

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

EXPEDIENTE No. : 14.000

FECHA : Santafé de Bogotá, D.C., veintiseis (26) de marzo de
mil novecientos novena y ocho (1998)

CONSEJERO PONENTE : DR. RICARDO HOYOS DUQUE

ACTOR : SOCIEDAD ICHI BAN MOTORS S.A.

DEMANDADO : EMPRESA DE ENERGÍA DE BOGOTÁ.

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandante contra el auto de diciembre 12 de 1996 proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante el cual se admitió la demanda y se negó la suspensión provisional de las resoluciones 001475 y 002485 del 30 de abril y 26 de junio de 1996, respectivamente, en virtud de las cuales se hizo efectiva la cláusula penal estipulada en el contrato de compraventa No. 0756 de 1995.

ANTECEDENTES PROCESALES.

1o.- El 30 de octubre de 1996, el apoderado especial de la sociedad ICHI BAN MOTORS S.A. presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra la EMPRESA DE ENERGÍA DE BOGOTÁ S.A. - Empresa de Servicios Públicos, en contra de las Resoluciones 001475 del 30 de abril y 002485 del 26 de junio de 1996 proferidas por el gerente de la entidad, mediante las cuales se declaró el incumplimiento parcial de entregar dentro del plazo pactado la totalidad de los vehículos correspondientes al objeto del contrato por parte de la demandante, se impuso una multa por la suma de \$14.395.197 y se ordenó su publicación. Como consecuencia de ello, se solicita el reintegro o devolución de la suma por la que se impuso la multa, más los intereses corrientes y moratorios que se causen hasta que dicho valor sea efectivamente reintegrado a la demandante.

2o.- El fundamento principal de la demandante para invocar la nulidad de los referidos actos radica en la falta de competencia de la entidad demandada para producir los actos administrativos, toda vez que transgredió la cláusula décima novena del contrato de compraventa en la cual se estipuló la cláusula compromisoria, por cuanto no acudió a los mecanismos de arreglo directo y de arbitramento en ella previstos y en cambio aplicó los procedimientos administrativos previstos en el C.C.A. a sabiendas de que dicho contrato está sujeto a las normas del derecho privado por no tener cláusulas exorbitantes. El contrato de compraventa es de naturaleza privada de acuerdo con lo convenido por las partes en la cláusula vigésima cuarta, lo cual torna la presente controversia en un asunto civil que hubiera estado sometido a la jurisdicción civil si las partes no hubieran pactado la cláusula compromisoria.

3o. En libelo separado la demandante solicitó la suspensión provisional de las resoluciones

demandadas, por considerar que infringen los artículos [11](#), [13](#), [29](#) y 116 de la C.P.; las normas del código civil y de comercio pertinentes a los contratos, los arts. [1o.](#), [2](#), [49](#), [50](#), [82](#), [83](#) y [85](#) del C.C.A referentes al procedimiento y a las acciones; los arts. [7](#), [12](#) y [140](#) del C.de P.C relativas a la jurisdicción y nulidad del proceso y los artículos que corresponden a la solución de conflictos de la ley 23 de 1991 y de los decretos 2279 de 1989 y 2651 de 1991; infracción al contrato mismo y a la resolución 010 del 6 de julio de 1995 Estatuto de Contratación de la empresa demandada.

Para la actora, los actos administrativos acusados sólo y únicamente pueden proferirse dentro de los procedimientos administrativos consagrados y en el caso concreto infringen de manifiesto las normas del derecho privado que informan la celebración de los contratos y que era la legislación aplicable, en especial el régimen sancionatorio de un negocio jurídico privado, por cuanto en el contrato suscrito entre la demandante y la demandada no existen cláusulas exorbitantes impuestas por el poder público en uso de la facultad atribuida por el art. [2o.](#) del C.C.A y mucho menos cláusula de caducidad.

El perjuicio causado lo fundamenta en el art. [31](#) de la Ley 80 de 1993 que dispone la publicación de los actos y sentencias sancionatorias, lo cual constituye una sanción pública y social con repercusiones económicas inmediatas, que mengua la capacidad para ejercer las actividades del contratista y le crea una *capitis diminutio* para intervenir en las licitaciones del sector público, por llevar a la eliminación de las ofertas o a la disminución de porcentajes en la evaluación decisoria para las adjudicaciones.

3o.- La sección tercera del Tribunal, luego de desestimar el proyecto de la magistrada ponente que se dirigía a inadmitir la demanda porque encontraba en primer lugar que la jurisdicción contencioso administrativa no era la competente para conocer del asunto por la existencia de la cláusula compromisoria en el contrato; en segundo lugar, por el régimen de derecho privado aplicable a los contratos celebrados por las empresas de servicios públicos y por último, por el régimen de derecho privado que gobierna la cláusula penal pecuniaria en un contrato de compraventa, mediante auto del 12 de diciembre de 1996 admitió la demanda "por reunir los requisitos de forma que ordena la ley" y negó la suspensión provisional de las resoluciones demandadas, dado que de la simple comparación de las normas citadas como infringidas con dichas resoluciones no dedujo una clara violación de las primeras.

4o.- La sociedad actora inconforme con lo decidido apeló el anterior auto únicamente en cuanto niega la suspensión provisional y solicita se mantenga incólume en lo atinente a la admisión de la demanda, por considerar que las resoluciones acusadas son actos administrativos definitivos y el control jurisdiccional de éstos corresponde por voluntad de la Constitución y de la ley a la jurisdicción contenciosa administrativa. Si el Tribunal advirtió que la fuente de las resoluciones acusadas es un contrato de compraventa que por su formación jurídica no es un contrato administrativo, es manifiesta la infracción de los actos administrativos impugnados con las disposiciones invocadas como fundamento de la acción contenciosa y por tal motivo, la decisión del Tribunal vulnera las prescripciones del art. [152](#) del CCA.

Agrega que, "probado como está que la producción de los actos administrativos se apoya en un contrato de compraventa, regido por el derecho privado por las perceptivas (sic) del art. 31 de la Ley 142 de 1994, es manifiesta y ostensible la infracción de las disposiciones que sustentan la acción contenciosa administrativa de las resoluciones acusadas, por cuanto salta a la vista el hecho de que estos actos jurídicos fueron expedidos sin competencia y con violación del debido proceso tutelado por el art. [29](#) de la Constitución Nacional (sic)".

"Si bien de acuerdo con el Estatuto General de Contratación de la Empresa de Energía de Bogotá E.S.P., la misma no puede expedir actos administrativos en desarrollo de su actividad contractual y por ende no puede agotar la vía gubernativa...", del contrato de derecho privado que sirvió de base para la expedición de los actos administrativos acusados se infiere la clara violación de la normatividad y por tal motivo, con fundamento en el art. [152](#) del C.C.A debe decretarse la suspensión provisional.

CONSIDERACIONES DE LA SALA.

1- Naturaleza jurídica de la entidad demandada.

No obra en el expediente la documentación que acredite la constitución y existencia de la entidad demandada, Empresa de Energía de Bogotá, pero es un hecho notorio exento de prueba (art. [177](#) C. de P.C.) que el objeto social de la empresa es la prestación del servicio público domiciliario de energía eléctrica, en los términos de las leyes 142 y 143 de 1994.

2- Determinación de la competencia para conocer la controversia.

La Ley 142 de 1994, que definió el régimen jurídico de los servicios públicos domiciliarios, en su artículo 31 establece:

"Art. 31.- Concordancia con el Estatuto General de la Contratación Pública. Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta Ley, y que tengan por objeto la prestación de esos servicios, se regirán por el parágrafo 1 del artículo [32](#) de la Ley 80 de 1993 y por la presente Ley, salvo en lo que la presente Ley disponga otra cosa.

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

El mismo principio de este artículo lo reiteró el art. 8o. de la Ley 143 de 1994, Ley Eléctrica, el cual especificó que el régimen de contratación aplicable a las empresas públicas que presten el servicio de electricidad es el de derecho privado y que la Comisión de Energía y Gas podrá hacer obligatoria la inclusión de cláusulas excepcionales al derecho común en algunos de los contratos que celebren tales entidades y cuando su inclusión sea forzosa, todo lo relativo a estas cláusulas se sujetará al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

No queda duda de las anteriores normas, que los contratos de todas las empresas de servicios públicos domiciliarios se rigen exclusivamente por las reglas del derecho privado y no por las del derecho público, tal como insiste el apelante, salvo cuando en ellos se incluyan las cláusulas exorbitantes.

En auto del 23 de septiembre de 1997 proferida por la Sala Plena de esta Corporación¹ se definió cuales actos administrativos y contratos de las empresas de servicios públicos son susceptibles de ser controlados ante esta jurisdicción. Allí se dijo:

"...b) No obstante esto, las citadas empresas pueden dictar ciertos actos administrativos, susceptibles de recursos y de acciones contencioso administrativas, entre los que pueden citarse

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

A pesar de que tanto el art. 31 de la Ley 142 de 1994 como el art. 8o. de la Ley 143 del mismo año parecieran limitar la competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa a las controversias relativas a los actos en los que se ejercitan los poderes derivados de las cláusulas exorbitantes del derecho privado, esa interpretación no se compadece con el principio de unidad procesal en virtud del cual debe ser el mismo juez el que conozca de todas las controversias derivadas del contrato, con lo cual se evita la división de la continencia de la causa y que se produzcan sentencias contradictorias.

En el presente caso, la cláusula décima quinta del contrato establece lo siguiente:

"TERMINACION DEL CONTRATO.- El presente contrato terminará: 1. Por la entrega total de los vehículos y aceptación por parte de la EMPRESA. 2. Igualmente podrá terminar por manifestación unilateral de voluntad escrita de la EMPRESA dirigida al CONTRATISTA y sin que se requiera declaración judicial ni ningún otro requisito o formalidad en los siguientes casos: a. Cuando el CONTRATISTA incurra en incumplimiento grave de sus obligaciones. Dicha terminación operará sin perjuicio del derecho de la EMPRESA de hacer efectiva la cláusula penal y obtener el pago de los perjuicios adicionales que se hubieren causado. En este caso, si este contrato ha sido parcialmente ejecutado, la EMPRESA sólo reconocerá al CONTRATISTA la utilidad que efectivamente haya recibido aquella por razón de la ejecución del contrato. b. En los siguientes eventos: Disolución de la persona jurídica contratista, embargos judiciales del CONTRATISTA que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato, y declaración de quiebra, cesación de pagos o concurso de acreedores..." (Subrayas de la Sala).

No cabe duda de que en el literal a. se pactó la cláusula de caducidad, entendida como la facultad rescisoria de la administración por incumplimiento grave de las obligaciones del contrato, como la concibe el art. 18 de la Ley 80 de 1993. Así mismo, las causales que se pactaron en el literal b. de la cláusula que se comenta, no son otras que las que consagra la misma ley en el art. 17, para dar por terminado unilateralmente el contrato. Por consiguiente, de conformidad con el art. 31 de la ley 142 de 1994 y 8o. de la ley 143 de 1994, esta jurisdicción es competente para conocer de todas las controversias derivadas del mismo, todas vez que dos de las llamadas cláusulas excepcionales al derecho común -caducidad y terminación unilateral- fueron incluidas en el contrato que celebró la entidad demandada con la sociedad actora.

Es un asunto ajeno a la presente controversia examinar si en dicho contrato podían estipularse cláusulas excepcionales al derecho común o no, porque la entidad de servicios públicos contara con la respectiva autorización de la comisión de regulación. Y es ajeno, debido a que el motivo

de inconformidad del apelante es que éstas no fueron incluidas en el contrato y precisamente esos son sus argumentos para calificar el contrato de compraventa celebrado como de derecho privado.

3- La cláusula compromisoria.

En la cláusula décima novena del contrato las partes convinieron que en el evento de que surgieran diferencias entre ellas por razones o con ocasión del negocio jurídico, las mismas buscarían mecanismos de arreglo directo, tales como la negociación directa, la amigable composición o la conciliación y en su defecto las someterían al arbitramento. Si bien este pacto tenía la virtud de relevar la función jurisdiccional de los jueces para investir de ella a terceros particulares con fundamento en el art. [116](#) de la Carta Política, esa alternativa acogida mediante pacto contractual, puede ser objeto de renuncia por las partes de manera expresa o tácita.

Encuentra la Sala que si bien la sociedad demandante quiso hacer valer este pacto en los fundamentos de la demanda para retirar el conocimiento de la controversia que se suscitó con la entidad contratante de la jurisdicción contenciosa y someterla a la ordinaria también lo es, que una vez el a quo admitió la demanda el actor desistió expresamente del interés de hacer valer el arreglo amistoso o la intervención de los árbitros por considerar que era ésta la jurisdicción competente para ejercer el control de los actos administrativos demandados, e insistió sólo en la suspensión provisional de los mismos. Por ello, sin perjuicio del estudio de fondo que de esta cláusula se realice en el evento en que se haya propuesto como una excepción en el proceso, esta Sala da por entendido que la demandante renunció a la cláusula compromisoria y al no ser materia de impugnación del auto apelado, no se pronunciará sobre ella.

4- Suspensión Provisional.

Insiste la demandante en la suspensión provisional de los actos administrativos en razón de que éstos se produjeron con violación flagrante de la Constitución y la Ley, "o en otras palabras con infracción manifiesta de las normas invocadas como fundamento de la acción administrativa". Argumenta que la entidad demandada se apoyó en un contrato de compraventa regido por el derecho privado en virtud del art. 31 de la ley 142 de 1994, el cual no puede reputarse como tal y que por tanto, la resoluciones acusadas fueron expedidas sin competencia y con violación del debido proceso.

También expresa que de acuerdo con el estatuto contractual de la Empresa de Energía de Bogotá E.S.P, "la misma no puede expedir actos administrativos en desarrollo de su actividad contractual y por ende no puede agotar la vía gubernativa..." y no obstante se le estudiaron sus argumentos esgrimidos en el agotamiento de dicha vía.

La facultad de suspender de manera provisional los efectos de los actos administrativos fue reservada por la Constitución Política a la jurisdicción de lo contencioso administrativo (art. [238](#)), por los motivos y con los requisitos que establezca la ley.

En consonancia con el numeral 2o.) del art. [152](#) del C.C.A. la suspensión provisional de un acto administrativo es procedente cuando "haya manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma, por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud".

Para la Sala la sociedad demandante no es clara en la sustentación de la suspensión provisional, ya que si bien en la solicitud de la medida ante el a quo cita como vulneradas normas de orden

constitucional, civil, comercial y de procedimiento, no concreta en cual de ellas en particular es manifiesta la infracción. Entiende la Sala que la demandante busca la suspensión de las resoluciones acusadas porque la administración no tenía competencia para su expedición, o en otras palabras, porque de un contrato privado que se rige por las normas del derecho civil o comercial no pueden surgir a la vida jurídica actos administrativos expedidos de acuerdo con el procedimiento establecido por el derecho público, porque éstos son propios de la actuación administrativa la cual es ajena al derecho del contrato.

Ya se dejó en claro que dicho contrato no tiene esa naturaleza por haberse incluido en él cláusulas exorbitantes, circunstancia que de conformidad con el estatuto de contratación de la administración pública y la ley de servicios públicos domiciliarios implica que le son aplicables los principios orientadores de dicho estatuto así como el procedimiento administrativo establecido en la primera parte del decreto 01 de 1984. Esto significa que de las potestades que informan el quehacer administrativo no quedaron excluidas las empresas de servicios públicos cuando los contratos que celebren se gobiernen por esos principios, que por mandato del art. 31 inciso segundo de la ley 142 de 1994 le son aplicables.

Debe concluirse por tanto, que era el procedimiento administrativo y no otro el que debía aplicarse para la expedición de los actos que se demandan en virtud de los cuales se hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria estipulada en la cláusula décima segunda del contrato, a pesar de no ser ésta una cláusula excepcional al derecho común sino del orden de las cláusulas sancionatorias que civil y comercialmente pueden convenir los contratantes a la luz de los artículos [1592](#) del C.C.C. y 867 del C. de Co. Así mismo, en aras de preservar el principio de unidad procesal es el juez administrativo el competente para conocer de todas las controversias que con ocasión del presente contrato se susciten, por haberse incluido en él cláusulas propias de la contratación pública, lo cual en el fondo significa que se trata de un contrato estatal. (art. [32](#) Ley 80 de 1993).

<FALLO>.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera,

RESUELVE

Primero: CONFIRMASE el auto dictado por el Tribunal Administrativo de

Cundinamarca el 12 de diciembre de 1996, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

RICARDO HOYOS DUQUE

Presidente Sección

JESUS MARIA CARRILLO B.

JUAN DE DIOS MONTES H.

GERMAN RODRIGUEZ V.

DANIEL SUAREZ HERNANDEZ

LOLA ELISA BENAVIDES LOPEZ

Secretaria Sección

<NOTAS DE PIE DE PAGINA>.

1 Expediente S-701, Actor: Diego Giraldo Londoño, C.P. Carlos Betancur Jaramillo.



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior

n.d.

Última actualización: 16 de mayo de 2024

 logo