

TRASLADO DE RECURSO DE APELACION DE AUTO

FECHA: 17 DE SEPTIEMBRE DE 2018.

MAGISTRADO PONENTE: DR LUIS MIGUEL VILLALOBOS ALVAREZ.

RADICACIÓN: 13-001-23-33-000-2017-0114-00.

CLASE DE ACCIÓN: CONTRACTUAL

DEMANDANTE: CONSORCIO BRISAS 2009

DEMANDADO: ACUAVALLE ESP

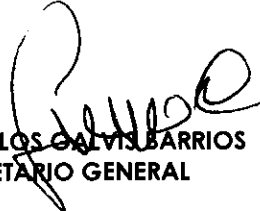
ESCRITO DE TRASLADO: RECURSO DE REOSICIÓN Y APELACIÓN PRESENTADO POR LA PARTE ACCIONANTE, CONTRA EL AUTO QUE ORDENÓ EL RECHAZO DE PLANO LA DEMANDA.

OBJETO: TRASLADO DEL RECURSO DE APELACIÓN DE AUTO.

FOLIOS: 630-655

El anterior recurso de reposición y apelación presentado por la parte accionante – CONSORCIO BRISAS 2009- se le da traslado legal por el término de Tres (3) días hábiles, de conformidad a lo establecido en el artículo 244 del CPACA; Hoy, Diecisiete (17) de Septiembre de Dos Mil Dieciocho (2018) a las 8:00 am.

EMPIEZA EL TRASLADO: DIECIOCHO (18) DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL DIECIOCHO (2018), A LAS 08:00 AM.


JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

VENCE EL TRASLADO: VEINTE (20) DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL DIECIOCHO (2018), A LAS 05:00 PM.

JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

Diego Millán
Abogado

630

Doctor
LUIS MIGUEL VILLALOBOS ALVAREZ
Magistrado del Tribunal Administrativo de Bolívar
E. S. D.

Medio de Control: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
Radicado: 13-001-23-33-000-2017-1114-00
Demandante: CONSORCIO BRISAS 2009
Demandado: ACUAVALLE SA ESP

Respetado Magistrado

DIEGO MILLAN, de condiciones civiles conocidas por el Despacho, estando dentro del término legal para ello y con el debido respeto, a Usted me permito presentar recurso de reposición y en subsidio apelación en contra del auto de Interlocutorio No. 356 del 10 de agosto de 2018, para que se revoque en todas sus partes la providencia impugnada y se adecue el procedimiento habida cuenta que el Juez del Contrato de esta causa es de la jurisdicción ordinaria, acorde con los fundamentos fácticos, normativos y jurisprudenciales que comedidamente nos permitimos exponer a su señoría.

Se presentó esta demanda para promover un Proceso Verbal en ejercicio de la acción ordinaria reglada en los artículos 368 y ss de la Ley 1564 de 2012 Código General del Proceso, dirigido a obtener el reconocimiento y pago de las actas parciales de ejecución de obra; la declaratoria de incumplimiento por la Contratante del contrato civil contenido en la OFEERTA MERCANTIL No. 002 de 2009 (10 de enero de 2009); así mismo el reconocimiento y pago de actas de actualización de precios y el reconocimiento y pago del equilibrio contractual, derivado de la mayor permanencia en la obra desde su inicio el 20 de enero de 2009 hasta el 31 de enero de 2013, por causas solamente imputables a la CONTRATANTE.

Se recurre a la jurisdicción ordinaria atendiendo al principio de legalidad que fundan las disposiciones procesales y que de igual manera la ley que regula las actividades de prestación de servicios públicos domiciliarios en el país, dispone que el régimen jurídico aplicable a los actos y contratos de estas entidades se rige exclusivamente por el derecho privado, con excepción del contrato de prestación de servicios que se desarrolla en un régimen mixto, derecho privado y derecho público, este último solo para los casos descritos expresamente en la ley.

FUNDAMENTOS FACTICOS

El caso que nos ocupa tiene su origen en un Contrato Interadministrativo que suscribió ACUAVALLE SA ESP, con el municipio de Cantagallo perteneciente al departamento de Bolívar, cuyo objeto es la elaboración de los estudios y la construcción de las obras de infraestructura para la prestación de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo; que se describe como sigue.

1. El 3 de diciembre de 2008 el Municipio de Cantagallo del Departamento de Bolívar y la Sociedad de Acueductos y Alcantarillados del Valle S.A. E.S.P. – ACUAVALLE S.A. E.S.P, suscribieron el Contrato Interadministrativo No. 044 de 2008, cuyo objeto es: *Aunar esfuerzos técnicos y financieros para la construcción (incluye diseño) de las obras de saneamiento básico en el Municipio de Cantagallo (Bolívar),* en el que la Empresa ACUAVALLE SA ESP se compromete a ejecutar en calidad de **contratista** los siguientes estudios y obras:

PROYECTOS CONTRATO.INTERAD.	DESCRIPCION DE LAS OBRAS
1	ADECUACION Y CANALIZACION DE CAÑOS Y PREDIOS CAÑO TAPAO ALCANTARILLA VIA A PATICOS ZONA RURAL DE CANTAGALLO BOLIVAR; ADECUACIÓN, CANALIZACIÓN Y LIMPIEZA RED DE CAÑOS SECTOR LA AUXILIAR BRISAS DE BOLÍVAR, ESTACIÓN AUXILIAR CIÉNAGA EL PANELEO; ADECUACIÓN Y CANALIZACIÓN DE CAÑOS Y PREDIOS SECTOR ENTRADA A BRISAS VÍAS PATICOS; ADECUACIÓN, CANALIZACIÓN Y LIMPIEZA RED DE CAÑOS SECTOR CAÑO HORMIGUERO VEREDA PATICOS; ADECUACIÓN, CANALIZACIÓN Y LIMPIEZA RED DE CAÑOS SECTOR MARGEN IZQUIERDA VIA A PATICOS VEREDA PATICO BAJO ZONA RURAL DE CANTAGALLO BOLIVAR
2	CONSTRUCCION DE PLANTA DE TRATAMIENTO Y ESTACION DE BOMBEO DEL ALCANTARILLADO DE BRISA DE BOLIVAR
3	CONSTRUCCION 11 UNIDADES SANITARIAS EN LA ZONA RURAL DEL MUNICIPIO DE CANTAGALLO BOLIVAR
4	CONSTRUCCIÓN RELLENO SANITARIO MANUAL COMPLEMENTADO CON PRÁCTICAS DE APROVECHAMIENTO DE COMPOSTAJE Y RECICLAJE EN LA VEREDA DEL CEDRO.
5	CONSTRUCCION DE OBRAS DE ADECUACION Y AMPLIACION PARA LA OPTIMIZACION DEL SISTEMA DE ALCANTARILLADO SANITARIO AREA URBANA -MUNICIPIO DE CANTAGALLO
6	CONSTRUCCION, ADECUACION Y MANTENIMIENTO DE LA PLANTA DE TRATAMIENTO DE AGUA POTABLE DEL MUNICIPIO DE CANTAGALLO (BOLIVAR)
7	ESTUDIO Y DISEÑO DE POZO PROFUNDO PARA EL ACUEDUCTO DE LA CABECERA MUNICIPAL DE CANTAGALLO BOLIVAR
8	CONSTRUCCION DE OBRAS DE ADECUACION Y AMPLIACION PARA LA OPTIMIZACION PARA LA OPTIMIZACION DEL SMA DE ACUEDUCTO DEL MUNICIPIO DE CANTAGALLO (BOLIVAR)
9	CONSTRUCCION (INCLUYE DISEÑO) TANQUE ELEVADO PARA GARANTIZAR LA PRESION EN EL SISTEMA DE ACUEDUCTO EN EL CORREGIMIENTO BRISAS DE BOLIVAR
10	CONSTRUCCIÓN AMPLIACION Y DOTACION DE SISTEMAS DE ALCANTARILLADO DE AGUAS LLUVIAS, TRATAMIENTO DE AGUAS RESIDUALES DEL MUNICIPIO DE CANTAGALLO BOLIVAR
11	CONSTRUCCION Y ADECUACION DE CUNETAS Y RELLENOS DE MATERIAL SELECCIONADOS PARA LA EVACUACION DE AGUAS LLUVIAS DE AGUAS LLUVIAS y ESCORRENTIAS- BARRIOS LAS PALMAS Y LA LIBERTAD DEL MUNICIPIO DE CANTAGALLO BOLIVAR
12	SUMINISTRO DE EQUIPOS DE RESIDUOS ORGANICOS PARA LA PLANTA DE COMPOSTAJE DEL MUNICIPIO DE CANTAGALLO BOLIVAR
13	ESTUDIOS Y DISEÑOS PARA LA CONSTRUCCIÓN DE LA SUBESTACION ELECTRICA PARA LA UNIFICACION DEL SISTEMA EN LA INSTITUCION EDUCATIVA JMW DEL MUNICIPIO DE CANTAGALLO BOLIVAR.
14	DISEÑOS MICRO ACUEDUCTOS RURALES DEL MUNICIPIO DE CANTAGALLO BOLIVAR.
15	CONSTRUCCION MICRO ACUEDUCTOS RURALES DEL MUNICIPIO DE CANTAGALLO BOLIVAR.
16	OPTIMIZACION ESTACIONES DE BOMBEO DE AGUAS LLUVIAS BARRIOS LAS PALMAS Y EL PROGRESO, AGUAS NEGRAS SECTOR CAMPANALE, ALCANTARILLADO MUNICIPAL INCLUYE CERRAMIENTO Y OBRAS COMPLEMENTARIAS AREA URBANA DEL MUNICIPIO DE CANTAGALLO - BOLIVAR

2. En el texto de la OFERTA MERCANTIL del 9 de febrero de 2009, se lee:

"HERNANDO LEON SILVA LOPEZ, mayor de edad, vecino de Cali, identificado como aparece al pie de mi firma, en mi calidad de representante legal del CONSORCIO BRISAS 2009 con capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, por medio de la presente hago la siguiente Oferta Mercantil a la Sociedad de Acueductos y Alcantarillados del Valle del Cauca S.A. E.S.P. - ACUAVALLE S.A. E.S.P., (en adelante ACUAVALLE SA ESP), como destinatario de la misma, regida por la ley colombiana, según lo consagrado en el artículo 845 y siguientes del Código de Comercio, oferta que en el evento de ser aceptada regirá el negocio propuesto en los términos aquí contenidos y sus anexos, teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

Calle 14 No. 65-44. Tel. 3312048, Cel 3104545121. e-mail: diegomillan@hotmail.com

Santiago de Cali

- 632
- (i) ACUAVALLE SA ESP tiene suscrito con el Municipio de Cantagallo (Bolívar) el Contrato Interadministrativo No. 044 de fecha Diciembre 03 de 2008, cuyo objeto es "Aunar esfuerzos técnicos y financieros **para la construcción (incluye diseño) de las obras de saneamiento básico** en el Municipio de Cantagallo (Bolívar)"
 - (ii) Que ACUAVALLE S A ESP, requiere perfeccionar un negocio jurídico, para apoyar a la empresa con la construcción (incluye diseño) de algunas obras de saneamiento básico en el Municipio de Cantagallo, a fin de garantizar el cumplimiento eficiente y oportuno del mismo, razón por la cual ha solicitado al CONSORCIO BRISAS 2009, presentar oferta para la prestación de los servicios requeridos por ACUAVALLE SA ESP, servicios que propongo en esta oferta."
3. La aceptación de la referida Oferta Mercantil por ACUAVALLE SA ESP, dio origen al Contrato de Obra (incluye diseño) contenido en la ORDEN DE COMPRA No. 002 del 30 de enero de 2009, en la cual se lee:

"Aceptación incondicional por parte de ACUAVALLE, de la oferta mercantil de fecha febrero 9 de 2009 presentada por el CONSORCIO BRISAS 2009, quien se obliga a dar estricto cumplimiento al ofrecimiento contenido en su oferta mercantil y a abrir una cuenta conjunta para el manejo del valor del negocio jurídico propuesto en su oferta"

4. En el Certificado de existencia y representación de ACUAVALLE SA ESP, expedido por la Cámara de Comercio, en el tercer párrafo se manifiesta:

"QUE EN LA ESCRITURA PÚBLICA NO. 1345 DE REFORMA CITADA, CONSTA: LA SOCIEDAD DE ACUEDUCTOS Y ALCANTARILLADOS DEL VALLE DEL CAUCA SA ESP, ES UNA EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS OFICIAL CONSTITUÍDA COMO SOCIEDAD ANÓNIMA, POR ACCIONES, ENTRE ENTIDADES PÚBLICAS, CON DOMICILIO EN LA CIUDAD DE SANTIAGO DE CALI, DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA, REPUBLICA DE COLOMBIA, DADA SU NATURALEZA EL ÁMBITO DE SUS SERVICIOS Y LA INTENCIÓN DE SUS SOCIOS, SU RÉGIMEN ES EL SEÑALADO POR LA LEY 142 DE 1994 Y DE MANERA SUBSIDIARIA POR LA LEY 489 DE 1998 Y LAS NORMAS QUE LAS COMPLEMENTEN, SUSTITUYAN O ADICIONEN".

5. El Estatuto de Contratación de ACUAVALLE SA ESP¹, dispone que los actos y contratos de la Empresa se rigen exclusivamente por el derecho privado, ello es claro como se concluye de las reglas siguientes.

ACUERDO No. 001 de 2017
(27 de febrero de 2017)

"Por el cual se aprueba el Estatuto de Contratación de la Sociedad de Acueductos y Alcantarillados del Valle del Cauca S.A. E.S.P., ACUAVALLE S.A. E.S.P.

CONSIDERANDO:

5. Que la Sociedad de Acueductos y Alcantarillados del Valle del Cauca S.A. E.S.P., ACUAVALLE S.A. E.S.P., es una empresa de servicios públicos de carácter oficial, de nacionalidad colombiana, constituida como sociedad por acciones, del tipo de las anónimas, sometida al régimen general de los servicios públicos domiciliarios **y que ejerce sus actividades dentro del ámbito del derecho privado como empresario mercantil.**

6. De acuerdo con lo dispuesto en el Título II Capítulo I, "RÉGIMEN DE ACTOS Y CONTRATOS DE LAS EMPRESAS" artículos 30 y siguientes de la Ley 142 de 1994 y el Título II Capítulo 1 de la Ley 689 de 2001 en desarrollo de lo dispuesto en los artículos 333 y 365 de la Constitución Política, se establece que: "**Los actos de las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios se rigen exclusivamente por las reglas del Derecho Privado sin atender el porcentaje que el aporte de las entidades públicas representen dentro del capital social**"; Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, razón por la cual **los contratos que celebren las entidades que presten servicios públicos domiciliarios, sometidas a la ley 142 de 1994, se rigen por las normas del derecho privado para colocarlas en condiciones de igualdad con los particulares, en la forma que mejor garantice la libre competencia.**

¹ <https://acuavalle.gov.co/contratacion/estatuto-de-contratacion>

633

(...)

8. Que el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, modificatoria de la Ley 80 de 1993, establece los principios de la actividad contractual para aquellas entidades que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, imponiendo la aplicación de los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Carta Política y además señala el sometimiento al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente en desarrollo de su actividad contractual.

ARTÍCULO 3: MARCO LEGAL. - Los contratos, órdenes y convenios que celebre ACUAVALLE S.A. E.S.P., se regirán por las disposiciones del Código Civil, el Código de Comercio, las contempladas en este Estatuto de contratación y por lo dispuesto en la Ley 142 de 1994, en la Ley 689 de 2001, en lo pertinente, así como por las disposiciones especiales que le sean aplicables por la naturaleza de su actividad

Además, se tendrán en cuenta las normas especiales y demás disposiciones relacionadas con el servicio de acueducto y alcantarillado que expidan los órganos competentes, así como también las disposiciones de la Ley 190 de 1995, Ley 1474 de 2011, Código Disciplinario Único o Ley 734 de 2002, y Ley 190 de 2005, que le sean aplicables en cuanto a la naturaleza jurídica de la Empresa. (resalto y subrayo)

Con apoyo en las normas citadas se concluye que tanto la Oferta Mercantil del 9 de febrero de 2009 como el contrato "Orden de Compra No. 002 del 10 de febrero de 2009", son actos jurídicos privados debidamente originados en las facultades que la ley y el estatuto contractual de la Empresa le otorgan al representante legal de ACUAVALLE SA ESP y como quiera que el contratista se rige en un todo por el derecho privado, se evidencia que no es un contrato estatal y no le son aplicables por expresa disposición legal² las normas de la ley 80 de 1993 y dentro de ellas la regla procesal del artículo 75³.

Por tanto, conforme con el artículo 29 constitucional la vía judicial para lograr la declaratoria de incumplimiento del Contrato ORDEN DE COMPRA No. 002 de 2009, es la acción ordinaria que se impetró conforme con las reglas de los artículos 358 y ss del Código General del Proceso, como se pasa a argumentar.

FUNDAMENTOS NORMATIVOS SUSTANCIALES

EL AMBITO DEL DERECHO PROCESAL APLICABLE A LAS EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS.

El Consejo de Estado como máximo órgano de la jurisdicción contencioso-administrativa, se ha pronunciado reconociendo el carácter y régimen especial que regla la actuación de las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios, que por su función deben competir con el sector privado, así lo ha dejado ver al referirse a la Ley 142 de 1994 en la decisión que se encuentra radicada bajo el número 16.139 consejero ponente Carlos A. Orejuela Góngora, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda, Subsección B. Sentencia Sept. 24/98

La adecuación estatutaria a los nuevos parámetros jurídicos de las empresas de servicios públicos domiciliarios ha sido un imperativo predicable desde la expedición misma de la Ley 142; sin embargo, la empresa demandada mantuvo sus estatutos aferrados al régimen tradicional del sector descentralizado por servicios, ignorando por completo los sustanciales cambios introducidos por la ley de servicios en torno a este sector, los cuales dan cuenta de un régimen especial y preferente para las empresas de servicios públicos.

(...)

De lo anterior se sigue que las prescripciones de la ley de servicios públicos sobre sociedades entre entidades públicas se deben aplicar de preferencia cuando quiera que en su discurrir aparezcan discrepancias con el régimen tradicional de tales sociedades, surgiendo al punto la preeminencia del artículo 19 de la Ley 142 de 1994 sobre el artículo 4° del Decreto-Ley 130 de 1976. (Subrayas y negrillas ajenas)

² L 689 de 2001, art. 3.

³ L. 80 1993, Art. 75

CM

La Ley 489 de 1998, reestructuró toda la rama ejecutiva del poder público, en especial integra los diferentes entes descentralizados que fueron creados a partir de la reforma constitucional de 1968, con características propias **agrupados generalmente por su objeto o las actividades principales que realizan.**

El nuevo estatuto de la administración pública dispone de manera particular, acerca de las empresas oficiales de servicios públicos, así:

ART. 84. Empresas oficiales de servicios públicos. *Las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios y las entidades públicas que tienen por objeto la prestación de los mismos se sujetarán a la Ley 142 de 1994, a lo previsto en la presente ley en los aspectos no regulados por aquélla y a las normas que las complementen, sustituyan o adicionen.*
(Subrayas ajenas)

De esta manera debe tenerse de presente para todos los casos, que en materia de servicios públicos domiciliarios el Congreso en ejercicio de su libre configuración legislativa **concedió y ordenó un régimen jurídico especial y preferente**, al que hacen referencia los artículos 365 y 367 de la Constitución y que es el contenido en las leyes 142 y 143 de 1994 y las posteriores que las modifican y adicionan, **en consecuencia en este sector no se aplica como regla general, las disposiciones que ordinariamente son aplicadas por la administración pública o a las entidades públicas**, pues en el sector el **régimen es especial** y por ello debe darse tanto en los aspectos sustanciales como procesales o de procedimiento la aplicación de las normas que con especialidad y de forma particular (sentido material) las reglamentan, descartándose en todo caso la aplicación de normas generalizadas para el sector público, conforme con el principio de validez y aplicación de las leyes reglado en el artículo 3 de la Ley 153 de 1887.⁴

La especialidad del régimen de los servicios públicos tiene al menos tres características relevantes:

- a) pretende unificar en lo posible el régimen aplicable a todos los prestadores sean estos de origen público o privado,
- b) pretende otorgarles también a todos prerrogativas y controles de derecho público y
- c) se fija una regla mixta en su contenido, **pues, por lo general en la producción del bien objeto del servicio se aplica el derecho privado, mientras en las relaciones de las empresas con sus usuarios es el derecho público;**

De otro lado el **régimen jurídico no se encuentra excepcionado por el origen de los de recursos que administra**, por cuanto es clara la regla del artículo 27.7. de la Ley 142 de 1994 al prescribir:

"Los aportes efectuados por la nación, las entidades territoriales y las entidades descentralizadas de cualquier nivel administrativo a las empresas de servicios públicos, se regirán en un todo por las normas del derecho privado". (Subrayas extratexto)

El Consejo de Estado también se ocupó de las reglas sobre la naturaleza jurídica y el régimen jurídico de actos y contratos de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, **indicando que se rigen por el derecho privado** y solo si de **forma expresa** lo dispone la ley 142 de 1994 le son aplicables las reglas de la Ley 80 de 1993 y **las aplicables a cualquier entidad pública**; así en sentencia de 2012 dijo:

Respecto a la naturaleza jurídica de las empresas de servicios públicos domiciliarios, el artículo 17 de la Ley 142 de 1994, señaló que: "Las empresas de servicios públicos son

⁴ L. 153 de 1887

ARTÍCULO 3. Estimase insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador, ó por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, ó por existir una ley nueva que regula íntegramente la materia á que la anterior disposición se refería. (subrayas mías)

sociedades por acciones cuyo objeto es la prestación de los servicios públicos de que trata esta Ley. Parágrafo 1º. Las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional, cuyos propietarios no deseen que su capital esté representado en acciones, deberán adoptar la forma de empresa industrial y comercial del estado. (...)

(...)
Ahora, el artículo 19 ibidem enuncia como régimen jurídico de las empresas en mención, las reglas, entre otras, sobre la denominación, duración, aportes, mecanismos de constitución, registro, emisión, colocación de acciones, causales de disolución.

En cuanto al régimen de contratación, el artículo 31 de la Ley 142 de 1994, con la modificación introducida por el artículo 3º de la Ley 689 de 2001, dispuso:

"Artículo 31. Régimen de la contratación. Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa.

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

Parágrafo. Los contratos que celebren los entes territoriales con las empresas de servicios públicos con el objeto de que estas últimas asuman la prestación de uno o de varios servicios públicos domiciliarios, o para que sustituyan en la prestación a otra que entre en causal de disolución o liquidación, se regirán para todos sus efectos por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en todo caso la selección siempre deberá realizarse previa licitación pública, de conformidad con la Ley 80 de 1993".

En este orden de ideas cabe anotar que el régimen aplicable a los contratos celebrados por los prestadores de servicios públicos domiciliarios es, por regla general, el establecido en la normatividad privada, pero, así mismo, es necesario concluir, que, de conformidad con las excepciones dispuestas por la misma ley, dicho régimen debe catalogarse como "mixto", pues está integrado tanto por normas propias del derecho privado como del derecho público. Por lo tanto, sólo en los casos en que la Ley 142 de 1994 de manera expresa lo disponga, el régimen de contratación será el del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Ley 80 de 1993)⁵. (Negritas y subrayas fuera de texto)

De igual manera este alto tribunal de la justicia contenciosa administrativa en la sentencia 40789 de 2015, se manifestó sobre la especialidad del régimen legal que el legislador instituyó para las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios ESP y particularmente la actividad contractual, así:

1.12.- De acuerdo con la jurisprudencia de la Sub-sección C por "mandato constitucional (artículos 334, 365[29] 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 cubre los servicios públicos domiciliarios, en otras palabras, el género incluye la especie[30]. 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[31]. 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

⁵ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION CUARTA C. P WILLIAM GIRALDO GIRALDO, 1 de marzo de 2012, Rad. 11001-03-27-000-2009-00042 00(17907)

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 y subrayas propias) ^[32].

(...)

1.14.- Una aproximación a las bases jurídicas de los servicios públicos domiciliarios "permite concluir sin mayor dificultad la consolidación del derecho privado como la regla general rectora de la actividad de los operadores de los servicios públicos en todo lo relacionado con sus actos y contratos, y a la vez, la proclamación de una regla de excepción, de obvia aplicación restrictiva, sujeta a las disposiciones del derecho administrativo, que rige un pequeño número de contratos relacionados con los servicios públicos y principalmente con aquellas actuaciones tendientes a la producción de actos típicamente administrativos, que dicho sea, constituyen materialmente un ámbito muy restringido en la actividad de las empresas prestadoras de servicios públicos, principalmente en los asuntos que implican relaciones con el usuario y en el desarrollo de procedimientos que conllevan afectaciones al interés general"^[33] (...) (Subrayo)

1.17.- Los "desarrollos normativos de las Leyes 142 y 143 ambas de 1994, conforme a las previsiones constitucionales de los artículos 333, 334, y 365 a 370, implicaron definitivamente un abandono a la regla general de la legalidad aplicable a los negocios jurídicos suscritos por las empresas prestadoras de servicios públicos, en la medida que trajeron un rompimiento de la dogmática tradicional del derecho administrativo, creando en su reemplazo una base jurídica, particular y especial, conformada a partir de la aplicación del derecho privado para atender las exigencias de la vida económica sustentadora de los servicios públicos"^[40].(...)

1.19.- De "la lectura de los artículos, 2, 30, 31, 32, 33 y 39 de la Ley 142 de 1994, se deduce sin mayores dificultades esta novedosa realidad jurídica de interrelación entre cláusulas propias de supuestos ordenamientos disímiles, según las ópticas jurídicas tradicionales. Conforme a esta relación jurídica, se deduce una especie de regla general en cuanto al régimen aplicable a los contratos de las empresas de servicios públicos domiciliarios, según la cual están sujetos al derecho privado, no obstante que por excepción en casos precisamente determinados por la misma Ley 142 de 1994, se rigen por el derecho administrativo"^[43]^[44].(...)

[...]. Esto es, de manera directa y sin complejos ideológicos frente al derecho administrativo y la sustantividad del contrato del Estado, se instituye al derecho privado como la legalidad aplicable por estas entidades prestadoras de servicios públicos, dentro de una clara y definitiva política de acatamiento a las directrices neoliberal, que tradicionalmente se hacen acompañar de este ordenamiento jurídico por ser el propio y natural de la iniciativa privada y la libertad de negociación en el mercado"^[45].(negrillas y subrayas extratexto)

1.21.- 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"^[46].(...)

1.23.- Ahora bien, la remisión anteriormente mencionada "fue expresamente modificada por la ley 689 de 2001, la cual constituye sin mayores dubitaciones la regla aplicable frente a cualquier aproximación jurídica al tema que nos ocupa, e impide que el intérprete del régimen jurídico en cuestión haga afirmaciones, aplicaciones o remisiones de normatividades extrañas como la de la ley 80 de 1993 para hacer juicios de legalidad de la conducta de los actores de la contratación dentro de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios. Desde el 31 de agosto de 2001, día en que fue publicada en el

diario oficial 44537 la ley 689 de ese año, entró a regir un marco jurídico específico y preferente para los contratos de las empresas de servicios públicos domiciliarios, que se caracteriza en su artículo 3, al modificar el 31 de la ley 142 de 1994, por excluir expresamente, como regla general, de cualquier aplicación a la ley de la contratación pública del Estado¹⁴⁹. (negritas y subrayas nuestras)

De esta manera se reitera respetuosamente al Despacho, que las ESP sin importar el régimen jurídico que les de nacimiento, para todos sus actos y contratos se rigen de manera exclusiva por el derecho privado y solo en forma excepcional aplican el derecho público y ello cuando la misma ley así lo indica, lo cual permanece en cuanto al procedimiento y juez que es competente para conocer de las controversias que surjan debido a los contratos que suscriben.

La ley no se detuvo en definir el régimen jurisdiccional de estas entidades, habida cuenta que el procedimiento es de orden público, y solo con la determinación del régimen jurídico de sus actos y contratos, por contera se desprende sin mayor esfuerzo el régimen jurídico procesal que le es aplicable, que para el caso y por la naturaleza de los actos y contratos que son del derecho privado, es el que rige los actos y contratos de los particulares.

Con fundamento en lo anterior se establece que el régimen de actuación de ACUAVALLE S.A.ESP en materia contractual no es otro que el del derecho privado y con mayor razón cuando la contratación se deriva no de la prestación de servicios públicos, sino de actividades que realiza como persona jurídica y que no constituyen su objeto principal, como es la de realizar estudios de consultoría y ejecutar obras en localidades donde la empresa no es la prestadora de los servicios públicos domiciliarios.

INCLUSION LEGAL Y EXCEPCIONAL DE LAS CLAUSULAS EXORBITANTES EN LOS CONTRATOS DE LAS ESP.

Estando claro el régimen contractual de ACUAVALLE SA ESP y en consecuencia siendo la jurisdicción ordinaria la aplicable a las controversias surgidas debido a los contratos, solo resta establecer en qué casos se incluyen legalmente y de manera excepcional las cláusulas excepcionales o exorbitantes en sus contratos y el régimen técnico normativo, función de las Comisiones de Regulación, que habilita su inclusión.

Constituye una facultad contenida en el artículo 3 de la Ley 689 de 2001, que otorga a las Comisiones Reguladoras (entidades técnicas normativas, que no legislan ni reglamentan la ley) la función de establecer la norma técnica para la legal aplicación por todas las ESP (públicas y privadas) de las cláusulas excepcionales o exorbitantes en los contratos que suscriben, para el desarrollo de su objeto social; se debe tener presente en todo caso, que el objeto y función de las Comisiones Reguladoras, es eminentemente normativo técnico, dirigido a regular el mercado de la prestación de los servicios públicos domiciliarios, **por tanto la aplicación de las normas técnicas reguladoras solo es legal al regular la actividad de prestación de los servicios y no todas las actividades que realicen las ESP.**

La Corte Constitucional precisó en fallo de constitucionalidad, cual es el objeto y función, así como las facultades de las comisiones reguladoras. Sentencia C-1162 del 6 de septiembre de 2000, M. P. Dr. JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO expediente D-286, al decir:

Así pues, para la Corte resulta claro que la regulación de los servicios públicos domiciliarios, a la luz de los preceptos superiores y siguiendo la definición legal, es tan sólo una forma de intervención estatal en la economía para corregir los errores de un mercado imperfecto y delimitar el ejercicio de la libertad de empresa, así como para preservar la sana

y transparente competencia, con el fin de lograr una mejor prestación de aquéllos, y sin que tal función implique la asunción de competencias legislativas o reglamentarias. Las atribuciones pertinentes se deben ejercer respetando la ley, el reglamento y las directrices del Gobierno, a través de los respectivos ministros. (...)

Repite la Corte que no se trata de funciones legislativas o de atribuciones de creación de normatividad paralela a la ley, o encaminada a cubrir sus vacíos, ni tampoco de una sustitución de la propia ley ni de la potestad reglamentaria, exclusiva del Presidente de la República. Solamente sobre la base de estos criterios se declara la exequibilidad de las indicadas normas, pues bajo cualquier otro entendido son inconstitucionales.

La Corte declarará la exequibilidad del párrafo del artículo 69 acusado, así como la del artículo 14, numeral 18, de la Ley 142 de 1994, siempre que se entienda la función de regular la prestación de servicios públicos domiciliarios en los términos que se han descrito.
(Subrayas y negrillas ajenas)

En otra oportunidad sobre las funciones y facultades de las Comisiones de Regulación dijo la H. Corte Constitucional, mediante Sentencia C- 955 del 14 de noviembre de 2007, con ponencia del H. Magistrado Marco Gerardo Monroy Cabra, reafirmó los anteriores criterios dejando en claro que las autoridades de regulación no pueden asumir el ejercicio de funciones legislativas ni ignorar tampoco esas políticas gubernamentales, por cuanto ello equivaldría a incurrir en un desconocimiento de los preceptos consignados en la Carta Política. Al mismo tiempo, insiste en señalar que las Comisiones de Regulación tampoco pueden arrogarse el ejercicio de la función reglamentaria directa de las normas constitucionales ni soslayar el carácter jerárquico que tienen tanto los mandatos legales como las disposiciones dictadas por el Gobierno Nacional.⁶

Honorable Magistrado, conforme a los fallos aludidos se decanta que las Comisiones de Regulación, expiden normas técnicas para la adecuada prestación de los servicios que regulan y en ningún caso esas normas podrán tener la potencialidad de modificar, adicionar, complementar o reglamentar la ley.

La COMISION REGULADORA DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BASICO – CRA ejercitando las facultades que le otorgó la Ley 142 de 1994 y el artículo 3 de la Ley 689 de 2001, profirió la Resolución No. 01 de 1995, que fue totalmente insertada en el artículo 1.3.3.1 de la Resolución 151 de 2001, modificado por el artículo 1 de la Resolución 293 de 2004, estableciendo la norma que contiene **las condiciones técnicas** para que las ESP, puedan pactar legalmente cláusulas exorbitantes o excepcionales en los contratos, así:

Sección 1.3.3

Cláusulas exorbitantes o excepcionales

Artículo 1.3.3.1 Contratos en los cuales deben pactarse cláusulas excepcionales. Todas las personas prestadoras de los servicios públicos de agua potable y saneamiento básico o de las actividades complementarias de los mismos a que se refiere esta resolución, deberán pactar las cláusulas exorbitantes o excepcionales a que se refiere el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 en los siguientes contratos:

- a) En los contratos que conforme a la ley deban adjudicarse por el sistema de licitación, de conformidad con el artículo 40 de la Ley 142 de 1994;
- b) En los contratos de obra, consultoría, suministro de bienes y compraventa, siempre que su objeto, de no ser cumplido en la forma pactada, pueda traer como consecuencia necesaria y directa la interrupción en la prestación del servicio público domiciliario de acueducto, alcantarillado y aseo o la reducción en los niveles de calidad de agua exigidos por las autoridades competentes según la Ley;

⁶ Ver Sentencia CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION PRIMERA. C.P.: Doctor: RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA del 30 de abril de 2009 Rad.: 11001 032400020040012301

Se entiende por contratos de obra los definidos en la Ley 80 de 1993; por contratos de consultoría los definidos en el inciso 2° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993; y por contratos de suministro y compraventa los que tipifica el Código de Comercio;

c) En los contratos en los cuales, por solicitud de la persona prestadora, lo haya autorizado la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico en forma expresa y previa a su celebración.

Parágrafo 1°. Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993 y los actos en los que se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa.

Parágrafo 2°. Como criterio para la inclusión de las cláusulas, la persona prestadora deberá tener en cuenta la existencia de precedentes en los cuales el incumplimiento de contratos de similar naturaleza, ha conducido a la interrupción en la prestación del servicio público domiciliario de acueducto, alcantarillado y aseo o a la reducción en los niveles de calidad de agua exigidos por las autoridades competentes.

Parágrafo 3°. Se entiende por interrupción en la prestación de los servicios de Acueducto y Alcantarillado, la no disponibilidad de los servicios en forma permanente o temporal por un término no menor a veinticuatro (24) horas continuas, derivada del incumplimiento del contrato; por interrupción en el servicio de aseo, la no disponibilidad del servicio en forma permanente, o temporal que implique una reducción en más de un cincuenta por ciento (50%) de la frecuencia semanal de prestación del servicio, derivada del incumplimiento del contrato; y por reducción en la calidad del agua, cuando por efectos del incumplimiento del contrato, no es posible para la persona prestadora cumplir con los parámetros establecidos en las normas expedidas por las autoridades competentes.

Artículo 1.3.3.2 Motivación y conservación de antecedentes de los contratos. Modificado por el art. 2, Resolución CRA 293 de 2004. Las personas prestadoras de los servicios públicos domiciliarios a los que se refiere esta resolución, deberán conservar, entre los antecedentes de los contratos, la motivación con base en la cual se decidió incluir las cláusulas exorbitantes, para que la Comisión pueda ejercer las facultades del inciso final del artículo 73 de la Ley 142 de 1994. La conservación de tales antecedentes se hará mientras no hayan transcurrido seis meses después de haberse producido la caducidad de las acciones contractuales a las que los contratos puedan dar lugar.

Artículo 1.3.3.3 Autorización para incluir cláusulas exorbitantes. Modificado por el art. 3, Resolución CRA 293 de 2004. Las personas prestadoras de los servicios públicos domiciliarios a los que se refiere esta resolución deberán solicitar a la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico autorización cuando deseen incluir cláusulas exorbitantes, en contratos distintos a los que se refiere el literal b) del artículo 1.3.3.1 de la presente resolución. Con la solicitud deberá remitirse la motivación a la que se refiere el artículo anterior.

La autorización se concederá siempre que, por lo menos, aparezca que el incumplimiento del objeto del contrato, puede traer como consecuencia necesaria y directa la suspensión en la prestación de un servicio público domiciliario, o la alteración en los niveles de calidad de agua exigidos por las autoridades competentes según la Ley;

Respetuosamente se indica al Despacho que las normas técnicas transcritas, detallan las condiciones que permiten legalmente pactar las cláusulas excepcionales o exorbitantes en los contratos por todas las ESP así:

a) El objeto del contrato debe ser de obra, consultoría, suministro de bienes y compraventa, pero no solo basta que sea este su objeto;

b) cumplida la condición del literal a) **es obligatorio que se justifique por la entidad prestadora que el "incumplimiento del objeto del contrato, puede traer como consecuencia**

necesaria y directa la suspensión en la prestación de un servicio público domiciliario, o la alteración en los niveles de calidad de agua exigidos por las autoridades competentes según la Ley”.

Se observa que las Comisiones de Regulación al establecer las condiciones indicadas en sus normas técnicas, tuvieron en cuenta que las cláusulas excepcionales en el derecho privado no se admiten, porque rompen el principio de conmutatividad de los contratos (art. 1498 del C.C.), sabiendo que es de la esencia del derecho Privado la igualdad de las relaciones contractuales, quiere decir que los contratantes tienen la misma jerarquía y frente al Derecho sus obligaciones son equivalentes en los contratos conmutativos.

Así para que, para pactar las cláusulas excepcionales o exorbitantes de forma legal, las ESP, deben cumplir en su totalidad y previamente, las condiciones contenidas en la norma técnica, a saber:

- El objeto del contrato debe ser de obra, consultoría, suministro de bienes y compraventa;
- Tener debidamente probado que “siempre que su objeto, de no ser cumplido en la forma pactada, pueda traer como consecuencia necesaria y directa la interrupción en la prestación del servicio público domiciliario de acueducto, alcantarillado y aseo o la reducción en los niveles de calidad de agua exigidos por las autoridades competentes según la Ley.
- Poseer la persona prestadora precedentes en los cuales el incumplimiento de contratos de similar naturaleza ha conducido a la interrupción en la prestación del servicio público domiciliario de acueducto, alcantarillado y aseo o a la reducción en los niveles de calidad de agua exigidos por las autoridades competentes.
- Las personas prestadoras de los servicios públicos domiciliarios deberán conservar, entre los antecedentes de los contratos, la motivación con base en la cual se decidió incluir las cláusulas exorbitantes, para que la Comisión pueda ejercer las facultades del inciso final del artículo 73 de la Ley 142 de 1994.

Así para que se puedan pactar las cláusulas excepcionales o exorbitantes en el contrato, se debe probar debidamente la existencia de las condiciones antes anotadas, con lo cual se concluye que la facultad no se deriva de manera directa del objeto del contrato como se ha venido interpretando y aplicando por la jurisdicción; por ello será deber del operador jurídico a garantizar el derecho fundamental del debido proceso y acorde con el precedente judicial transcrito, tener pleno conocimiento de que la inclusión de las dichas cláusulas en el contrato en estudio, se efectuó con el cumplimiento en su totalidad de las normas que las regulan y no simplemente de la tipología del contrato suscrito.

Obsérvese la particularidad de la condición que trae la regla, al decir: “siempre que su objeto, de no ser cumplido en la forma pactada, pueda traer como consecuencia necesaria y directa la interrupción en la prestación del servicio público domiciliario de acueducto, alcantarillado y aseo o la reducción en los niveles de calidad de agua exigidos por las autoridades competentes según la Ley”, evento que indudablemente debe estar debidamente documentado con prueba idónea.

Se manifiesta al Despacho que en el presente contrato no fueron pactadas las cláusulas excepcionales o exorbitantes como se puede establecer de su texto y de la Oferta Mercantil que lo complementa, además ACUAVALLE SA ESP, no se encontraba habilitada para suscribir contratos con las dichas cláusulas como se ha argumentado, por lo tanto, es obligatorio concluir que el contrato se rige en sus aspectos sustanciales y procesales por el derecho privado.

FUNDAMENTOS NORMATIVOS PROCESALES
APLICACIÓN DEL NUMERAL 3 DEL ARTÍCULO 104 DE LA LEY 1437 DE 2011
CPACA

La argumentación sobre la facultad para pactar cláusulas exorbitantes por las ESP se presenta, debido a la regla procesal contenida en el artículo 104 numeral 3 de la Ley 1437 de 2011, Código Procesal Administrativo y de los Contencioso Administrativo, que dispone:

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:

(...)

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. (subrayo)

La norma trascrita evidentemente consagra una regla procesal especial en el numeral 3, atendiendo al principio material, pues determina expresamente el sujeto al que es aplicable, por lo tanto, obligatorio es atender el principio que enseña, que la norma especial prevalece sobre la norma general (art. 3, ley 153 de 1887) y por ello la aplicación de la norma general que se describe en el numeral 2 del artículo 104 ibidem, vaciaría de contenido a la regla especial.

De otro lado se debe respetar el principio del juez natural, como garantía fundamental y elemento inescindible del debido proceso; en el caso que se estudia está debidamente probado que el contrato objeto del proceso, no incluyó ni debió incluir cláusulas exorbitantes, por tanto, se concluye con facilidad, que el juez del contrato no es el de la jurisdicción contenciosa administrativa, sino el juez de la justicia ordinaria, tal como hasta el momento se ha venido rituando el litigio.

Finalmente y acorde con el tenor del Parágrafo del artículo 3 de la Ley 689 de 2001⁷, para que ACUAVALLE SA ESP se pueda reputar como entidad operadora de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo en el Municipio de Cantagallo, es menester la existencia de un contrato de operación, suscrito con el lleno de los requisitos establecidos en la mencionada disposición y en el artículo 39.3 de la Ley 142 de 1994⁸; en el caso que nos ocupa solo está probada la vinculación de la Empresa con el ente territorial, mediante el Contrato Interadministrativo No. 044 de 2008, que tiene por objeto únicamente la realización de diseños y la ejecución de obras, contrato celebrado de forma directa, en

⁷ L. 689 de 2001

Art. 3 Parágrafo. Los contratos que celebren los entes territoriales con las empresas de servicios públicos con el objeto de que estas últimas asuman la prestación de uno o de varios servicios públicos domiciliarios, o para que sustituyan en la prestación a otra que entre en causal de disolución o liquidación, se registrarán para todos sus efectos por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en todo caso la selección siempre deberá realizarse previa licitación pública, de conformidad con la Ley 80 de 1993.

⁸ L. 142 de 1994

Artículo 39. Contratos especiales. Para los efectos de la gestión de los servicios públicos se autoriza la celebración, entre otros, de los siguientes contratos especiales:

39.3. Contratos de las entidades oficiales para transferir la propiedad o el uso y goce de los bienes que destina especialmente a prestar los servicios públicos; o concesiones o similares; o para encomendar a terceros cualquiera de las actividades que ellas hayan realizado para prestar los servicios públicos; o para permitir que uno o mas usuarios realicen las obras necesarias para recibir un servicio que las entidades oficiales estén prestando; o para recibir de uno o mas usuarios el valor de las obras necesarias para prestar un servicio que las entidades oficiales estén prestando; o para pagar con acciones de empresas los bienes o servicios que reciban

Diego Millán
Abogado

642

el que no se agotaron los requisitos de la licitación Pública, como lo exige la norma referida.

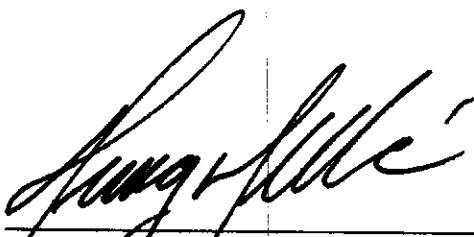
De otro lado la forma de elaboración del contrato de obra con el Demandante, mediante:

- a) SOLICITUD PRIVADA DE OFERTA No. G-001-2009;
- b) presentación de LA OFERTA MERCANTIL del 9 de febrero de 2009 y
- c) la expedición de aceptación de la oferta mercantil, mediante ORDEN DE COMPRA No. 001 del 10 de febrero de 2009,

En este caso no se agotó la ritualidad de la Licitación Pública con estudios previos y pliego de licitación, por lo que claramente se puede concluir que no existen los llamados antecedentes descritos en el **Artículo 1.3.3.2 Motivación y conservación de antecedentes de los contratos** de la Resolución 151 de 2001 expedida por la Comisión Reguladora de Agua Potable y Saneamiento Ambiental - CRA.

Así las cosas, de conformidad con la argumentación expuesta, con el debido respeto, se reitera al Honorable Magistrado, que es la jurisdicción ordinaria la competente para conocer del presente litigio, y en ningún caso la jurisdicción contenciosa administrativa, como se indica en la providencia atacada; por lo que la decisión en contrario es absolutamente carente de sustento normativo y como tal se constituye en evidente desconocimiento del derecho fundamental del debido proceso de la demandante.

Atentamente,



DIEGO MILLÁN

C. C. No. 14.442.338 de Cali

T. P. No. 47.479 del C. S. de la J.

BRISAS 2009-ACUAVALLE-ORDEN DE COMPRA No 002-2009-VERBAL-REPOSICION

SECRETARIA TRIBUNAL ADM

TIPO: RECURSO DE REPOSICION PARTE DEMANDANTE. LMVA-BOS

REMITENTE: EDUARDO MENDOZA

DESTINATARIO: LUIS MIGUEL VILLALOBOS ALVAREZ

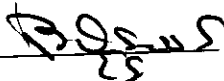
CONSECUTIVO: 20180959990

Nº. FOLIOS: 13 — Nº. CUADERNOS: 0

RECIBIDO POR: SECRETARIA TRIBUNAL ADM

FECHA Y HORA: 6/09/2018 11:26:25 AM

FIRMA:



RECIBIDO: 05 SEP 2018 FOLIOS

Diego Millán
Abogado

Doctor
LUIS MIGUEL VILLALOBOS ALVAREZ
Magistrado del Tribunal Administrativo de Bolívar
E. S. D.

Medio de Control: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
Radicado: 13-001-23-33-000-2017-1114-00
Demandante: CONSORCIO BRISAS 2009
Demandado: ACUAVALLE SA ESP

05 SEP 2018
Dyane y JXXI F/S
JONES
E
(13 F/L)
AB

Respetado Magistrado

DIEGO MILLAN, de condiciones civiles conocidas por el Despacho, estando dentro del término legal para ello y con el debido respeto, a Usted me permito presentar recurso de reposición y en subsidio apelación en contra del auto de Interlocutorio No. 356 del 10 de agosto de 2018, para que se revoque en todas sus partes la providencia impugnada y se adecue el procedimiento habida cuenta que el Juez del Contrato de esta causa es de la jurisdicción ordinaria, acorde con los fundamentos fácticos, normativos y jurisprudenciales que comedidamente nos permitimos exponer a su señoría.

Se presentó esta demanda para promover un Proceso Verbal en ejercicio de la acción ordinaria reglada en los artículos 368 y ss de la Ley 1564 de 2012 Código General del Proceso, dirigido a obtener el reconocimiento y pago de las actas parciales de ejecución de obra; la declaratoria de incumplimiento por la Contratante del contrato civil contenido en la OFEERTA MERCANTIL No. 002 de 2009 (10 de enero de 2009); así mismo el reconocimiento y pago de actas de actualización de precios y el reconocimiento y pago del equilibrio contractual, derivado de la mayor permanencia en la obra desde su inicio el 20 de enero de 2009 hasta el 31 de enero de 2013, por causas solamente imputables a la CONTRATANTE.

Se recurre a la jurisdicción ordinaria atendiendo al principio de legalidad que fundan las disposiciones procesales y que de igual manera la ley que regula las actividades de prestación de servicios públicos domiciliarios en el país, dispone que el régimen jurídico aplicable a los actos y contratos de estas entidades se rige exclusivamente por el derecho privado, con excepción del contrato de prestación de servicios que se desarrolla en un régimen mixto, derecho privado y derecho público, este último solo para los casos descritos expresamente en la ley.

FUNDAMENTOS FACTICOS

El caso que nos ocupa tiene su origen en un Contrato Interadministrativo que suscribió ACUAVALLE SA ESP, con el municipio de Cantagallo perteneciente al departamento de Bolívar, cuyo objeto es la elaboración de los estudios y la construcción de las obras de infraestructura para la prestación de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo; que se describe como sigue.

1. El 3 de diciembre de 2008 el Municipio de Cantagallo del Departamento de Bolívar y la Sociedad de Acueductos y Alcantarillados del Valle S.A. E.S.P. – ACUAVALLE S.A. E.S.P, suscribieron el Contrato Interadministrativo No. 044 de 2008, cuyo objeto es: *Aunar esfuerzos técnicos y financieros para la construcción (incluye diseño) de las obras de saneamiento básico en el Municipio de Cantagallo (Bolívar),* en el que la Empresa ACUAVALLE SA ESP se compromete a ejecutar en calidad de contratista los siguientes estudios y obras:

Calle 14 No. 65-44. Tel. 3312048, Cel 3104545121. e-mail: diegomillan@hotmail.com

Santiago de Cali

PROYECTOS CONTRATO.INTERAD.	DESCRIPCION DE LAS OBRAS
1	ADECUACION Y CANALIZACION DE CAÑOS Y PREDIOS CAÑO TAPAO ALCANTARILLA VIA A PATICOS ZONA RURAL DE CANTAGALLO BOLIVAR; ADECUACIÓN, CANALIZACIÓN Y LIMPIEZA RED DE CAÑOS SECTOR LA AUXILIAR BRISAS DE BOLÍVAR, ESTACIÓN AUXILIAR CIÉNAGA EL PANELEO; ADECUACIÓN Y CANALIZACIÓN DE CAÑOS Y PREDIOS SECTOR ENTRADA A BRISAS VÍAS PATICOS; ADECUACIÓN, CANALIZACIÓN Y LIMPIEZA RED DE CAÑOS SECTOR CAÑO HORMIGUERO VEREDA PATICOS; ADECUACIÓN, CANALIZACIÓN Y LIMPIEZA RED DE CAÑOS SECTOR MARGEN IZQUIERDA VIA A PATICOS VEREDA PATICO BAJO ZONA RURAL DE CANTAGALLO BOLIVAR
2	CONSTRUCCION DE PLANTA DE TRATAMIENTO Y ESTACION DE BOMBEO DEL ALCANTARILLADO DE BRISA DE BOLIVAR
3	CONSTRUCCION 11 UNIDADES SANITARIAS EN LA ZONA RURAL DEL MUNICIPIO DE CANTAGALLO BOLIVAR
4	CONSTRUCCION RELLENO SANITARIO MANUAL COMPLEMENTADO CON PRÁCTICAS DE APROVECHAMIENTO DE COMPOSTAJE Y RECICLAJE EN LA VEREDA DEL CEDRO.
5	CONSTRUCCION DE OBRAS DE ADECUACION Y AMPLIACION PARA LA OPTIMIZACION DEL SISTEMA DE ALCANTARILLADO SANITARIO AREA URBANA -MUNICIPIO DE CANTAGALLO
6	CONSTRUCCION, ADECUACION Y MANTENIMIENTO DE LA PLANTA DE TRATAMIENTO DE AGUA POTABLE DEL MUNICIPO DE CANTAGALLO (BOLIVAR)
7	ESTUDIO Y DISEÑO DE POZO PROFUNDO PARA EL ACUEDUCTO DE LA CABECERA MUNICIPAL DE CANTAGALLO BOLIVAR
8	CONSTRUCCION DE OBRAS DE ADECUACION Y AMPLIACION PARA LA OPTIMIZACION PARA LA OPTIMIZACION DEL SMA DE ACUEDUCTO DEL MUNICIPO DE CANTAGALLO (BOLIVAR)
9	CONSTRUCCION (INCLUYE DISEÑO) TANQUE ELEVADO PARA GARANTIZAR LA PRESION EN EL SISTEMA DE ACUEDUCTO EN EL CORREGIMIENTO BRISAS DE BOLIVAR
10	CONSTRUCCIÓN AMPLIACION Y DOTACION DE SISTEMAS DE ALCANTARILLADO DE AGUAS LLUVIAS, TRATAMIENTO DE AGUAS RESIDUALES DEL MUNICIPIO DE CANTAGALLO BOLIVAR
11	CONSTRUCCION Y ADECUACION DE CUNETAS Y RELLENOS DE MATERIAL SELECCIONADOS PARA LA EVACUACION DE AGUAS LLUVIAS DE AGUAS LLUVIAS y ESCORRENTIAS- BARRIOS LAS PALMAS Y LA LIBERTAD DEL MUNICIPIO DE CANTAGALLO BOLIVAR
12	SUMINISTRO DE EQUIPOS DE RESIDUOS ORGANICOS PARA LA PLANTA DE COMPOSTAJE DEL MUNICIPIO DE CANTAGALLO BOLIVAR
13	ESTUDIOS Y DISEÑOS PARA LA CONSTRUCCIÓN DE LA SUBESTACION ELECTRICA PARA LA UNIFICACION DEL SISTEMA EN LA INSTITUCION EDUCATIVA JMW DEL MUNICIPIO DE CANTAGALLO BOLIVAR.
14	DISEÑOS MICRO ACUEDUCTOS RURALES DEL MUNICIPIO DE CANTAGALLO BOLIVAR.
15	CONSTRUCCION MICRO ACUEDUCTOS RURALES DEL MUNICIPIO DE CANTAGALLO BOLIVAR.
16	OPTIMIZACION ESTACIONES DE BOMBEO DE AGUAS LLUVIAS BARRIOS LAS PALMAS Y EL PROGRESO, AGUAS NEGRAS SECTOR CAMPANALE, ALCANTARILLADO MUNICIPAL INCLUYE CERRAMIENTO Y OBRAS COMPLEMENTARIAS AREA URBANA DEL MUNICIPIO DE CANTAGALLO - BOLIVAR

2. En el texto de la OFERTA MERCANTIL del 9 de febrero de 2009, se lee:

"HERNANDO LEON SILVA LOPEZ, mayor de edad, vecino de Cali, identificado como aparece al pie de mi firma, en mi calidad de representante legal del CONSORCIO BRISAS 2009 con capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, por medio de la presente hago la siguiente Oferta Mercantil a la Sociedad de Acueductos y Alcantarillados del Valle del Cauca S.A. E.S.P. - ACUAVALLE S.A. E.S.P., (en adelante ACUAVALLE SA ESP), como destinatario de la misma, regida por la ley colombiana, según lo consagrado en el artículo 845 y siguientes del Código de Comercio, oferta que en el evento de ser aceptada regirá el negocio propuesto en los términos aquí contenidos y sus anexos, teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

- (i) ACUAVALLE SA ESP tiene suscrito con el Municipio de Cantagallo (Bolívar) el Contrato Interadministrativo No. 044 de fecha Diciembre 03 de 2008, cuyo objeto es "Aunar esfuerzos técnicos y financieros para la construcción (incluye diseño) de las obras de saneamiento básico en el Municipio de Cantagallo (Bolívar)"
 - (ii) Que ACUAVALLE S A ESP, requiere perfeccionar un negocio jurídico, para apoyar a la empresa con la construcción (incluye diseño) de algunas obras de saneamiento básico en el Municipio de Cantagallo, a fin de garantizar el cumplimiento eficiente y oportuno del mismo, razón por la cual ha solicitado al CONSORCIO BRISAS 2009, presentar oferta para la prestación de los servicios requeridos por ACUAVALLE SA ESP, servicios que propongo en esta oferta."
3. La aceptación de la referida Oferta Mercantil por ACUAVALLE SA ESP, dio origen al Contrato de Obra (incluye diseño) contenido en la ORDEN DE COMPRA No. 002 del 30 de enero de 2009, en la cual se lee:
- "Aceptación incondicional por parte de ACUAVALLE, de la oferta mercantil de fecha febrero 9 de 2009 presentada por el CONSORCIO BRISAS 2009, quien se obliga a dar estricto cumplimiento al ofrecimiento contenido en su oferta mercantil y a abrir una cuenta conjunta para el manejo del valor del negocio jurídico propuesto en su oferta"
4. En el Certificado de existencia y representación de ACUAVALLE SA ESP, expedido por la Cámara de Comercio, en el tercer párrafo se manifiesta:
- "QUE EN LA ESCRITURA PÚBLICA NO. 1345 DE REFORMA CITADA, CONSTA: LA SOCIEDAD DE ACUEDUCTOS Y ALCANTARILLADOS DEL VALLE DEL CAUCA SA ESP, ES UNA EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS OFICIAL CONSTITUIDA COMO SOCIEDAD ANÓNIMA, POR ACCIONES, ENTRE ENTIDADES PÚBLICAS, CON DOMICILIO EN LA CIUDAD DE SANTIAGO DE CALI, DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA, REPUBLICA DE COLOMBIA, DADA SU NATURALEZA EL ÁMBITO DE SUS SERVICIOS Y LA INTENCIÓN DE SUS SOCIOS, SU RÉGIMEN ES EL SEÑALADO POR LA LEY 142 DE 1994 Y DE MANERA SUBSIDIARIA POR LA LEY 489 DE 1998 Y LAS NORMAS QUE LAS COMPLEMENTEN, SUSTITUYAN O ADICIONEN".
5. El Estatuto de Contratación de ACUAVALLE SA ESP¹, dispone que los actos y contratos de la Empresa se rigen exclusivamente por el derecho privado, ello es claro como se concluye de las reglas siguientes.

ACUERDO No. 001 de 2017
(27 de febrero de 2017)

"Por el cual se aprueba el Estatuto de Contratación de la Sociedad de Acueductos y Alcantarillados del Valle del Cauca S.A. E.S.P, ACUAVALLE S.A. E.S.P.

CONSIDERANDO:

5. Que la Sociedad de Acueductos y Alcantarillados del Valle del Cauca S.A. E.S.P., ACUAVALLE S.A. E.S.P., es una empresa de servicios públicos de carácter oficial, de nacionalidad colombiana, constituida como sociedad por acciones, del tipo de las anónimas, sometida al régimen general de los servicios públicos domiciliarios y que ejerce sus actividades dentro del ámbito del derecho privado como empresario mercantil.

6. De acuerdo con lo dispuesto en el Título II Capítulo I, "RÉGIMEN DE ACTOS Y CONTRATOS DE LAS EMPRESAS" artículos 30 y siguientes de la Ley 142 de 1994 y el Título II Capítulo 1 de la Ley 689 de 2001 en desarrollo de lo dispuesto en los artículos 333 y 365 de la Constitución Política, se establece que: "Los actos de las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios se rigen exclusivamente por las reglas del Derecho Privado sin atender el porcentaje que el aporte de las entidades públicas representen dentro del capital social"; Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, razón por la cual los contratos que celebren las entidades que presten servicios públicos domiciliarios, sometidas a la ley 142 de 1994, se rigen por las normas del derecho privado para colocarlas en condiciones de igualdad con los particulares, en la forma que mejor garantice la libre competencia.

¹ <https://acuavalle.gov.co/contratacion/estatuto-de-contratacion>

(...)

8. Que el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, modificatoria de la Ley 80 de 1993, establece los principios de la actividad contractual para aquellas entidades que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, imponiendo la aplicación de los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Carta Política y además señala el sometimiento al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente en desarrollo de su actividad contractual.

ARTÍCULO 3: MARCO LEGAL. - Los contratos, órdenes y convenios que celebre ACUAVALLE S.A. E.S.P., se registrarán por las disposiciones del Código Civil, el Código de Comercio, las contempladas en este Estatuto de contratación y por lo dispuesto en la Ley 142 de 1994, en la Ley 689 de 2001, en lo pertinente, así como por las disposiciones especiales que le sean aplicables por la naturaleza de su actividad

Además, se tendrán en cuenta las normas especiales y demás disposiciones relacionadas con el servicio de acueducto y alcantarillado que expidan los órganos competentes, así como también las disposiciones de la Ley 190 de 1995, Ley 1474 de 2011, Código Disciplinario Único o Ley 734 de 2002, y Ley 190 de 2005, que le sean aplicables en cuanto a la naturaleza jurídica de la Empresa. (resalto y subrayo)

Con apoyo en las normas citadas se concluye que tanto la Oferta Mercantil del 9 de febrero de 2009 como el contrato "Orden de Compra No. 002 del 10 de febrero de 2009", son actos jurídicos privados debidamente originados en las facultades que la ley y el estatuto contractual de la Empresa le otorgan al representante legal de ACUAVALLE SA ESP y como quiera que el contratista se rige en un todo por el derecho privado, se evidencia que no es un contrato estatal y no le son aplicables por expresa disposición legal² las normas de la ley 80 de 1993 y dentro de ellas la regla procesal del artículo 75³.

Por tanto, conforme con el artículo 29 constitucional la vía judicial para lograr la declaratoria de incumplimiento del Contrato ORDEN DE COMPRA No. 002 de 2009, es la acción ordinaria que se impetró conforme con las reglas de los artículos 358 y ss del Código General del Proceso, como se pasa a argumentar.

FUNDAMENTOS NORMATIVOS SUSTANCIALES

EL AMBITO DEL DERECHO PROCESAL APLICABLE A LAS EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS.

El Consejo de Estado como máximo órgano de la jurisdicción contencioso-administrativa, se ha pronunciado reconociendo el carácter y régimen especial que regla la actuación de las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios, que por su función deben competir con el sector privado, así lo ha dejado ver al referirse a la Ley 142 de 1994 en la decisión que se encuentra radicada bajo el número 16.139 consejero ponente Carlos A. Orejuela Góngora, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda, Subsección B. Sentencia Sept. 24/98

La adecuación estatutaria a los nuevos parámetros jurídicos de las empresas de servicios públicos domiciliarios ha sido un imperativo predicable desde la expedición misma de la Ley 142; sin embargo; la empresa demandada mantuvo sus estatutos aferrados al régimen tradicional del sector descentralizado por servicios, ignorando por completo los sustanciales cambios introducidos por la ley de servicios en torno a este sector, los cuales dan cuenta de un régimen especial y preferente para las empresas de servicios públicos.

(...)

De lo anterior se sigue que las prescripciones de la ley de servicios públicos sobre sociedades entre entidades públicas se deben aplicar de preferencia cuando quiera que en su discurrir aparezcan discrepancias con el régimen tradicional de tales sociedades, surgiendo al punto la preeminencia del artículo 19 de la Ley 142 de 1994 sobre el artículo 4° del Decreto-Ley 130 de 1976. (Subrayas y negrillas ajenas)

² L 689 de 2001, art. 3

³ L. 80 1993, Art. 75

La Ley 489 de 1998, reestructuró toda la rama ejecutiva del poder público, en especial integra los diferentes entes descentralizados que fueron creados a partir de la reforma constitucional de 1968, con características propias **agrupados generalmente por su objeto o las actividades principales que realizan.**

El nuevo estatuto de la administración pública dispone de manera particular, acerca de las empresas oficiales de servicios públicos, así:

ART. 84. Empresas oficiales de servicios públicos. Las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios y las entidades públicas que tienen por objeto la prestación de los mismos se sujetarán a la Ley 142 de 1994, a lo previsto en la presente ley en los aspectos no regulados por aquélla y a las normas que las complementen, sustituyan o adicionen.
(Subrayas ajenas)

De esta manera debe tenerse de presente para todos los casos, que en materia de servicios públicos domiciliarios el Congreso en ejercicio de su libre configuración legislativa **concluyó y ordenó un régimen jurídico especial y preferente**, al que hacen referencia los artículos 365 y 367 de la Constitución y que es el contenido en las leyes 142 y 143 de 1994 y las posteriores que las modifican y adicionan, **en consecuencia en este sector no se aplica como regla general, las disposiciones que ordinariamente son aplicadas por la administración pública o a las entidades públicas**, pues en el sector **el régimen es especial** y por ello debe darse tanto en los aspectos sustanciales como procesales o de procedimiento la aplicación de las normas que con especialidad y de forma particular (sentido material) las reglamentan, descartándose en todo caso la aplicación de normas generalizadas para el sector público, conforme con el principio de validez y aplicación de las leyes reglado en el artículo 3 de la Ley 153 de 1887.⁴

La especialidad del régimen de los servicios públicos tiene al menos tres características relevantes:

- a) pretende unificar en lo posible el régimen aplicable a todos los prestadores sean estos de origen público o privado,
- b) pretende otorgarles también a todos prerrogativas y controles de derecho público y
- c) se fija una regla mixta en su contenido, **pues, por lo general en la producción del bien objeto del servicio se aplica el derecho privado, mientras en las relaciones de las empresas con sus usuarios es el derecho público:**

De otro lado el régimen jurídico **no se encuentra excepcionado por el origen de los de recursos que administra**, por cuanto es clara la regla del artículo 27.7. de la Ley 142 de 1994 al prescribir:

"Los aportes efectuados por la nación, las entidades territoriales y las entidades descentralizadas de cualquier nivel administrativo a las empresas de servicios públicos, se regirán en un todo por las normas del derecho privado". (Subrayas extratexto)

El Consejo de Estado también se ocupó de las reglas sobre la naturaleza jurídica y el régimen jurídico de actos y contratos de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, **indicando que se rigen por el derecho privado y solo si de forma expresa lo dispone la ley 142 de 1994 le son aplicables las reglas de la Ley 80 de 1993 y las aplicables a cualquier entidad pública;** así en sentencia de 2012 dijo:

Respecto a la naturaleza jurídica de las empresas de servicios públicos domiciliarios, el artículo 17 de la Ley 142 de 1994, señaló que: "Las empresas de servicios públicos son

⁴ L. 153 de 1887

ARTÍCULO 3. Estímase insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador, ó por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, ó por existir una ley nueva que regula íntegramente la materia á que la anterior disposición se refería. (subrayas mías)

sociedades por acciones cuyo objeto es la prestación de los servicios públicos de que trata esta Ley. Parágrafo 1º. Las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional, cuyos propietarios no deseen que su capital esté representado en acciones, deberán adoptar la forma de empresa industrial y comercial del estado. (...)

(...)

Ahora, el artículo 19 ibidem enuncia como régimen jurídico de las empresas en mención, las reglas, entre otras, sobre la denominación, duración, aportes, mecanismos de constitución, registro, emisión, colocación de acciones, causales de disolución.

En cuanto al régimen de contratación, el artículo 31 de la Ley 142 de 1994, con la modificación introducida por el artículo 3º de la Ley 689 de 2001, dispuso:

"Artículo 31. Régimen de la contratación. Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa.

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

Parágrafo. Los contratos que celebren los entes territoriales con las empresas de servicios públicos con el objeto de que estas últimas asuman la prestación de uno o de varios servicios públicos domiciliarios, o para que sustituyan en la prestación a otra que entre en causal de disolución o liquidación, se regirán para todos sus efectos por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en todo caso la selección siempre deberá realizarse previa licitación pública, de conformidad con la Ley 80 de 1993".

En este orden de ideas cabe anotar que el régimen aplicable a los contratos celebrados por los prestadores de servicios públicos domiciliarios es, por regla general, el establecido en la normatividad privada, pero, así mismo, es necesario concluir, que, de conformidad con las excepciones dispuestas por la misma ley, dicho régimen debe catalogarse como "mixto", pues está integrado tanto por normas propias del derecho privado como del derecho público. Por lo tanto, sólo en los casos en que la Ley 142 de 1994 de manera expresa lo disponga, el régimen de contratación será el del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Ley 80 de 1993)⁶. (Negritas y subrayas fuera de texto)

De igual manera este alto tribunal de la justicia contenciosa administrativa en la sentencia 40789 de 2015, se manifestó sobre la especialidad del régimen legal que el legislador instituyó para las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios ESP y particularmente la actividad contractual, así:

1.12.- De acuerdo con la jurisprudencia de la Sub-sección C por "mandato constitucional (artículos 334, 365[29] 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 cubija los servicios públicos domiciliarios, en otras palabras, el género incluye la especie[30]. 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[31]. 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

⁶ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION CUARTA C. P WILLIAM GIRALDO GIRALDO, 1 de marzo de 2012, Rad. 11001-03-27-000-2009-00042 00(17907)

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 y subrayas propias) [32].

(...)

1.14.- Una aproximación a las bases jurídicas de los servicios públicos domiciliarios "permite concluir sin mayor dificultad la consolidación del derecho privado como la regla general rectora de la actividad de los operadores de los servicios públicos en todo lo relacionado con sus actos y contratos, y a la vez, la proclamación de una regla de excepción, de obvia aplicación restrictiva, sujeta a las disposiciones del derecho administrativo, que rige un pequeño número de contratos relacionados con los servicios públicos y principalmente con aquellas actuaciones tendientes a la producción de actos típicamente administrativos, que dicho sea, constituyen materialmente un ámbito muy restringido en la actividad de las empresas prestadoras de servicios públicos, principalmente en los asuntos que impliquen relaciones con el usuario y en el desarrollo de procedimientos que conlleven afectaciones al interés general" [33]. (...) (Subrayo)

1.17.- Los "desarrollos normativos de las Leyes 142 y 143 ambas de 1994, conforme a las previsiones constitucionales de los artículos 333, 334, y 365 a 370, implicaron definitivamente un abandono a la regla general de la legalidad aplicable a los negocios jurídicos suscritos por las empresas prestadoras de servicios públicos, en la medida que trajeron un rompimiento de la dogmática tradicional del derecho administrativo, creando en su reemplazo una base jurídica, particular y especial, conformada a partir de la aplicación del derecho privado para atender las exigencias de la vida económica sustentadora de los servicios públicos" [40]. (...)

1.19.- De "la lectura de los artículos, 2, 30, 31, 32, 33 y 39 de la Ley 142 de 1994, se deduce sin mayores dificultades esta novedosa realidad jurídica de interrelación entre cláusulas propias de supuestos ordenamientos disímiles, según las ópticas jurídicas tradicionales. Conforme a esta relación jurídica, se deduce una especie de regla general en cuanto al régimen aplicable a los contratos de las empresas de servicios públicos domiciliarios, según la cual están sujetos al derecho privado, no obstante que por excepción en casos precisamente determinados por la misma Ley 142 de 1994, se rigen por el derecho administrativo" [43] [44]. (...)

[...]. Esto es, de manera directa y sin complejos ideológicos frente al derecho administrativo y la sustantividad del contrato del Estado, se instituye al derecho privado como la legalidad aplicable por estas entidades prestadoras de servicios públicos, dentro de una clara y definitiva política de acatamiento a las directrices neoliberal, que tradicionalmente se hacen acompañar de este ordenamiento jurídico por ser el propio y natural de la iniciativa privada y la libertad de negociación en el mercado" [45]. (negrillas y subrayas extratexto)

1.21.- 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" [46]. (...)

1.23.- Ahora bien, la remisión anteriormente mencionada "fue expresamente modificada por la ley 689 de 2001, la cual constituye sin mayores dubitaciones la regla aplicable frente a cualquier aproximación jurídica al tema que nos ocupa, e impide que el intérprete del régimen jurídico en cuestión haga afirmaciones, aplicaciones o remisiones de normatividades extrañas como la de la ley 80 de 1993 para hacer juicios de legalidad de la conducta de los actores de la contratación dentro de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios. Desde el 31 de agosto de 2001, día en que fue publicada en el

diario oficial 44537 la ley 689 de ese año, entró a regir un marco jurídico específico y preferente para los contratos de las empresas de servicios públicos domiciliarios, que se caracteriza en su artículo 3, al modificar el 31 de la ley 142 de 1994, por excluir expresamente, como regla general, de cualquier aplicación a la ley de la contratación pública del Estado¹⁴⁹. (negritas y subrayas nuestras)

De esta manera se reitera respetuosamente al Despacho, que las ESP sin importar el régimen jurídico que les de nacimiento, para todos sus actos y contratos se rigen de manera exclusiva por el derecho privado y solo en forma excepcional aplican el derecho público y ello cuando la misma ley así lo indica, lo cual permanece en cuanto al procedimiento y juez que es competente para conocer de las controversias que surjan debido a los contratos que suscriben.

La ley no se detuvo en definir el régimen jurisdiccional de estas entidades, habida cuenta que el procedimiento es de orden público, y solo con la determinación del régimen jurídico de sus actos y contratos, por contera se desprende sin mayor esfuerzo el régimen jurídico procesal que le es aplicable, que para el caso y por la naturaleza de los actos y contratos que son del derecho privado, es el que rige los actos y contratos de los particulares.

Con fundamento en lo anterior se establece que el régimen de actuación de ACUAVALLE S.A.ESP en materia contractual no es otro que el del derecho privado y con mayor razón cuando la contratación se deriva no de la prestación de servicios públicos, sino de actividades que realiza como persona jurídica y que no constituyen su objeto principal, como es la de realizar estudios de consultoría y ejecutar obras en localidades donde la empresa no es la prestadora de los servicios públicos domiciliarios.

INCLUSION LEGAL Y EXCEPCIONAL DE LAS CLAUSULAS EXORBITANTES EN LOS CONTRATOS DE LAS ESP.

Estando claro el régimen contractual de ACUAVALLE SA ESP y en consecuencia siendo la jurisdicción ordinaria la aplicable a las controversias surgidas debido a los contratos, solo resta establecer en qué casos se incluyen legalmente y de manera excepcional las cláusulas excepcionales o exorbitantes en sus contratos y el régimen técnico normativo, función de las Comisiones de Regulación, que habilita su inclusión.

Constituye una facultad contenida en el artículo 3 de la Ley 689 de 2001, que otorga a las Comisiones Reguladoras (entidades técnicas normativas, que no legislan ni reglamentan la ley) la función de establecer la norma técnica para la legal aplicación por todas las ESP (públicas y privadas) de las cláusulas excepcionales o exorbitantes en los contratos que suscriben, para el desarrollo de su objeto social; se debe tener presente en todo caso, que el objeto y función de las Comisiones Reguladoras, es eminentemente normativo técnico, dirigido a regular el mercado de la prestación de los servicios públicos domiciliarios, **por tanto la aplicación de las normas técnicas reguladoras solo es legal al regular la actividad de prestación de los servicios y no todas las actividades que realicen las ESP.**

La Corte Constitucional precisó en fallo de constitucionalidad, cual es el objeto y función, así como las facultades de las comisiones reguladoras. Sentencia C-1162 del 6 de septiembre de 2000, M. P. Dr. JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO expediente D-286, al decir:

Así pues, para la Corte resulta claro que la regulación de los servicios públicos domiciliarios, a la luz de los preceptos superiores y siguiendo la definición legal, es tan sólo una forma de intervención estatal en la economía para corregir los errores de un mercado imperfecto y delimitar el ejercicio de la libertad de empresa, así como para preservar la sana

CS

y transparente competencia, con el fin de lograr una mejor prestación de aquéllos, y sin que tal función implique la asunción de competencias legislativas o reglamentarias. Las atribuciones pertinentes se deben ejercer respetando la ley, el reglamento y las directrices del Gobierno, a través de los respectivos ministros. (...)

Repite la Corte que no se trata de funciones legislativas o de atribuciones de creación de normatividad paralela a la ley, o encaminada a cubrir sus vacíos, ni tampoco de una sustitución de la propia ley ni de la potestad reglamentaria, exclusiva del Presidente de la República. Solamente sobre la base de estos criterios se declara la exequibilidad de las indicadas normas, pues bajo cualquier otro entendido son inconstitucionales.

La Corte declarará la exequibilidad del parágrafo del artículo 69 acusado, así como la del artículo 14, numeral 18, de la Ley 142 de 1994, siempre que se entienda la función de regular la prestación de servicios públicos domiciliarios en los términos que se han descrito.

(Subrayas y negrillas ajenas)

En otra oportunidad sobre las funciones y facultades de las Comisiones de Regulación dijo la H. Corte Constitucional, mediante Sentencia C- 955 del 14 de noviembre de 2007, con ponencia del H. Magistrado Marco Gerardo Monroy Cabra, reafirmó los anteriores criterios dejando en claro que las autoridades de regulación no pueden asumir el ejercicio de funciones legislativas ni ignorar tampoco esas políticas gubernamentales, por cuanto ello equivaldría a incurrir en un desconocimiento de los preceptos consignados en la Carta Política. Al mismo tiempo, insiste en señalar que las Comisiones de Regulación tampoco pueden arrogarse el ejercicio de la función reglamentaria directa de las normas constitucionales ni soslayar el carácter jerárquico que tienen tanto los mandatos legales como las disposiciones dictadas por el Gobierno Nacional.⁶

Honorable Magistrado, conforme a los fallos aludidos se decanta que las Comisiones de Regulación, expiden normas técnicas para la adecuada prestación de los servicios que regulan y en ningún caso esas normas podrán tener la potencialidad de modificar, adicionar, complementar o reglamentar la ley.

La COMISION REGULADORA DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BASICO – CRA ejercitando las facultades que le otorgó la Ley 142 de 1994 y el artículo 3 de la Ley 689 de 2001, proferió la Resolución No. 01 de 1995, que fue totalmente insertada en el artículo 1.3.3.1 de la Resolución 151 de 2001, modificado por el artículo 1 de la Resolución 293 de 2004, estableciendo la norma que contiene **las condiciones técnicas** para que las ESP, puedan pactar legalmente cláusulas exorbitantes o excepcionales en los contratos, así:

Sección 1.3.3

Cláusulas exorbitantes o excepcionales

Artículo 1.3.3.1 Contratos en los cuales deben pactarse cláusulas excepcionales. Todas las personas prestadoras de los servicios públicos de agua potable y saneamiento básico o de las actividades complementarias de los mismos a que se refiere esta resolución, deberán pactar las cláusulas exorbitantes o excepcionales a que se refiere el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 en los siguientes contratos:

- a) En los contratos que conforme a la ley deban adjudicarse por el sistema de licitación, de conformidad con el artículo 40 de la Ley 142 de 1994;
- b) En los contratos de obra, consultoría, suministro de bienes y compraventa, siempre que su objeto, de no ser cumplido en la forma pactada, pueda traer como consecuencia necesaria y directa la interrupción en la prestación del servicio público domiciliario de acueducto, alcantarillado y aseo o la reducción en los niveles de calidad de agua exigidos por las autoridades competentes según la Ley;

⁶ Ver Sentencia CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION PRIMERA. C.P: Doctor: RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA del 30 de abril de 2009 Rad.: 11001 032400020040012301

Se entiende por contratos de obra los definidos en la Ley 80 de 1993; por contratos de consultoría los definidos en el inciso 2° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993; y por contratos de suministro y compraventa los que tipifica el Código de Comercio;

c) En los contratos en los cuales, por solicitud de la persona prestadora, lo haya autorizado la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico en forma expresa y previa a su celebración.

Parágrafo 1°. Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993 y los actos en los que se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa.

Parágrafo 2°. Como criterio para la inclusión de las cláusulas, la persona prestadora deberá tener en cuenta la existencia de precedentes en los cuales el incumplimiento de contratos de similar naturaleza, ha conducido a la interrupción en la prestación del servicio público domiciliario de acueducto, alcantarillado y aseo o a la reducción en los niveles de calidad de agua exigidos por las autoridades competentes.

Parágrafo 3°. Se entiende por interrupción en la prestación de los servicios de Acueducto y Alcantarillado, la no disponibilidad de los servicios en forma permanente o temporal por un término no menor a veinticuatro (24) horas continuas, derivada del incumplimiento del contrato; por interrupción en el servicio de aseo, la no disponibilidad del servicio en forma permanente, o temporal que implique una reducción en más de un cincuenta por ciento (50%) de la frecuencia semanal de prestación del servicio, derivada del incumplimiento del contrato; y por reducción en la calidad del agua, cuando por efectos del incumplimiento del contrato, no es posible para la persona prestadora cumplir con los parámetros establecidos en las normas expedidas por las autoridades competentes.

Artículo 1.3.3.2 Motivación y conservación de antecedentes de los contratos. Modificado por el art. 2. Resolución CRA 293 de 2004. Las personas prestadoras de los servicios públicos domiciliarios a los que se refiere esta resolución, deberán conservar, entre los antecedentes de los contratos, la motivación con base en la cual se decidió incluir las cláusulas exorbitantes, para que la Comisión pueda ejercer las facultades del inciso final del artículo 73 de la Ley 142 de 1994. La conservación de tales antecedentes se hará mientras no hayan transcurrido seis meses después de haberse producido la caducidad de las acciones contractuales a las que los contratos puedan dar lugar.

Artículo 1.3.3.3 Autorización para incluir cláusulas exorbitantes. Modificado por el art. 3. Resolución CRA 293 de 2004. Las personas prestadoras de los servicios públicos domiciliarios a los que se refiere esta resolución deberán solicitar a la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico autorización cuando deseen incluir cláusulas exorbitantes, en contratos distintos a los que se refiere el literal b) del artículo 1.3.3.1 de la presente resolución. Con la solicitud deberá remitirse la motivación a la que se refiere el artículo anterior.

La autorización se concederá siempre que, por lo menos, aparezca que el incumplimiento del objeto del contrato, puede traer como consecuencia necesaria y directa la suspensión en la prestación de un servicio público domiciliario, o la alteración en los niveles de calidad de agua exigidos por las autoridades competentes según la Ley;

Respetuosamente se indica al Despacho que las normas técnicas transcritas, detallan las condiciones que permiten legalmente pactar las cláusulas excepcionales o exorbitantes en los contratos por todas las ESP así:

a) El objeto del contrato debe ser de obra, consultoría, suministro de bienes y compraventa, pero no solo basta que sea este su objeto;

b) cumplida la condición del literal a) es obligatorio que se justifique por la entidad prestadora que el "incumplimiento del objeto del contrato, puede traer como consecuencia

necesaria y directa la suspensión en la prestación de un servicio público domiciliario, o la alteración en los niveles de calidad de agua exigidos por las autoridades competentes según la Ley.

Se observa que las Comisiones de Regulación al establecer las condiciones indicadas en sus normas técnicas, tuvieron en cuenta que las cláusulas excepcionales en el derecho privado no se admiten, porque rompen el principio de conmutatividad de los contratos (art. 1498 del C.C.), sabiendo que es de la esencia del derecho Privado la igualdad de las relaciones contractuales, quiere decir que los contratantes tienen la misma jerarquía y frente al Derecho sus obligaciones son equivalentes en los contratos conmutativos.

Así para que, para pactar las cláusulas excepcionales o exorbitantes de forma legal, las ESP, deben cumplir en su totalidad y previamente, las condiciones contenidas en la norma técnica, a saber:

- El objeto del contrato debe ser de obra, consultoría, suministro de bienes y compraventa;
- Tener debidamente probado que **"siempre que su objeto, de no ser cumplido en la forma pactada, pueda traer como consecuencia necesaria y directa la interrupción en la prestación del servicio público domiciliario de acueducto, alcantarillado y aseo o la reducción en los niveles de calidad de agua exigidos por las autoridades competentes según la Ley.**
- Poseer la persona prestadora **precedentes en los cuales el incumplimiento de contratos de similar naturaleza ha conducido a la interrupción en la prestación del servicio público domiciliario de acueducto, alcantarillado y aseo o a la reducción en los niveles de calidad de agua exigidos por las autoridades competentes.**
- Las personas prestadoras de los servicios públicos domiciliarios **deberán conservar, entre los antecedentes de los contratos, la motivación con base en la cual se decidió incluir las cláusulas exorbitantes,** para que la Comisión pueda ejercer las facultades del inciso final del artículo 73 de la Ley 142 de 1994.

Así para que se puedan pactar las cláusulas excepcionales o exorbitantes en el contrato, se debe probar debidamente la existencia de las condiciones antes anotadas, con lo cual se concluye que la facultad no se deriva de manera directa del objeto del contrato como se ha venido interpretando y aplicando por la jurisdicción; por ello será deber del operador jurídico a garantizar el derecho fundamental del debido proceso y acorde con el precedente judicial transcrito, tener pleno conocimiento de que la inclusión de las dichas cláusulas en el contrato en estudio, se efectuó con el cumplimiento en su totalidad de las normas que las regulan y no simplemente de la tipología del contrato suscrito.

Obsérvese la particularidad de la condición que trae la regla, al decir: **"siempre que su objeto, de no ser cumplido en la forma pactada, pueda traer como consecuencia necesaria y directa la interrupción en la prestación del servicio público domiciliario de acueducto, alcantarillado y aseo o la reducción en los niveles de calidad de agua exigidos por las autoridades competentes según la Ley"**, evento que indudablemente debe estar debidamente documentado con prueba idónea.

Se manifiesta al Despacho que en el presente contrato no fueron pactadas las cláusulas excepcionales o exorbitantes como se puede establecer de su texto y de la Oferta Mercantil que lo complementa, además ACUAVALLE SA ESP, no se encontraba habilitada para suscribir contratos con las dichas cláusulas como se ha argumentado, por lo tanto, es obligatorio concluir que el contrato se rige en sus aspectos sustanciales y procesales por el derecho privado.

694

FUNDAMENTOS NORMATIVOS PROCESALES
APLICACIÓN DEL NUMERAL 3 DEL ARTÍCULO 104 DE LA LEY 1437 DE 2011
CPACA

La argumentación sobre la facultad para pactar cláusulas exorbitantes por las ESP se presenta, debido a la regla procesal contenida en el artículo 104 numeral 3 de la Ley 1437 de 2011, Código Procesal Administrativo y de los Contencioso Administrativo, que dispone:

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:

(...)

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. (subrayo)

La norma transcrita evidentemente consagra una regla procesal especial en el numeral 3, atendiendo al principio material, pues determina expresamente el sujeto al que es aplicable, por lo tanto, obligatorio es atender el principio que enseña, que la norma especial prevalece sobre la norma general (art. 3, ley 153 de 1887) y por ello la aplicación de la norma general que se describe en el numeral 2 del artículo 104 ibidem, vaciaría de contenido a la regla especial.

De otro lado se debe respetar el principio del juez natural, como garantía fundamental y elemento inescindible del debido proceso; en el caso que se estudia está debidamente probado que el contrato objeto del proceso, no incluyó ni debió incluir cláusulas exorbitantes, por tanto, se concluye con facilidad, que el juez del contrato no es el de la jurisdicción contenciosa administrativa, sino el juez de la justicia ordinaria, tal como hasta el momento se ha venido rituando el litigio.

Finalmente y acorde con el tenor del Parágrafo del artículo 3 de la Ley 689 de 2001⁷, para que ACUAVALLE SA ESP se pueda reputar como entidad operadora de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo en el Municipio de Cantagallo, es menester la existencia de un contrato de operación, suscrito con el lleno de los requisitos establecidos en la mencionada disposición y en el artículo 39.3 de la Ley 142 de 1994⁸; en el caso que nos ocupa solo está probada la vinculación de la Empresa con el ente territorial, mediante el Contrato Interadministrativo No. 044 de 2008, que tiene por objeto únicamente la realización de diseños y la ejecución de obras, contrato celebrado de forma directa, en

⁷ L. 689 de 2001

Art. 3 Parágrafo. Los contratos que celebren los entes territoriales con las empresas de servicios públicos con el objeto de que estas últimas asuman la prestación de uno o de varios servicios públicos domiciliarios, o para que sustituyan en la prestación a otra que entre en causal de disolución o liquidación, se registrarán para todos sus efectos por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en todo caso la selección siempre deberá realizarse previa licitación pública, de conformidad con la Ley 80 de 1993.

⁸ L. 142 de 1994

Artículo 39. Contratos especiales. Para los efectos de la gestión de los servicios públicos se autoriza la celebración, entre otros, de los siguientes contratos especiales:

39.3. Contratos de las entidades oficiales para transferir la propiedad o el uso y goce de los bienes que destina especialmente a prestar los servicios públicos; o concesiones o similares; o para encomendar a terceros cualquiera de las actividades que ellas hayan realizado para prestar los servicios públicos; o para permitir que uno o mas usuarios realicen las obras necesarias para recibir un servicio que las entidades oficiales estén prestando; o para recibir de uno o mas usuarios el valor de las obras necesarias para prestar un servicio que las entidades oficiales estén prestando; o para pagar con acciones de empresas los bienes o servicios que reciban

Diego Millán
Abogado

el que no se agotaron los requisitos de la licitación Pública, como lo exige la norma referida.

De otro lado la forma de elaboración del contrato de obra con el Demandante, mediante:

- a) SOLICITUD PRIVADA DE OFERTA No. G-001-2009;
- b) presentación de LA OFERTA MERCANTIL del 9 de febrero de 2009 y
- c) la expedición de aceptación de la oferta mercantil, mediante ORDEN DE COMPRA No. 001 del 10 de febrero de 2009,

En este caso no se agotó la ritualidad de la Licitación Pública con estudios previos y pliego de licitación, por lo que claramente se puede concluir que no existen los llamados antecedentes descritos en el **Artículo 1.3.3.2 Motivación y conservación de antecedentes de los contratos** de la Resolución 151 de 2001 expedida por la Comisión Reguladora de Agua Potable y Saneamiento Ambiental - CRA.

Así las cosas, de conformidad con la argumentación expuesta, con el debido respeto, se reitera al Honorable Magistrado, que es la jurisdicción ordinaria la competente para conocer del presente litigio, y en ningún caso la jurisdicción contenciosa administrativa, como se indica en la providencia atacada; por lo que la decisión en contrario es absolutamente carente de sustento normativo y como tal se constituye en evidente desconocimiento del derecho fundamental del debido proceso de la demandante.

Atentamente,

DIEGO MILLAN
C. C. No. 14.442.338 de Cali
T. P. No. 47.479 del C. S. de la J.
BRISAS 2009-ACUAVALLE-ORDEN DE COMPRA No 002-2009-VERBAL-REPOSICION