en la gestión y fiscalización de su prestación; establecer un régimen tarifario proporcional para los sectores de bajos ingresos de acuerdo con los preceptos de equidad y solidaridad

En ese sentido, la Corte Constitucional ha manifestado:

*"El Constituyente de 1991 concibió la prestación de los servicios públicos como una función inherente a los fines del Estado Social de Derecho (CP, Artículo 365), con el deber correlativo de una realización eficiente para todos los integrantes del territorio nacional, dada la estrecha vinculación que los mismos mantienen con la satisfacción de derechos fundamentales de las personas, con la vida y la salud. Dicha prestación debe adelantarse bajo un régimen jurídico determinado por el legislador (CP, Artículo 150-23) acorde con las necesidades de la comunidad y dentro de una nueva perceptiva expansionista del ámbito tradicionalmente estatal de ejecución de actividades que comprenden servicios públicos, permitiendo la participación de las comunidades organizadas y de los particulares"*⁶.

No obstante, y para lo que aquí interesa precisar, han sido diversas y variadas las dificultades existentes a nivel jurisprudencial, en la determinación del juez competente para el discernimiento de las controversias en las que esté involucrada una empresa de servicios públicos domiciliarios, entendidos como:

*"... Aquellos que se prestan a través del sistema de redes físicas o humanas con puntos terminales en las viviendas o sitios de trabajo de los usuarios y cumplen la finalidad específica de satisfacer las necesidades esenciales de las personas. Se caracterizan por tener un punto terminal definido, que son las viviendas o los sitios de trabajo de los usuarios, entendiendo por usuario "la persona que usa ciertos servicios, es decir quien disfruta el uso de cierta cosa"*⁷.

En apretada síntesis, se puede subrayar que el primer referente normativo, está dado por la Ley 142 de 1994 que desarrolló el mandato constitucional (Artículo 365) de definir el régimen jurídico de los servicios públicos domiciliarios, señalando en sus artículos 31 y 32, lo siguiente:

"ARTÍCULO 31. RÉGIMEN DE LA CONTRATACIÓN. <Artículo modificado por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001. El nuevo texto es el siguiente:> Los contratos que celebren las

⁶ Sentencia C-741 de 2003.

⁷ Sentencia C 041 de 2003.

entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa.

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

ARTÍCULO 32. RÉGIMEN DE DERECHO PRIVADO PARA LOS ACTOS DE LAS EMPRESAS. *Salvo en cuanto la Constitución Política o esta Ley dispongan expresamente lo contrario, la constitución, y 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..”.*

De lo preceptuado en la citada Ley, se deduce que, por regla general, el derecho privado es el llamado a regular los actos y contratos de las empresas de servicios públicos cualquiera sea su naturaleza (privadas, oficiales o mixtas), y solo de manera excepcional se debe recurrir al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, cuya aplicación está reservada a las cláusulas excepcionales al derecho común (cláusulas exorbitantes), caso en el cual, esos actos y contratos estarán sujetos al control por parte de la jurisdicción contencioso administrativa.

Otros referentes normativos como la Ley 446 de 1998, 1107 de 2006, entre otros, y, las modificaciones por ellas introducidas en el tema objeto de estudio, no se refieren

aquí, pues además de sus derogatorias, las densas discusiones dadas en ese sentido vinieron a clarificarse con la modificación que la referida Ley 689 de 2001, introdujo sobre el parágrafo del artículo 39 de la Ley 142 de 1994⁸, y, con las disposiciones de la Ley 1437 de 2011, en los términos que pasan a enunciarse.

La Ley 1437 de 2011, en su artículo 104, define el objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo y delimita el alcance de sus competencias, en los siguientes términos:

"ARTÍCULO 104. DE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa.

Igualmente conocerá de los siguientes procesos:

- 1. Los relativos a la responsabilidad extracontractual de cualquier entidad pública, cualquiera que sea el régimen aplicable.*
- 2. Los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado.*
- 3. Los relativos a contratos celebrados por cualquier entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios en los cuales se incluyan o hayan debido incluirse cláusulas exorbitantes.***
- 4. Los relativos a la relación legal y reglamentaria entre los servidores públicos y el Estado, y la seguridad social de los mismos, cuando dicho régimen esté administrado por una persona de derecho público.*
- 5. Los que se originen en actos políticos o de gobierno.*
- 6. Los ejecutivos derivados de las condenas impuestas y las conciliaciones aprobadas por esta jurisdicción, así como los provenientes de laudos arbitrales en que hubiere sido parte*

⁸ Artículo 4 de la Ley 689 de 2001.

una entidad pública; e, igualmente los originados en los contratos celebrados por esas entidades.

7. Los recursos extraordinarios contra laudos arbitrales que definen conflictos relativos a contratos celebrados por entidades públicas o por particulares en ejercicio de funciones propias del Estado.

PARÁGRAFO. Para los solos efectos de este Código, se entiende por entidad pública todo órgano, organismo o entidad estatal, con independencia de su denominación; las sociedades o empresas en las que el Estado tenga una participación igual o superior al 50% de su capital; y los entes con aportes o participación estatal igual o superior al 50%". (Negritillas y Subrayas fuera de texto).

De las siete reglas transcritas, el despacho subraya la contenida en el numeral tercero, que consagra una regla especial de jurisdicción para los operadores de los servicios públicos domiciliarios, sobre el particular, ha dicho la jurisprudencia del Consejo de Estado⁹:

"Una lectura muy rápida de la norma sugiere las siguientes dos interpretaciones posibles, por lo menos en términos lógicos de la redacción:

*i) Que sin importar si el operador de los SPD es estatal o privado, su juez es el administrativo, **siempre que el contrato tenga o haya debido incluir cláusulas exorbitantes. A contrario sensu, si el contrato no tiene ni debió tenerlas el juez es el ordinario.***

*ii) Que sólo si el operador de los SPD es privado, **su juez es el administrativo siempre que el contrato tenga o haya debido incluir cláusulas exorbitantes.** Contrario sensu, si el contrato no tiene ni debió tener las cláusulas su juez será el ordinario. Bajo este entendimiento, el numeral no aplica a los operadores de los SPD de naturaleza estatal -municipios, empresas oficiales y mixtas con participación igual o superior al 50%- , porque exclusivamente se dirige a las empresas privadas -por eso habla de "cualquier entidad prestadora de SPD-, porque las estatales ya están comprendidas en el numeral 2."*

⁹ Sentencia del 21 de noviembre de 2013, 76001-23-31-000-2012-00002-01(46027), Subsección C Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo, Consejo de Estado, C.P. Enrique Gil Botero.

Para comprender el alcance de esa norma, la aludida jurisprudencia se remitió a los antecedentes legislativos y a las discusiones vertidas en la Comisión de Reforma (Para la expedición del CPACA), concluyendo que el rastreo realizado, permite inferir que, "en el numeral 2 quedaron incorporadas todas las entidades estatales, incluidas las que prestan SPD, **y en el numeral 3 las empresas privadas que prestan los mismos servicios, con la condición de que incorporen, o hayan debido hacerlo, cláusulas exorbitantes**".

En ese sentido, agrega que:

"A la misma conclusión llegó el Ex consejero de Estado Enrique José Arboleda, quien luego de explicar el alcance del numeral 2 del art. 104, se ocupa de las entidades prestadoras de SPD, y concluye que de ellas las públicas quedan comprendidas por el numeral 2, y las privadas en el numeral 3.

En segundo lugar, también se excluye el criterio del derecho administrativo y se consagra el criterio orgánico en los conflictos originados en los contratos de las entidades públicas y los particulares en ejercicio de funciones propias del Estado. Es indiferente que los contratos sean calificados como estatales o de derecho privado, basta con que los celebre una entidad pública para que sean del conocimiento de la jurisdicción administrativa. Cabe anotar que el numeral 1 del artículo siguiente exceptúa los contratos de las entidades financieras.

Un tema que era necesario aclarar por vía legal es el de las empresas de servicios públicos domiciliarios, pues como se sabe la Ley 142 de 1994 en el artículo 14 las clasifica en tres: las públicas, cuyo capital es totalmente estatal, las mixtas, cuyo capital de origen público debe ser mayoritario, y las privadas, en las que la presencia del capital privado debe ser mayoritaria. Al ser estas entidades de carácter asociativo encajan en la definición de entidades públicas si la participación estatal en el capital es igual o superior al cincuenta por ciento, y por lo mismo hacen parte de la regla general bajo esta condición. El numeral 3 que se comenta ordena a la jurisdicción de lo contencioso administrativo conocer de los procesos que se originen en contratos celebrados por cualquier entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios, esto es, con independencia de la composición accionaria del capital, siempre que en ellos se

incluyan o hayan debido incluirse cláusulas exorbitantes. Prevalece así el criterio material, el de las cláusulas exorbitantes de un contrato para establecer la competencia del juez que deba decidir los conflictos que se originen en los mismos, modificando con ellos las reglas generales antes explicadas.¹⁰ (Negrillas y Subrayas fuera de texto).

Finalmente, reitera: ... "La segunda conclusión a que llega la Sala -más breve que la anterior-, indica que el numeral 3 del art. 104 añade que esta jurisdicción también conoce de las controversias contractuales cuando se trate de empresas totalmente privadas o de aquellas estatales en las que la participación del Estado es inferior al 50%, en la medida en que en ellos se incluyan o deban incluirse cláusulas exorbitantes. Añádase que en este evento no sólo los problemas que atañen a las cláusulas exorbitantes corresponden a esta jurisdicción, **sino cualquiera otro litigio que surja del contrato**". (Negrillas y Subrayas fuera de texto).

CLÁUSULAS EXORBITANTES/INAPLICABILIDAD DE PRINCIPIOS CONTRACTUALES DEL DERECHO CIVIL/QUIEBRAN IGUALDAD Y CONMUTATIVIDAD ENTRE LAS PARTES.

Clarificado lo anterior, el despacho subraya de manera sumaria que en materia contractual, la administración conserva la dirección y control en la celebración y ejecución de sus contratos, función que desarrolla, entre otros, por medio de las denominadas cláusulas exorbitantes, caracterizadas en esencia, por no aplicar principios contractuales del derecho civil, en razón a que no mantienen la igualdad y conmutatividad que se supone guardan los contratos bilaterales y los acuerdos de voluntades realizados entre particulares, aspecto al que también se hace referencia, en el entendido que el uso de estos poderes exorbitantes está permitido en forma reglada a las empresas de servicios públicos domiciliarios (oficiales, mixtas y privadas) en los términos arriba reseñados.

A su turno, el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, establece:

¹⁰ Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contenciosos Administrativo Ley 1437 de 2011. Editorial Legis, segunda edición, pág. 176. (Cita original e incluida en el texto de la Sentencia).

"Art. 14. De los medios que pueden utilizar las entidades estatales para el cumplimiento del objeto contractual. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:

1o. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán, en los casos previstos en el numeral 2o. de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado..."

Sobre el tema, ha dicho la jurisprudencia:

"El fundamento de estos poderes, reservados a la administración, es el interés general, deducible de la teleología de los extremos del contrato estatal. En efecto, la entidad pública que acude al negocio jurídico, directa o indirectamente, espera un beneficio colectivo, y el contratista, por su parte, pretende con la suscripción del acuerdo incrementar su patrimonio.

Ahora bien, las cláusulas exorbitantes son -de acuerdo con la Ley 80 de 1993: la interpretación unilateral de los documentos contractuales y de las estipulaciones en ellos convenidas, la introducción de modificaciones a lo pactado, la terminación unilateral, la caducidad administrativa, la reversión y el sometimiento a las leyes nacionales.

En este orden de ideas, las cláusulas exorbitantes le otorgan ventajas a la Administración, porque es gestora del interés colectivo ... su existencia opera tanto ex lege como ex contractu, dependiendo del acuerdo que se trate. En efecto, el artículo 14 de la norma en cita establece:

"Art. 14. De los medios que pueden utilizar las entidades estatales para el cumplimiento del objeto contractual. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato: (...)

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

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

"En los casos previstos en este numeral, **las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aún cuando no se consignen expresamente.**

Que estos poderes operan ex lege significa que se integran a los contratos aun cuando no se pacten, porque la norma los incorpora directamente en algunos negocios, concretamente los que tienen por objeto: el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos, la explotación y concesión de bienes del Estado, y los contratos de obra. En estos casos la norma es impositiva, al advertir que para el efectivo cumplimiento de los fines de la contratación las entidades "pactarán" estos poderes; no obstante, si no se estipulan, el inciso tercero del mismo numeral señala que se entienden pactadas aunque no se consignen expresamente.

Sin embargo, estas cláusulas también pueden ser ex contractu, es decir, que sólo harán parte del negocio por voluntad expresa de las partes, aunque la ley sólo establece tal posibilidad en dos tipos de contratos: suministro y prestación de servicios profesionales"¹¹.

CASO CONCRETO:

-Conforme al certificado de existencia y representación legal que obra en el infolio, se verifica que la demandada, Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P., es una sociedad de carácter privado, que presta servicios públicos domiciliarios en materia de telecomunicaciones;

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, C.P. Enrique Gil Botero, providencia del 24 de octubre de 2013, radicación 23001-23-31-000-2000-02857-01(24697).

su objeto social describe entre muchos otros, prestación de telefonía, servicios satelitales en sus diferentes modalidades, servicios de televisión, incluyendo televisión por cable, servicio de operación de redes y cualquier otro servicio calificado como de telecomunicaciones.

-Igualmente, de la revisión de la prueba documental, referida a los términos de invitación, los contratos, anexos que se integran a los mismos y las modificaciones a estos introducidas, es relevante exaltar que:

-Los términos de la invitación en el numeral 1.22.5, establecen:

"INTERPRETACIÓN, MODIFICACIÓN Y TERMINACIÓN UNILATERALES, CADUCIDAD Y SOMETIMIENTO A LEYES NACIONALES. El presente contrato se regirá por los principios de terminación, modificación e interpretación unilaterales por parte de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P., conforme a lo previsto en los artículos 15, 16 y 17 de la Ley 80 de 1993, a caducidad por lo previsto en la Ley 40 de 1993, artículo 5 numeral 5 artículo 18 de la Ley 80 de 1993 y/a sometimiento a las leyes nacionales, según lo previsto en la Resolución 575 de 2002, compilatoria de la Resolución 87 de 1997 de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, o aquella que la modifique o sustituya". (Negrillas y Subrayas fuera de texto).

- La Resolución 575 de 2002, compilatoria de la Resolución 87 de 1997 de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, a la que hacen referencia los términos de invitación, estipula en sus artículos 2.6.1 y 2.6.2:

Artículo 2.6.1. INCLUSIÓN DE CLÁUSULAS EXORBITANTES. Todos los operados de TPBC sometidos a la regulación de la CRT deberán incluir las cláusulas exorbitantes o excepcionales al derecho común de terminación, modificación o interpretación unilaterales del contrato, de sometimiento a las leyes nacionales, de caducidad administrativa y de revisión, en los contratos de obra, de consultoría y suministro de bienes, cuyo objeto esté directamente relacionado con la prestación del servicio y su incumplimiento pueda acarrear como

consecuencia directa la interrupción en la prestación del mismo.

Artículo 2.6.2. RÉGIMEN APLICABLE A LAS CLÁUSULAS EXORBITANTES. En los casos señalados en los artículos anteriores, todo lo relativo a las Cláusulas Exorbitantes se regirá por lo dispuesto en lo pertinente, en la Ley 80 de 1993; **los actos en que se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción de lo contencioso administrativo**". (Negrillas y Subrayas fuera de texto).

-Los contratos celebrados por las partes ilustran que "hacen parte integral de los mismos", entre otros, los anexos técnicos y demás que desarrollen las condiciones establecidas en la invitación privada que dio origen a los mismos, entendiéndose que dicha invitación contiene el procedimiento y requisitos a cumplir por el contratista y los elementos del contrato a celebrar, y, en todo caso, las estipulaciones contractuales de los mismos, incorporan cláusulas exorbitantes (INTERPRETACIÓN, MODIFICACIÓN Y TERMINACIÓN UNILATERALES, CADUCIDAD Y SOMETIMIENTO A LEYES NACIONALES), al respecto se puede consultar folio 594 y siguientes.

-Los aludidos contratos incluyen entre otros, realizaciones de obras (En los anexos técnicos se lee por ejemplo, la obligación del contratista de realizar cortes de calzadas en asfalto, de andenes - rodadura y base asfáltica, excavaciones mecánicas, en tierra y/o conglomerado, suministro de transporte y materiales para esos fines, instalaciones de ductería, mantenimiento, actividades de construcción y reposición), razón por la cual la Comisión de Regulación en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley 142 de 1994, **obliga la inclusión de las cláusulas exorbitantes efectivamente adjuntas al interior de los mismos.**

-En orden a lo anterior, y con fundamento en lo contenido en los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994, y, el numeral 3 del artículo 104 del CPACA, se tiene que, en este evento, corresponde a la jurisdicción

contenciosa, definir "no sólo los problemas que atañen a las cláusulas exorbitantes, sino cualquiera otra diferencia que surja del mismo contrato, aunque no se refiera a los poderes exorbitantes", tal y como en ese sentido lo ha establecido la jurisprudencia especializada del Consejo de Estado, según se explicó in extenso en párrafos anteriores¹².

-Este despacho advierte, que en algunos casos, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha avalado la competencia de la jurisdicción civil para conocer asuntos en los que se encuentran involucradas empresas de servicios públicos domiciliarios, no obstante, no se logra encontrar, en las referencias consultadas, que se destaque en la controversia, el ejercicio de poderes otorgados por cláusulas exorbitantes, advirtiendo incluso la misma Corte que:

*"Del mencionado precepto (Ley 689) se deduce con nitidez la atribución asignada a la jurisdicción ordinaria para dirimir las discusiones referidas a los convenios y contratos celebrados por las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, **con la única salvedad de que tuvieran origen en la materialización de las potestades otorgadas por el derecho público a través de estipulaciones que no son propias de una relación de simetría entre los contratantes (cláusulas exorbitantes), lo que se justifica por su manifestación en actos administrativos, cuyo control en sede judicial no puede ser acometido por los jueces civiles**"¹³. (Negrillas fuera de texto).*

- Depurado lo anterior, se enfatiza que, la determinación de competencia es un asunto reservado al legislador, quien en ejercicio de esa libertad de configuración normativa establece, en el artículo 16, que la jurisdicción y la competencia por los factores subjetivo y funcional son improrrogables, pero que (tratándose de competencia) por factores distintos

¹² Sentencia del 21 de noviembre de 2013, 76001-23-31-000-2012-00002-01(46027), Subsección C Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo, Consejo de Estado, C.P. Enrique Gil Botero.

¹³ Sentencia SC9486-2014 en la cual se hace referencia a las siguientes providencias: Providencia del 4 de noviembre de 2009 (Rad. 2004-00182-01/ referida a una acción popular) y el 13 de mayo de 2010 (Exp. 2001-00161-01/ referida a una responsabilidad extracontractual por el ejercicio de actividades peligrosas).

(v.g. objetivo - cuantía o naturaleza, territorial, o de conexión) es prorrogable cuando no se reclame en tiempo.

-La mentada falta de jurisdicción, es vicio que se considera no susceptible de saneamiento o convalidación, "pues -según lo ha sostenido la doctrina jurisprudencial de la Corte - su consagración positiva está dirigida a «conservar las bases de la organización judicial y la estructuración misma del proceso» (CSJ SC, 14 Ago. 1995, Rad. 4268)"¹⁴.

-La jurisdicción, entendida como manifestación concreta de la soberanía del Estado, trae consigo, la potestad de impartir justicia a través de la aplicación del derecho a los conflictos sometidos al conocimiento de los funcionarios investidos de aquélla, de lo que deviene que no es posible dejar al arbitrio u opción de las partes o del juez, la facultad de atribuirse competencia para dirimir un determinado asunto. En ese sentido, tiene señalado la Corte: "La jurisdicción no se adquiere por el silencio de las partes o por el hecho de que el funcionario haga caso omiso de su constatación, sino porque así lo disponga la ley (Sent. Cas. de 17 de abril de 1979)"¹⁵, ella, "tiene en cuenta que la organización judicial ha previsto reglas de orden público, en virtud de las cuales la voz de la jurisdicción se confía a funcionarios especializados, todo bajo la idea de que el dominio del conocimiento en una determinada materia les permita decidir con mayor tino, presteza y autoridad"¹⁶

-Quiere decir lo anterior, y a voces de la lectura sistemática que se realice de los artículos 16, 133 numeral 1 y 138 del Código General del Proceso, que en el caso de la falta de jurisdicción y la competencia por los factores subjetivo y funcional, el juez no

¹⁴ Sentencia SC9486-2014.

¹⁵ CSJ, Sentencia del 4 de noviembre de 2009, Rad. 2004-00182-01.

¹⁶ CSJ, Sentencia del 13 de mayo de 2010, Exp. 2001-00161-01

está facultado para continuar conociendo del proceso así las partes guarden silencio sobre la incompetencia del juzgador, omitan proponer excepción previa de falta de jurisdicción o competencia, o incluso convaliden su conocimiento, pues ninguna de esas hipótesis resulta avalada por el estatuto procedimental, para el saneamiento, en esos dos puntuales casos.

-Sin embargo, es importante insistir en que, en ese entendido, la nulidad recae única y exclusivamente sobre la Sentencia que se profiera, por expreso mandato del citado artículo 16 y el 138 ibidem, último que reza:

*"Artículo 138. Efectos de la declaración de falta de jurisdicción o competencia y de la nulidad declarada. Cuando se declare la falta de jurisdicción, o la falta de competencia por el factor funcional o subjetivo, **lo actuado conservará su validez** y el proceso se enviará de inmediato al juez competente; pero si se hubiere dictado sentencia, esta se invalidará..."*

-Que ello sea así, significa, la validez de todo lo actuado exceptuando como ya se dijo, la Sentencia, lo que encuentra explicación en el principio de conservación del acto procesal.

-Acerca de la aplicación de este principio frente a la causal de nulidad estudiada, la Corte Constitucional ha considerado:

"La conservación de validez de la actuación procesal, antes de la declaratoria de incompetencia, es una medida válida que pretende la eficacia del derecho de acceso a la justicia, con la obtención de una decisión en términos razonables, con respeto del principio constitucional de celeridad de la administración de justicia, economía procesal, la tutela judicial efectiva y la prevalencia del derecho sustancial, sobre el adjetivo, ya que evitará repetir, sin razón de garantías, lo actuado en debida forma por el juez ahora declarado incompetente y excluye la declaratoria de nulidad, por esta causal, como un mecanismo de dilación del proceso. Así, la norma también

*es una medida razonable para evitar la congestión de la justicia*¹⁷.

-Corolario de lo anterior, **y pese a que a la A Quo no le mereció análisis alguno**, debe declararse la nulidad por falta de jurisdicción en este asunto, a partir de la Sentencia dictada por esta y en adelante, ordenando su remisión a los Juzgados Administrativos de este circuito judicial.

-Finalmente es dable subrayar que para los efectos procesales pertinentes, la demanda que dio origen a este asunto se radicó en el año 2012 para cuando el CPACA aún no entraba en vigencia, pero en todo caso, ello no varía el análisis aquí presentado si en cuenta se tiene, que los contratos que originan la controversia en efecto, por disposición de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, incluyeron cláusulas exorbitantes y que, el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, y, la Ley 1107 de 2006¹⁸, expresaba: "**...Se mantiene la vigencia en materia de competencia, de las Leyes 142 de 1994, 689 de 2001 y 712 de 2001.**", competencia que radica en la jurisdicción contencioso administrativa el conocimiento de las controversias originadas por actos o contratos celebrados por empresas de servicios públicos domiciliarios (privadas), con la condición de que incorporen, o hayan debido hacerlo, cláusulas exorbitantes.

-Sobre el particular, incluso la misma Corte Suprema de Justicia, clarificó:

*... "Desde la promulgación de la **Ley 142 de 1994** y luego, con las modificaciones que introdujo la **Ley 689 de 2001**, la jurisdicción de lo contencioso administrativo sólo ha venido conociendo, por excepción, de los procesos relacionados con los actos jurídicos de las empresas que prestan servicios públicos domiciliarios, **a condición de que guardaran relación con contratos en los cuales se***

¹⁷ Corte Constitucional. Sentencia C - 537 del 5 de octubre de 2016. Exp. D112271. M. P. Alejandro Linares Cantillo.

¹⁸ Vigente y aplicable a los procesos en trámite al momento de expedirse la Ley 1437 de 2011, conforme al régimen en transición previsto en el artículo 308.

hubiesen pactado cláusulas exorbitantes, o que la misma ley así lo dispusiera expresamente ..."¹⁹

Por lo expuesto, se **RESUELVE:**

Declarar la nulidad de todo lo actuado a partir de la emisión de la Sentencia de primera instancia proferida por la A Quo al interior de este asunto y ordenar su remisión a los Juzgados Administrativos (Reparto) de este circuito judicial, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este pronunciamiento.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.

El Magistrado Sustanciador,

MANUEL ANTONIO BURBANO GOYES

Firmado Por:

**MANUEL ANTONIO BURBANO GOYES
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

**61ac39534054d65949b0ec0bb6b22697be1ecb5967f8c652450eb9
e573288d2b**

Documento generado en 02/03/2021 08:50:09 AM

¹⁹ CSJ, Sentencia del 13 de mayo de 2010, Exp. 2001-00161-01.

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**