



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NORTE DE SANTANDER**  
San José de Cúcuta, nueve (09) de abril del dos mil trece (2013)

**Radicación número:** 54-001-23-33-000-2012-00111-00

**Actor:** Electroindustrial LTDA

**Demandado:** CENS S.A E.S.P

**Medio de control:** Controversias contractuales

Procede el Despacho a declarar la falta de jurisdicción en el presente proceso de controversias contractuales, promovido por Electroindustrial LTDA contra CENS S.A E.S.P, de acuerdo con las siguientes precisiones.

**1. De la competencia del Tribunal Administrativo en primera instancia**

La Ley 1437 del 2011 prevé en el título I de la parte segunda, los principios y objeto de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y particularmente, en el artículo 104 determina el ámbito de conocimiento de los procesos de manera general en los siguientes términos:

**“Artículo 104. De la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.** La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa. Igualmente conocerá de los siguientes procesos:

(...)

**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.”** (Negrilla fuera de texto)

Igualmente, en el artículo 152 del CPACA en armonía con el precitado artículo se prevé la competencia de los Tribunales Administrativos en primera instancia, así:

**“Artículo 152. Competencia de los tribunales administrativos en primera instancia.** Los Tribunales Administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos:

(...)

**5. De los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en que sea parte una entidad pública en sus distintos órdenes o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado, y de los contratos celebrados por cualquier entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios en los cuales se incluyan cláusulas exorbitantes, cuando la cuantía exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.”** (Negrilla fuera de texto)

En consecuencia, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es competente para conocer de los contratos celebrados por cualquier entidad prestadora de

servicios públicos domiciliarios, pero con la condición de que contemplen cláusulas exorbitantes o hayan debido incluirse.

## **2. De los contratos celebrados por las Empresas de Servicios Públicos**

La Superintendencia de Servicios Públicos ha precisado que entre las excepciones al régimen de derecho privado de los actos y contratos de los prestadores de servicios públicos domiciliarios se encuentran las cláusulas exorbitantes, reguladas en la Ley 80 de 1993 y que las comisiones de regulación son los únicos organismos que gozan de la facultad legal de imponer forzosamente estas cláusulas o de autorizarlas previa solicitud de la entidad prestadora de servicios públicos<sup>1</sup>.

Por su parte, el segundo inciso del artículo 31 de la ley 142 de 1994, dispone: *“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 registrará, 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.”*

Específicamente, el régimen aplicable a esta excepción se encuentra en el artículo 14 de la ley 80 de 1993, que regula los medios que pueden utilizar las entidades para el cumplimiento del objeto contractual, mediante prerrogativas como: **(i)** la terminación, interpretación y modificación unilaterales de los contratos, **(ii)** el sometimiento a las leyes nacionales, **(iii)** la caducidad de los contratos y **(iv)** la cláusula de reversión en los contratos de explotación y concesión de bienes estatales. No obstante, es importante aclarar que la inclusión de estas cláusulas no se desarrolla en el marco de las reglas de dicho artículo, toda vez que su aplicación se sujeta a lo que determinen las Comisiones de Regulación tal y como lo ha precisado el Consejo de Estado<sup>2</sup>.

Por lo anterior, el Consejo de Estado ha señalado sobre esta potestad de las Comisiones de Regulación que se trata de *“(…) un típico caso de deslegalización o fenómeno a través del cual funciones propias del legislador, se transfieren a una entidad administrativa, para que ésta la desarrolle a través de reglamentos o de*

<sup>1</sup> SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS, OFICINA ASESORA JURÍDICA, CONCEPTO UNIFICADO No. 20, Tomo 4, Pág. 11-13, doctrina jurídica unificada en materia de servicios públicos domiciliarios, 2010.

<sup>2</sup> CONSEJO DE ESTADO –CE-, Sección Tercera -S3-. 8 mar. 2008, CP E Gil Botero, e19224.

*actos administrativos de carácter particular*<sup>3</sup>. Sin embargo, esta función se encuentra delimitada en la medida en que las comisiones de regulación no pueden sustituir la ley o cubrir los vacíos legales que en ella se presentan<sup>4</sup>.

En consecuencia, la aplicación de las cláusulas excepcionales en los contratos que celebren las entidades prestadoras de servicios públicos, se sujetan a lo que determine las Comisiones de Regulación; ahora bien, se observa que la Comisión de Regulación de Energía y Gas - CREG<sup>5</sup> – señaló la inconveniencia de autorizar de manera general la inclusión de cláusulas exorbitantes en los contratos de las empresas prestadoras de servicios públicos, por considerar que en tal caso una de las partes podría estar eventualmente en una situación de desventaja frente a la otra. Según esa Comisión, la inclusión de esas cláusulas debe ser algo excepcional cuando la empresa solicitante acredite de manera fehaciente que se dan ciertas condiciones señaladas por esa Comisión.

En consecuencia, al no estar las empresas de servicios públicos sujetas a la Ley 80 de 1993, sino al régimen de derecho privado previsto en la Ley 142 de 1994, no sería aplicable el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, para efectos de hacer uso de cláusulas excepcionales, teniendo en cuenta que se le debe solicitar en el caso prestación de servicios públicos de energía y gas, autorización previa a la CREG para la inclusión de las mismas en los contratos que se celebren.

### 3. Del sub júdece

Teniendo en cuenta todo lo previamente ilustrado, observa el Despacho que se pretende mediante el presente medio de control, la nulidad de los actos administrativos por medio de los cuales se revocó y terminó unilateralmente la aceptación de las ofertas Nos. 8120 del 2010 y 8294 del 2010, y frente a lo cual se encuentra acreditado lo siguiente:

#### 3.1 Oferta No. 8120 del 2010: correspondiente a la solicitud de oferta No. 300-132-2010<sup>6</sup>

Se observa que el objeto de la anterior solicitud de oferta era el suministro de cajas de distribución para derivación de acometidas y cajas herméticas para alojar medidores, incluyendo accesorios; igualmente, en las condiciones generales se indica en el régimen aplicable lo siguiente:

*“El proceso de selección de oferta, como el eventual contrato que se celebre, se regirá por las disposiciones del derecho privado, por las disposiciones contempladas en el manual de Contratación de CENS, por lo dispuesto en las leyes 142 de 1994 modificada por la Ley 689 de 2001 en lo pertinente; la ley 1150 de*

<sup>3</sup> CONSEJO DE ESTADO –CE-, Sección Tercera -S3-. 8 mar. 2008, CP E Gil Botero, e19224.

<sup>4</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena. M.P. RENTERÍAARAUJO Jaime. Expediente D- 3060, Sentencia C-396 de 2006.

<sup>5</sup> COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍAYGAS. REINSTEIN, David, CONCEPTO No. 433 DE 2002.

<sup>6</sup> Ver folios 35 a 51 del expediente.

Rad. 54-001-23-33-000-2012-111-00  
 Actor: Electroindustrial Ltda

*2007, en el Manual de Interventoría vigente, las disposiciones del Estatuto anticorrupción y el código disciplinario único en lo que aplique, las normas que sobre conflicto de intereses establece el código de comercio, la ley 222 de 1995 y la ley 155 de 1959 y demás normas que los modifiquen, aclaren o complementen.” (Negrilla fuera de texto)*

Por otra parte, se observa que en la aceptación de la oferta No. 8120 del 24 de mayo del 2010<sup>7</sup>, se precisa que *“el contrato se registrá por las condiciones de la solicitud de Oferta No. 300-132-2010, su oferta presentada el 05 de marzo de 2010, el Manual de Contratación de CENS S.A. E.S.P. vigente y sus normas complementarias, además de esta comunicación, sin que se necesario que las partes suscriban entre sí ningún otro documento.”*

### **3.2 Oferta No. 8294 del 2010: correspondiente a la solicitud de oferta No. 300-169-2010<sup>8</sup>**

Se observa que el objeto de la anterior solicitud de oferta era el suministro de suelo artificial de baja impedancia en virtud del plan de compras de la vigencia 2010, y en las condiciones generales de la anterior solicitud de oferta se indica en el régimen aplicable lo siguiente:

*“El proceso de selección de oferta, como el eventual contrato que se celebre, se **registrá por las disposiciones del derecho privado**, por lo preceptuado en las leyes 142 y 143 de 1994, modificada por la Ley 689 de 2001.*

*Así mismo, se registrá por la ley 80 de 1993 y 1150 de 2007, las disposiciones del Estatuto anticorrupción y el código disciplinario único, las normas que sobre conflicto de intereses establece el código de comercio, la ley 222 de 1995 y la ley 155 de 1959 y demás normas que los modifiquen, aclaren o complementen.*

*Además se registrá por lo dispuesto en el manual de Contratación de CENS, el manual de Interventoría y lo establecido en las condiciones de esta Solicitud de Oferta...” (Negrilla fuera de texto)*

Igualmente, se observa que en la aceptación de la oferta No. 8294 del 2010<sup>9</sup>, se precisa que *“el contrato se entiende celebrado y perfeccionado cuando usted reciba esta carta anunciándole la aceptación de su oferta. El presente contrato se registrá por las condiciones de la solicitud de Oferta No. 300-169-2010, su oferta presentada el 19/04/2010, el Manual de Contratación de CENS S.A. E.S.P. vigente y sus normas complementarias, además de esta comunicación, sin que se necesario que las partes suscriban entre sí ningún otro documento.”*

Teniendo en cuenta lo anterior, precisa el Despacho que las solicitudes de oferta Nos. 300-132-2010 y 300-169-2010, estaban destinadas al suministro de unos elementos que requería CENS **Entidad de Servicios Públicos**, como cajas de distribución para derivación de acometidas, cajas herméticas para alojar medidores, incluyendo accesorios y suelo artificial de baja impedancia; es decir,

<sup>7</sup> Ver folios 450 y 451 del expediente.

<sup>8</sup> Ver folios 188 y 189 del expediente.

<sup>9</sup> Ver folios 243 y 244 del expediente.

dichas solicitudes de oferta se regían por lo contemplado en las Leyes 142 y 143 de 1994, como efectivamente se hizo; por otra parte, no se observa en las condiciones contractuales previstas en las precitadas solicitudes de oferta de suministro, la inclusión de las cláusulas exorbitantes de que trata el artículo 14 de la ley 80 de 1993, que regula los medios que pueden utilizar las entidades para el cumplimiento del objeto contractual. Lo anterior, se complementa con el oficio del 25 de febrero del 2013, suscrito por el Gerente General de CENS, en el que manifestó que no existe certificado de la Comisión de Regulación para celebrar el contrato de suministro e incluir cláusulas excepcionales dentro del contrato<sup>10</sup>.

Por ello, podemos concluir lo siguiente **(i)** la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es competente para conocer de los contratos celebrados por cualquier entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios, pero con la condición de que contemplen cláusulas exorbitantes o hayan debido incluirse, **(ii)** al no estar las empresas de servicios públicos sujetas a la Ley 80 de 1993, sino al régimen de derecho privado previsto en la Ley 142 de 1994, no sería aplicable el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, para efectos de hacer uso de cláusulas excepcionales, teniendo en cuenta que se le debe solicitar en el caso prestación de servicios públicos de energía y gas, autorización previa a la CREG la inclusión de las mismas en los contratos que se celebren y **(iii)** quedó acreditado que CENS como Empresa de Servicios Públicos no le solicitó a la CREG la inclusión de cláusulas excepcionales dentro de las solicitudes de oferta Nos. 300-132-2010 y 300-169-2010, para celebrar los contratos de suministro y al no solicitársele dicha autorización no tuvieron potestad para incluir las cláusulas excepcionales de que trata el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, como efectivamente se realizó.

En consecuencia, se declarará la falta de jurisdicción para conocer del presente proceso, teniendo en cuenta que dentro de las solicitudes de oferta Nos. 300-132-2010 y 300-169-2010, no se incluyeron cláusulas exorbitantes lo cual es requisito legal para que la controversia derivada de los contratos celebrados por las ESP sea de conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, por tal razón, de conformidad con el artículo 168 del CPACA se remitirá por intermedio de Apoyo Judicial al competente, esto es, el Juez Civil de la Jurisdicción Ordinaria, haciendo la precisión que para todos los efectos legales se tendrá en cuenta la presentación inicial hecha ante esta Corporación.

Por lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Norte de Santander,

## **RESUELVE**

**PRIMERO: DECLÁRESE** la falta de jurisdicción para conocer del presente asunto, por lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

---

<sup>10</sup> Ver folios 243 y 244 del expediente.

Rad. 54-001-23-33-000-2012-111-00  
Actor: Electroindustrial Ltda

**SEGUNDO: REMITASE** el expediente por intermedio de la Oficina de Apoyo Judicial, al Juzgado Civil – Reparto de la ciudad de Cúcuta, para su conocimiento, previas las anotaciones a que haya lugar.

**NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE**

**ORIGINAL FIRMADO**

**MARIBEL MENDOZA JIMENEZ**

**Magistrada**