



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL META

Villavicencio, treinta (30) de enero dos mil veinte (2020)

MAGISTRADA PONENTE: CLAUDIA PATRICIA ALONSO PÉREZ

RADICACIÓN:	50001-33-33-004-2014-00042-01
MEDIO DE CONTROL:	CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
DEMANDANTE:	INTERCONEXIÓN ELÉCTRICA S.A. E.S.P.
DEMANDADO:	INGELECT LTDA

Sería el caso proferir sentencia de segunda instancia en el proceso de la referencia. Sin embargo, este Despacho advierte que carece de jurisdicción para conocer del asunto planteado en la demanda.

ANTECEDENTES

1. El 05 de febrero de 2014¹, la entidad INTERCONEXIÓN ELÉCTRICA S.A. E.S.P. presentó demanda de controversias contractuales² contra la sociedad INGELECT LTDA. La demandante explicó que, en calidad de contratante, suscribió con la demandada, en calidad de contratista, el contrato No. 4500037541 del 12 de agosto de 2011³. A partir de lo anterior, solicitó que⁴: (i) se declarara que la contratista incumplió la obligación contenida en el literal b) de la cláusula quinta del contrato referente a su deber de amortizar en debida forma el anticipo; (ii) se declarara que producto del incumplimiento de la contratista, ésta debe cancelarle el monto DOSCIENTOS SIETE MILLONES QUINIENTOS CUARENTA Y NUEVE MIL QUINIENTOS DIECIOCHO PESOS (\$ 207.549.518), por concepto de las sumas del anticipo dejadas de amortizar por la sociedad contratista; (iii) se condenara a la demandada a reconocer y pagarle los intereses de mora que se causen hasta la fecha de cancelación total de la obligación; y (iv) se condenara a la demandada en costas.

Ahora bien, luego de que en el trámite de primera instancia, a través de auto de 13 de febrero de 2014⁵, el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Villavicencio solicitara que se adecuaran e individualizaran las pretensiones de la demanda, la demandante aclaró que las mismas se encaminaban:

¹Folio 56: cuaderno I de primera instancia.

²Folios 1-19: cuaderno I de primera instancia.

³Folios 36-42: cuaderno I de primera instancia.

⁴Folios 5-6: cuaderno I de primera instancia.

⁵Folio 58: cuaderno I de primera instancia.

"(...) a la devolución por parte del contratista de los dineros entregados a título de anticipo, en el monto no ejecutado para el desarrollo del contrato de obra, por tratarse de dineros que no fueron amortizados y pertenecen a la Entidad dado el título en el que fueron entregados.

El contrato fue declarado en incumplimiento y fue terminado unilateralmente por la Entidad (hechos 11 y 12 de la demanda), tanto por la deficiente ejecución del objeto del contrato, como por el incumplimiento de la obligación contenida en el literal B de la cláusula quinta del mismo, referente a su deber de amortizar en debida forma el anticipo, conforme quedó descrito en los hechos de la demanda. (...)"⁶.

2. En sentencia de primera instancia de 06 de marzo de 2018⁷, el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Villavicencio dispuso negar las pretensiones de la demanda y condenar en costas a la entidad demandante.
3. El 21 de marzo de 2018, la entidad demandante presentó recurso de apelación⁸ contra la sentencia de instancia de 06 de marzo de 2018.
4. En auto de 22 de mayo de 2018⁹, el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Villavicencio concedió, en el efecto suspensivo, el recurso de apelación presentado por la entidad demandante. En consecuencia, ordenó la remisión del expediente al Tribunal Administrativo del Meta para lo de su competencia.
5. Mediante auto de 07 de junio de 2018¹⁰, este Tribunal dispuso la admisión del recurso de apelación allegado por la entidad demandante.
6. Por intermedio de auto de 21 de junio de 2018¹¹, este Tribunal decidió prescindir de la audiencia establecida en el artículo 247 de la Ley 1437 de 2011 ("*Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*" o "*C.P.A.C.A.*"). En su lugar, dispuso correr traslado a las partes por el término común de diez (10) días para alegar de conclusión y, una vez surtida esta actuación, realizar el mismo procedimiento con respecto al Ministerio Público para que rindiera su concepto.
7. El 09 de julio de 2018, la entidad demandante presentó alegatos de conclusión¹².

CONSIDERACIONES

Con el objeto de exponer adecuadamente las razones que llevan al Despacho a advertir que se carece de jurisdicción para conocer del asunto planteado en la demanda, a continuación: (i) se estudiará la naturaleza jurídica de la parte demandante y el régimen legal aplicable; (ii) se describirán las normas y pronunciamientos pertinentes para reflexionar si la Jurisdicción de lo Contencioso

⁶Folios 60-61; cuaderno 1 de primera instancia.
⁷Folios 390-397; cuaderno 2 de primera instancia.
⁸Folios 401-411; cuaderno 2 de primera instancia.
⁹Folio 459; cuaderno 2 de primera instancia.
¹⁰Folio 4; cuaderno 1 de segunda instancia.
¹¹Folio 6; cuaderno 1 de segunda instancia.
¹²Folios 8-22; cuaderno 1 de segunda instancia.

Administrativo goza de jurisdicción para conocer y decidir este asunto; (iii) con base en lo anterior, se analizará el caso en concreto. No obstante, antes de realizar el estudio descrito el Despacho precisará la competencia y oportunidad para proferir esta providencia.

1. Competencia y oportunidad

El artículo 208 del C.P.A.C.A.¹³ indica que se considerarán causales de nulidad en todos los procesos las señaladas en el Código de Procedimiento Civil (hoy "Código General del Proceso") y que las mismas se tramitarán como incidente. En concordancia, el artículo 16¹⁴ de la Ley 1564 de 2012 ("Código General del Proceso" o "C.G.P") estipula que la jurisdicción es improrrogable, en armonía con lo señalado en el artículo 138¹⁵ del mismo cuerpo normativo. De manera que cuando se declare la falta de jurisdicción, de oficio o a petición de parte, lo actuado conservará validez, salvo la sentencia que se hubiere proferido que será nula. De donde se colige que el juez de segunda instancia goza de la potestad de declarar de oficio la falta de jurisdicción cuando así lo advierta.

Ahora bien, le corresponde a este Despacho en Sala de Decisión Unitaria declarar la falta de jurisdicción en este proceso, en la medida en que no se trata de uno de los asuntos a los que se refieren los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 243 del C.P.A.C.A., de acuerdo con lo señalado en el artículo 125¹⁶ de la misma Ley.

¹³Ley 1437 de 2011, artículo 208: "Serán causales de nulidad en todos los procesos las señaladas en el Código de Procedimiento Civil y se tramitarán como incidente."

¹⁴Ley 1564 de 2012, artículo 16: "La jurisdicción y la competencia por los factores subjetivo y funcional son improrrogables. Cuando se declare, de oficio o a petición de parte, la falta de jurisdicción o la falta de competencia por los factores subjetivo o funcional, lo actuado conservará validez, salvo la sentencia que se hubiere proferido que será nula, y el proceso se enviará de inmediato al juez competente. Lo actuado con posterioridad a la declaratoria de falta de jurisdicción o de competencia será nulo."

La falta de competencia por factores distintos del subjetivo o funcional es prorrogable cuando no se reclama en tiempo, y el juez seguirá conociendo del proceso. Cuando se alegue oportunamente lo actuado conservará validez y el proceso se remitirá al juez competente."

¹⁵Ley 1564 de 2012, artículo 138: "Cuando se declare la falta de jurisdicción, o la falta de competencia por el factor funcional o subjetivo, lo actuado conservará su validez y el proceso se enviará de inmediato al juez competente; pero si se hubiere dictado sentencia, esta se invalidará."

La nulidad solo comprenderá la actuación posterior al motivo que la produjo y que resulte afectada por ella. Sin embargo, la prueba practicada dentro de dicha actuación conservará su validez y tendrá eficacia respecto de quienes tuvieron oportunidad de controvertirla, y se mantendrán las medidas cautelares practicadas.

El auto que declare una nulidad indicará la actuación que debe renovarse."

¹⁶Ley 1437 de 2011, artículo 125: "Será competencia del juez o Magistrado Ponente dictar los autos interlocutorios y de trámite; sin embargo, en el caso de los jueces colegiados, las decisiones a que se refieren los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 243 de este Código serán de la sala, excepto en los procesos de única instancia. Corresponderá a los jueces, las salas, secciones y subsecciones de decisión dictar las sentencias. Los autos que resuelvan los recursos de súplica serán dictados por las salas, secciones y subsecciones de decisión con exclusión del Magistrado que hubiere proferido el auto objeto de la súplica."

2. Naturaleza jurídica de la parte demandante y el régimen legal aplicable a los contratos que celebre

La entidad INTERCONEXIÓN ELÉCTRICA S.A. E.S.P. es una empresa de servicios públicos mixta, en los términos del artículo 14 de la Ley 142 de 1994¹⁷. Lo indicado, en atención a la certificación suscrita por el contador de la sociedad demandante¹⁸ según la cual el 61,5773% de los accionistas de ésta son inversionistas estatales, así: el 51,4114% de participación es del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, mientras que el 10,1659% corresponde a las Empresas Públicas de Medellín E.S.P. Asimismo, de acuerdo con el certificado de existencia y representación legal de la demandante, la misma se encuentra sometida al régimen jurídico establecido en la Ley 142 de 1994 y se dedica a la prestación de los servicios de energía eléctrica y de telecomunicaciones¹⁹.

Sentado lo anterior, es pertinente estudiar el régimen aplicable al caso bajo estudio. Al respecto, el artículo 31 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001, establece que:

Ley 142 de 1994, artículo 31: "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." (Subrayado fuera de texto).

En adición, para el caso del servicio público domiciliario de electricidad, el parágrafo del artículo 8 de la Ley 143 de 1994 instituye lo siguiente:

¹⁷Ley 142 de 1994, artículo 14: "Para interpretar y aplicar esta Ley se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:

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

¹⁸Folio 83, cuaderno I de primera instancia.

¹⁹Folios 20-21 reverso; cuaderno I de primera instancia.

Ley 143 de 1994, artículo 8: "Las empresas públicas que presten el servicio de electricidad al entrar en vigencia la presente Ley, en cualquiera de las actividades del sector, deben tener autonomía administrativa, patrimonial y presupuestaria.

(...)

PARÁGRAFO. El régimen de contratación aplicable a estas empresas será el del derecho privado. La Comisión de Regulación de Energía y Gas podrá hacer obligatoria la inclusión de cláusulas excepcionales al derecho común en algunos de los contratos que celebren tales entidades. Cuando su inclusión sea forzosa, todo lo relativo a estas cláusulas se sujetará al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. (Subrayado fuera de texto).

No obstante, debe distinguirse el régimen aplicable de la jurisdicción competente, por cuanto puede ser que aun cuando el primero sea el derecho privado, la segunda corresponda a la contenciosa administrativa. De manera que le compete al Despacho entrar a analizar las normas de jurisdicción señaladas en el C.P.A.C.A., por cuanto la demanda fue presentada con posterioridad a la entrada en vigencia de este cuerpo procesal normativo, a saber, el 05 de febrero de 2014²⁰.

3. Las reglas de jurisdicción para la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo de acuerdo con el C.P.A.C.A. para el caso de las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios

El artículo 104 del C.P.A.C.A.²¹ dispone los casos en que es dable asignar el conocimiento a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. El inciso primero de la norma señala una regla general, mientras que a partir del inciso segundo el legislador determinó siete (7) reglas especiales.

²⁰Folio 56: cuaderno I de primera instancia.

²¹Ley 1437 de 2011, artículo 104: "La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa.

Igualmente conocerá de los siguientes procesos:

1. Los relativos a la responsabilidad extracontractual de cualquier entidad pública, cualquiera que sea el régimen aplicable.
 2. Los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado.
 - 3. Los relativos a contratos celebrados por cualquier entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios en los cuales se incluyan o hayan debido incluirse cláusulas exorbitantes.**
 4. Los relativos a la relación legal y reglamentaria entre los servidores públicos y el Estado, y la seguridad social de los mismos, cuando dicho régimen esté administrado por una persona de derecho público.
 5. Los que se originen en actos políticos o de gobierno.
 6. Los ejecutivos derivados de las condenas impuestas y las conciliaciones aprobadas por esta jurisdicción, así como los provenientes de laudos arbitrales en que hubiere sido parte una entidad pública; e, igualmente los originados en los contratos celebrados por esas entidades.
 7. Los recursos extraordinarios contra laudos arbitrales que definan conflictos relativos a contratos celebrados por entidades públicas o por particulares en ejercicio de funciones propias del Estado.
- PARÁGRAFO.** Para los solos efectos de este Código, se entiende por entidad pública todo órgano, organismo o entidad estatal, con independencia de su denominación; las sociedades o empresas en las que el Estado tenga una participación igual o superior al 50% de su capital; y los entes con aportes o participación estatal igual o superior al 50%." (Negrilla y subrayado fuera de texto).

De ahí que, en atención al numeral 3 del artículo 104 del C.P.A.C.A., se observa que existe una regla especial de asignación de jurisdicción para los casos relativos a los contratos celebrados por entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios. Esto en el sentido de que únicamente el juez del caso es el administrativo, si el contrato incluye o ha debido incluir cláusulas exorbitantes. De lo contrario, el juez debe ser el ordinario, sin que sea relevante que la empresa prestadora de servicios públicos domiciliarios sea de naturaleza estatal o privada.

La Máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo lo ha entendido de la misma manera, así:

"En consecuencia, la demandada es una empresa de servicios públicos domiciliarios mixta; en los términos del artículo 14 de la Ley 142 de 1994, norma declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-736 de 2007.

De allí que, lo primero que corresponde advertir es si la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, valga la redundancia, tiene jurisdicción para conocer y decidir este proceso.

En el caso concreto, se demanda la validez del acto administrativo que adjudicó un proceso de selección contractual adelantado por una ESP de naturaleza mixta, es decir, con capital mayoritariamente público.

Así las cosas, en los términos del párrafo del artículo 104 de la Ley 1437 de 2011, la demandada es una entidad estatal pero las normas de contratación aplicables son las del derecho privado de acuerdo con el artículo 31 ibídem. Y, si bien, como lo ha sostenido esta Corporación el régimen jurídico aplicable a un contrato estatal general o especial no determina la jurisdicción y la competencia, lo cierto es para el caso de las empresas de servicios públicos domiciliarios las normas aplicables al contrato si resultan determinantes para esos efectos.

El referido artículo 104 del CPACA preceptúa:

(...)

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.

(...)' (Negrillas adicionales).

En consecuencia, la disposición transcrita contiene una regla general de jurisdicción estructurada en un criterio material porque en el litigio o la controversia no solo debe intervenir una entidad pública sino que sustancialmente está sujeta al derecho administrativo. El segundo segmento de la norma, que realiza un listado taxativo de ámbitos de jurisdicción, es producto de una combinación entre los criterios material y orgánico.

Ahora, tratándose de empresas de servicios públicos domiciliarios la jurisdicción está determinada no por el régimen jurídico aplicable al contrato o proceso de selección, sino por la inclusión de cláusulas exorbitantes, esto es, aquellas contenidas en los artículos 14 y siguientes de la Ley 80 de 1993.

En el sub lite, en los pliegos de condiciones y en la minuta del contrato se incluyó la cláusula de terminación unilateral del contrato por parte de TGI S.A. E.S.P., motivo por el que esta jurisdicción tiene competencia para decidir el litigio (f. 177 c. 1)."²²
(Negrilla dentro de texto, subrayado fuera del mismo).

²² Consejo de Estado, Sección Tercera Subsección A de la Sala de lo Contencioso Administrativo. Auto de 18 de abril de 2017. Expediente 68001-23-33-000-2016-00566-01(57835). C.P: Hernán Andrade Rincón.

Esta posición además guarda armonía con la posición sentada por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia sobre el tema, la cual pasa a rememorar:

"(...) De los anteriores textos legales se deduce que, por regla general, el derecho común es el llamado a regular los actos y contratos de las empresas de servicios públicos cualquiera sea su naturaleza (privadas, oficiales o mixtas), y solo de manera excepcional ha de recurrirse al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, cuya aplicación esta reservada a lo relativo a las cláusulas excepcionales al derecho común cuando estas se hubieren incluido por imposición de las comisiones reguladoras o con su autorización, razón por la que el ejercicio de esas facultades que sitúan a la empresa en un plano desigual con los particulares, ha sido objeto de control por la jurisdicción contencioso administrativa, en tanto las demás controversias - se colige - están sometidas a la justicia ordinaria.

3.3. Si bien el artículo 75 de la Ley 80 de 1993 indicó que el juzgador competente para resolver los conflictos derivados de los contratos estatales lo era el de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en la materia específica de servicios públicos domiciliarios - tal como se explicó en forma precedente - el estatuto que los rige (Ley 142 de 1994) previó que, por regla general, las normas de contratación pública no eran aplicables, de ahí que la atribución de competencia para el conocimiento de los litigios que involucran a dichas entidades, necesariamente debía efectuarse atendiendo lo reglado por la codificación procesal de asuntos civiles, la cual asignó a los jueces de dicha especialidad el conocimiento de los asuntos no atribuidos por ley a otras jurisdicciones, entre ellas la administrativa.

(...)

3.7. De la reseña normativa que precede se extrae como conclusión que la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa, en lo que tiene que ver con las controversias contractuales de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios se encuentra limitada a los siguientes asuntos: 1) El control de legalidad de las cláusulas exorbitantes consignadas en esos convenios; 2) los conflictos generados en relación con esas estipulaciones excepcionales al derecho común, las cuales - por definición - suponen el ejercicio de potestades públicas y 3) los litigios referidos a los contratos celebrados por esas entidades, cuya finalidad se hubiera vinculado a la prestación del servicio público domiciliario a través de una relación directa, es decir, con un verdadero nexo «servicio - empresa - usuario» como el reglado en los artículos 128 a 133 de la Ley 142 de 1994 en concordancia con la primera parte de su artículo 31. (Negrilla dentro de texto).

4. Caso concreto

En virtud del recuento normativo y jurisprudencial desarrollado previamente se observa que para el caso en concreto: (i) el contrato sustento de las pretensiones no señala estar sometido a la obligatoria inclusión de cláusulas exorbitantes; (ii) no fue aportada la Resolución de la Comisión de Regulación de Energía y Gas -CREG- que así lo impusiera para el contrato bajo estudio; (iii) no fue señalado que se hubiera solicitado autorización a la referida Comisión para incluir tales cláusulas y lo mismo ser aprobado; (iv) no fue aportada ningún tipo de autorización al respecto de la CREG; y (v) a lo largo del escrito proceso la parte demandante argumentó que el régimen jurídico aplicable al contrato es el del derecho privado y no el Régimen General de la Contratación Estatal. Lo anterior lleva al Despacho a concluir que dentro del contrato No. 4500037541 del 12 de agosto de 2011 no se incluyó ni

debieron incluirse cláusulas exorbitantes, pues revisada la página web de la CREG no se encontró publicado acto alguno que imponga al tipo de contratos como el acá discutido, la inclusión de las referidas cláusulas.

Sobre este punto es preciso aclarar que si bien en el Contrato No. 4500037541 de 12 agosto de 2011²⁴ determina en su cláusula vigésima que la entidad contratante podía terminar sin requerimiento judicial previo el contrato, no puede entenderse que ésta se trate de la cláusula excepcional de terminación unilateral, definida en el artículo 17 de la Ley 80 de 1993²⁵, como pasa a exponerse.

De acuerdo con la cláusula primera del contrato bajo estudio su objeto era la "(...) construcción, montaje, pruebas y entrega en condiciones aptas para la puesta en servicio de líneas de distribución. (...)"²⁶. Ahora, según su cláusula segunda, el alcance del objeto del contrato comprendía principalmente las labores para "(...) la puesta en servicio de la línea Micro Central Hidroeléctrica (MCH) Mitú- subestación Mitú a 34.5 kV y el almacenamiento en óptimas condiciones de los suministros para la línea (...)"²⁷. Por último, la cláusula vigésima del contrato indica a tenor literal lo siguiente:

"(...) VIGÉSIMA: **ISA** puede dar por terminado de pleno derecho y sin requerimiento judicial previo este Contrato, en los siguientes casos: **a.** Cuando el **CONTRATISTA** no cumpla en el plazo fijado con los requisitos establecidos en la cláusula de **PERFECCIONAMIENTO Y REQUISITOS DE EJECUCIÓN** de este Contrato. **b.** Si el **CONTRATISTA** incumple con el plazo total del Contrato. **c.** Si el **CONTRATISTA** incumple cualquiera de las cláusulas establecidas en este documento o no avanza satisfactoriamente en el cumplimiento de sus obligaciones dentro del plazo indicado en el mismo, en tal forma que ponga en peligro el cumplimiento del Contrato. Si se presentare alguno de estos eventos, **ISA** hará efectiva la Garantía de Cumplimiento como indemnización por perjuicios y se procederá a la liquidación de las prestaciones mutuas a que haya lugar. (...)"²⁸

²⁴Folios 36-42; cuaderno 1 de primera instancia.

²⁵Ley 80 de 1993, artículo 17: "La entidad en acto administrativo debidamente motivado dispondrá la terminación anticipada del contrato en los siguientes eventos:

- 1o. Cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga.
- 2o. Por muerte o incapacidad permanente del contratista, si es persona natural, o por disolución de la persona jurídica del contratista.
- 3o. Por interdicción judicial o declaración de quiebra del contratista.
- 4o. Por cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato.

Sin embargo, en los casos a que se refieren los numerales 2o. y 3o. de este artículo podrá continuarse la ejecución con el garante de la obligación.

La iniciación de trámite concordatario no dará lugar a la declaratoria de terminación unilateral. En tal evento la ejecución se hará con sujeción a las normas sobre administración de negocios del deudor en concordato. La entidad dispondrá las medidas de inspección, control y vigilancia necesarias para asegurar el cumplimiento del objeto contractual e impedir la paralización del servicio." (Subrayado fuera de texto).

²⁶Folio 36; cuaderno 1 de primera instancia.

²⁷Ibidem.

²⁸Folios 40 y 40 reverso; cuaderno 1 de primera instancia.

Entonces, en primer lugar, es pertinente reiterar que no se mencionó, y mucho menos aportó a lo largo del proceso, alguna decisión de la CREG en el sentido de que se incluyera o autorizara incluir tal cláusula exorbitante en el referido contrato. En segundo lugar, debe resaltarse que si bien se observa que el demandante dio aplicación a la cláusula bajo estudio manifestando que había "(...) decidido terminar unilateralmente el Contrato de obra celebrado por las partes el día 12 de agosto de 2011 (...)")²⁹, tal ejercicio se desarrolló a través de una comunicación dirigida al representante legal de INGELECT LTDA y no, mediante la expedición de un acto administrativo, debidamente motivado bajo unos eventos de ocurrencia específicos, susceptible del recurso de reposición, lo que confirmaría el ejercicio de una facultad propia del dominio de la administración, en aplicación de una cláusula exorbitante, tal como lo exigen el inciso tercero del numeral 1 del artículo 14³⁰ y el artículo 17³¹ de la Ley 80 de 1993.

De esta manera, la terminación unilateral consagrada en el contrato bajo estudio se trató del ejercicio libre de la autonomía de la voluntad de las partes contratantes y no la inclusión de una cláusula exorbitante, para lo que estaba facultada la entidad demandante, como ha sido avalado por el Consejo de Estado³².

²⁹Folio 53; cuaderno 1 de primera instancia.

³⁰Ley 80 de 1993, artículo 14: "Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:

(...)

Contra los actos administrativos que ordenen la interpretación, modificación y terminación unilaterales procederá el recurso de reposición, sin perjuicio de la acción contractual que puede intentar el contratista según lo previsto en el artículo 77 de esta ley. (...)"

³¹Ley 80 de 1993, artículo 17: "La entidad en acto administrativo debidamente motivado dispondrá la terminación anticipada del contrato en los siguientes eventos:

- 1o. Cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga.
- 2o. Por muerte o incapacidad física permanente del contratista, si es persona natural, o por disolución de la persona jurídica del contratista.
- 3o. Por interdicción judicial o declaración de quiebra del contratista.
- 4o. Por cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato.

Sin embargo, en los casos a que se refieren los numerales 2o. y 3o. de este artículo podrá continuarse la ejecución con el garante de la obligación.

La iniciación de trámite concordatorio no dará lugar a la declaratoria de terminación unilateral. En tal evento la ejecución se hará con sujeción a las normas sobre administración de negocios del deudor en concordato. La entidad dispondrá las medidas de inspección, control y vigilancia necesarias para asegurar el cumplimiento del objeto contractual e impedir la paralización del servicio." (Subrayado fuera de texto).

³²Consejo de Estado, Sección B de la Sección Tercera, Sentencia de 19 de junio de 2019, Radicación No. 85001-23-31-001-2008-00076-01 (39800). Consejero Ponente: Alberto Montaña Plata.

En esta providencia, la Máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo realizó las siguientes consideraciones:

"(...) 94. Cuando se estudia en detalle el contenido de la cláusula pactada, que se dio en llamar "condición resolutoria", se observa que, más allá de su poco afortunada redacción, en realidad, lo mismo se trató de una terminación unilateral por incumplimiento de la contraparte, esto, pues, en el ordenamiento colombiano,

En consecuencia, al tratarse de una controversia contractual entre una empresa de servicios públicos domiciliarios de naturaleza mixta y una empresa privada en la que el contrato objeto de controversia no consagró ni debió consagrar una facultad exorbitante, se declarará la falta de jurisdicción para conocer del asunto, conservando validez lo actuado durante el trámite del proceso, excepto la sentencia proferida el 06 de marzo de 2018 por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Villavicencio y las actuaciones subsiguientes, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 16 y 138 del Código General del Proceso.

En virtud de lo anterior, se remitirá el proceso para lo de su conocimiento a los Jueces Civiles del Circuito de Medellín (reparto), en atención a que según el documento obrante a folio 20 (cuaderno 1 de primera instancia), así como a folio 270 (cuaderno 2 de primera instancia), el domicilio de la entidad pública demandante es esa ciudad, conforme a lo dispuesto por el numeral 1 del artículo

la doctrina mayoritariamente ha entendido que la llamada condición resolutoria, contenida en el artículo 1546 del Código Civil y en el artículo 870 de Código de Comercio, requiere obligatoriamente la intervención judicial. Así, la cláusula pactada se ajusta más a un acuerdo de terminación unilateral, cláusula que, en todo caso, puede ser pactada entre sujetos de derecho privado.

95. La terminación unilateral es una facultad que le permite a un extremo de la relación contractual, ante el incumplimiento de su contraparte (en los casos en los que ese haya sido el supuesto que permita la terminación), dar por terminado el contrato, sin necesidad de acudir al juez. Las disposiciones civiles y comerciales contienen algunos ejemplos de terminaciones unilaterales, como el que consagra el artículo 973 del Código de Comercio, para el caso de un contrato de suministro cuyo incumplimiento le haya causado perjuicios graves a una parte, o un ejemplo de "terminación automática", como la terminación del contrato de seguro por mora en el pago de la póliza (artículo 1068 del Código de Comercio), a lo que se suman otros ejemplos contenidos en los artículos 1325, 1279 y 1420 del Código de Comercio.

96. La terminación unilateral es un pacto válido entre privados, posibilidad que se basa en el entendimiento cabal de los alcances de la autonomía de la voluntad, que llega al punto de permitirle a la contraparte, cuando una de ellas ha prestado su concurso, para que, sin necesidad de declaratoria judicial, dé por terminado el contrato cuando se cumplan los supuestos que han sido previamente estipulados; esto, sin perjuicio de que la parte afectada pueda luego acudir al juez para discutir las razones que llevaron a realizar la mencionada declaratoria.

(...)
99. El cambio de concepción ha significado entonces el pasar de entender que las entidades estatales exceptuadas del Estatuto Contractual no podían pactar cláusulas unilaterales, pues no contaban con la habilitación legal para hacerlo, a un entendimiento que, por el contrario, considera que, al igual que los privados, la habilitación deviene de la propia autonomía contractual.

100. De esta manera, cuando una entidad estatal, regida por derecho privado, pacta una cláusula que confiere una facultad unilateral, al igual que ocurre con los privados, no debe entenderse nada diferente a que, en igual sentido, está habilitada para acudir a este tipo de pactos. Lo anterior pues, cada vez será más difícil entender cómo, aunque los privados puedan pactar este tipo de cláusulas, cuando la Administración se comporta como un privado más, ella no pueda celebrar estos mismos acuerdos.

101. Se concluye así que, lo que hicieron las partes del contrato de obra fue pactar, con otro nombre, una terminación unilateral del contrato, terminación que resultaba válida para los contratos que celebra una entidad estatal que se rija por el derecho privado. Por esto, no resultan de recibo las afirmaciones de la demandante cuando indicó que el tipo de pacto celebrado excedería los límites de la autonomía de la voluntad, o resultaba ser una cláusula ilícita o ineficaz que le impidiera a las partes darle aplicación a la misma. (...)
(Subrayado fuera de texto).

20³³ del C.G.P.; el inciso cuarto del artículo 25³⁴ C.G.P., y el numeral 10 del artículo 28 del C.G.P.³⁵.

En mérito de lo expuesto, el Despacho 005 del Tribunal Administrativo de Meta,

RESUELVE

PRIMERO: **DECLARAR** la falta de jurisdicción en lo Contencioso Administrativo para conocer del presente asunto.

Segundo: **INVALIDAR** la sentencia emitida por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Villavicencio el 06 de marzo de 2018.

Tercero: **REMÍTASE**, por secretaría, el expediente a la Oficina Judicial con el fin de que éste se someta a reparto entre los Juzgados Civiles del Circuito de Medellín, para lo de su competencia.

NOTIFÍQUESE.



CLAUDIA PATRICIA ALONSO PÉREZ
Magistrada

³³Ley 1564 de 2012, artículo 20: "Los jueces civiles del circuito conocen en primera instancia de los siguientes asuntos:

1. De los contenciosos de mayor cuantía, incluso los originados en relaciones de naturaleza agraria salvo que le correspondan a la jurisdicción contencioso administrativa. (...)

³⁴Ley 1564 de 2012, artículo 25: "Cuando la competencia se determine por la cuantía, los procesos son de mayor, de menor y de mínima cuantía.

(...)
Son de mayor cuantía cuando versen sobre pretensiones patrimoniales que excedan el equivalente a ciento cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes (150 smmlmv). (...)"

³⁵Ley 1564 de 2012, artículo 28: "La competencia territorial se sujeta a las siguientes reglas:

(...)
10. En los procesos contenciosos en que sea parte una entidad territorial, o una entidad descentralizada y servicios o cualquier otra entidad pública, conocerá en forma privativa el juez del domicilio de la respectiva entidad.

Cuando la parte esté conformada por una entidad territorial, o una entidad descentralizada por servicios o cualquier otra entidad pública y cualquier otro sujeto, prevalecerá el fuero territorial de aquellas. (...)"

