**CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - Oportunidad - Ejercicio**

De conformidad con el artículo 136 (numeral 10) del Código Contencioso Administrativo, el término para el ejercicio de la acción contractual se cuenta a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que le sirvan de fundamento. (…) Si bien en el proceso no consta la fecha en la que esta se notificó, lo cierto es que desde la fecha de su expedición a la fecha de presentación de la demanda (10 de septiembre de 2002) no transcurrieron dos años. En conclusión, la demanda se interpuso en tiempo.

**EMCALI - Naturaleza jurídica - Empresa industrial y comercial del estado**

Por lo anterior es claro que la entidad demandada es una entidad pública del orden municipal, conformada como empresa industrial y comercial del estado autorizada para prestar servicios públicos. En estas condiciones es claro que la jurisdicción competente para dirimir la controversia que plantea el asunto de la referencia es la de lo contencioso administrativo

**COPIAS - Simples - Validez - Pruebas documentales**

De conformidad con la providencia proferida por la Sala Plena de esta Sección el 28 de agosto de 2013, según la cual, “en aras de respetar el principio constitucional de buena fe, así como el deber de lealtad procesal reconocerá valor a la prueba documental que ha obrado a lo largo del proceso y que, surtidas las etapas de contradicción, no fue cuestionada en su veracidad por las entidades demandadas”, la Sala valorará la prueba documental que obra en el proceso en copia simple, como los anexos del contrato, entre otros.

**CONTRATO DE ALIANZA ESTRATÉGICA - Denominación jurídica - Naturaleza**

El contrato se estructuró sobre la base de lo dispuesto en la Ley 142 de 1994, “por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones” y también en la resolución 3962 del 4 de octubre de 1989, “por medio del cual se aprobó el reglamento general de suscriptores para el servicio telefónico y servicios suplementarios. (…) las razones de orden fáctico que motivaron la celebración de la referida alianza y que se expusieron en su texto consistieron en que el ente territorial estaba interesado en reponer, mantener y expandir el servicio de telefonía pública convencional en el área de cobertura de Emcali. Se añadió que la entidad contratante no estaba en capacidad económica de invertir, directa ni indirectamente, los recursos necesarios para el cometido indicado anteriormente (lo que implicaba una inversión alta), debido a la crisis financiera que le aquejaba.

**CONTRATO DE ALIANZA ESTRATÉGICA - Denominación jurídica - Objeto - Contrato de suministro**

El objeto del contrato 400 GT-AE-044-2000 no consistió en el suministro periódico de un bien, ni versó sobre actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de Emcali, de suerte que (y en esto se discrepa, entonces, de lo concluido por el tribunal) no se enmarca dentro de los contratos de suministro, ni de prestación de servicios, sino, se itera, de alianza estratégica, como se concluyó anteriormente. (…) El artículo 33 de la Ley 142 de 1994 delimitó, en forma taxativa, los actos administrativos “por la prestación de servicios públicos” que podían expedirse para el uso del espacio público o la ocupación de bienes públicos o privados requeridos para la prestación del servicio (…) En consecuencia, el contrato se rigió por el derecho privado y ni él, ni la Ley 142 de 1994 le otorgaban competencia a Emcali para expedir un acto administrativo mediante el cual se declarara la materialización del riesgo de incumplimiento y se dispusiera la efectividad de la póliza de seguro, pues, al tratarse de un contrato regido por el derecho privado, en principio las partes están en igualdad de condiciones y ninguna de ellas tiene prerrogativas sobre la otra, a menos que se pacte lo contrario, lo que no ocurrió en este caso. (…) Así las cosas, al tratarse de un contrato de derecho privado de la administración, en esta relación jurídica Emcali no actuó revestido de sus facultades como administración, sino que actuó en igualdad de condiciones con el consorcio Serestel – Seres, es decir, no contaba con el poder de autotutela administrativa, ni con una posición superior o más fuerte que la del contratista, ni actuó en protección del interés colectivo, sino en una relación completamente horizontal, de igualdad, lo que le impedía arrogarse la competencia de declarar el incumplimiento del contrato.

**APELACIÓN - Objeto - Limites**

El a quo no hizo pronunciamiento expreso sobre las pretensiones principales de condena, ni sobre las subsidiarias, ni ello fue objeto del recurso de apelación, ante lo cual es pertinente señalar y recordar que los argumentos expuestos en el recurso de apelación fijan la competencia de la Sala para resolver el caso.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN A**

**Consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**

Bogotá, D. C., catorce (14) de febrero de dos mil diecinueve (2019)

**Radicación número: 76001-23-31-000-2002-03818-03(38937)**

**Actor: CONSORCIO SERESTEL – SERES**

**Demandado: EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI – EMCALI**

**Referencia: ACCIÓN CONTRACTUAL**

Surtido el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida el 21 de agosto de 2009, por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, mediante la cual se dispuso lo siguiente (se transcribe como obra en el original):

“PRIMERO.- DECLÁRASE no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada.

“SEGUNDO: DECLARESE la nulidad de la Resolución #00735 de Abril 03 de 2002, mediante la cual se declaró la caducidad del contrato #400 GT-AE-044-2000 de diciembre 21 de 2000 y la Resolución #001746 del 03 de julio de 2002, que resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la anterior resolución, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

“SEGUNDO.- NEGAR las pretensiones de la demanda” (fls. 488 y 489, c. ppal.).

### **I.- ANTECEDENTES.-**

**1.- La demanda.-**

Mediante escrito radicado el 10 de septiembre de 2002 en el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, el consorcio Serestel – Seres formuló demanda, por conducto de apoderado judicial y en ejercicio de la acción contractual, contra Empresas Municipales de Cali – Emcali, con el fin de obtener pronunciamiento respecto de las siguientes pretensiones (se transcriben como obra en el expediente):

“**PRINCIPALES:**

“1° Declarar que es nula la RESOLUCIÓN No. 002319 de octubre 8 de 2001, proferida por el Gerente de la **EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI E.I.C.E E.S.P.,** por medio de la cual se declaró el incumplimiento del contrato No. 400 GT-AE-044-2000, de diciembre 21 de 2000, declaró la ocurrencia del riesgo y ordenó hacer efectiva la garantía.

“2° Como consecuencia, declarar que no es procedente la declaratoria del riesgo que ampara la póliza No. 00456923.

“3°. Declarar también nula la RESOLUCIÓN No. 000061 de 7 de febrero de 2002, que rechazó el recurso de reposición interpuesto contra la anterior resolución.

“4°. Declarar que es nula RESOLUCIÓN No. 000735 de fecha abril 3 de 2002, mediante la cual se declaró la caducidad del contrato No. 400 GT-AE-044-2000, y ordenó su liquidación.

“5°. Declarar que es nula la RESOLUCIÓN No. 001746 de fecha de 3 de julio de 2002, que resolvió el recurso de reposición interpuesto, confirmando la resolución anterior.

“6°. Condenar a EMCALI E.I.C.E E.S.P. a título de MULTA E INDEMNIZACIÓN, a pagar al CONSORCIO SERESTEL-SERES la suma de CINCUENTA Y NUEVE MIL OCHOCIENTOS DOCE MILLONES CUATROCIENTOS OCHENTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS CUARENTA PESOS ($59.812.482.840,oo) que corresponden al valor de la multa por incumplimiento estipulada en la CLAUSULA SEXAGÉSIMA, la cual se actualizará de conformidad con el art. 178 del C.C.A.

“7°. Condenar a EMCALI E.I.C.E E.S.P., a pagar a título de CLÁUSULA PENAL, la suma de MIL CIENTO SESENTA Y NUEVE MILLONES CUARENTA Y CINCO MIL DOSCIENTOS SESENTA PESOS ($1.169.045.260) M/CTE., valor liquidado conforme a la CLÁUSULA SEXAGESIMA, el cual deberá actualizarse al momento del pago, de acuerdo al índice de precios al consumidor.

“8°. Que se dé cumplimiento al fallo, con aplicación de los artículos 176 y 177 del C.C.A.

“9°. Condenar en costas a la parte demandada.

**“SUBSIDIARIAS**

“Para el improbable evento en que el Tribunal considere que el señor Representante de EMCALI es competente para dictar las resoluciones cuestionadas, solicito se hagan las siguientes o parecidas declaraciones:

“1°. Declarar Nula la RESOLUCIÓN 002319 de octubre 8 de 2001, que declaró el incumplimiento del contrato No. 400 GT-AE-044-2000.

“2°. Declarar Nula la RESOLUCIÓN No. 000061 de fecha 7 de febrero de 2002, que rechazó el recurso de reposición interpuesto contra la anterior resolución.

“3°. Declarar Nula RESOLUCIÓN No. 000735 de abril 3 de 2002, que declaró la CADUCIDAD del contrato No. 400 GT-AE-044-2000.

“4°. Declarar NULA la RESOLUCIÓN No. 001746 de julio 3 de 2002, 3°-que resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la resolución anterior.

“5°. Declarar que la **EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI E.I.C.E E.S.P. – EMCALI E.I.C.E. E.S.P., incumplieron** el contrato No. 400-GT-AE-044-2000, suscrito con el CONSORCIO SERESTEL-SERES.

“6°. Como consecuencia de la anterior declaración, ordenar la terminación del contrato y la liquidación del mismo.

“7°. Declarar que la empresa demandada está obligada a pagar al CONSORCIO, la suma de CINCUENTA Y NUEVE MIL OCHOCIENTOS DOCE MILLONES CUATROCIENTOS OCHENTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS CUARENTA PESOS ($59.812.482.840,oo) correspondiente a la MULTA E INDEMNIZACION estipulada en la CLAUSULA SEXAGÉSIMA del contrato, la cual se actualizará de conformidad con el art. 178 del C.C.A.

“8°. Que se dé cumplimiento al fallo con aplicación de los artículos 176 y 177 del C.C.A.

“9°. Condenar a la entidad demandada en costas” (fls. 183 a 184, c. 1).

**2.- Hechos.-**

Los hechos narrados son, en síntesis, los siguientes:

**2.1.-** El 21 de diciembre de 2000 las Empresas Municipales de Cali – Emcali y el consorcio Serestel – Seres celebraron el contrato 400 GT-AE-044-2000, que denominaron de alianza estratégica, de conformidad con las leyes 37 de 1993 y 142 de 1994.

**2.2.-** El objeto del contrato era ampliar la prestación del servicio de telefonía pública convencional (TPBLC), para lo cual se pactaron dos fases: i) la fase A en la que el asociado se comprometió a instalar 1500 líneas, que se debía iniciar en enero de 2001 y ii) la fase B, en la que se debían instalar otras 1500 líneas en el segundo año, esto es, desde enero de 2002.

**2.3.-** Según lo pactado en el contrato (parágrafo 1, cláusula trigésima séptima) el contratista debía aporta, instalar, probar y poner en funcionamiento los equipos, es decir, que primero se debían instalar y luego hacer la prueba de funcionamiento; sin embargo, Emcali exigió que, previo a su instalación, se probaran los equipos en lugares diferentes a aquéllos en los que debían ser instalados, lo que era inconveniente desde el punto de vista técnico por la diferencia de voltaje.

Finalmente se instalaron tres equipos en lugares similares a los sitios en los que iban a funcionar; pero, a pesar de que los técnicos de consorcio verificaron que funcionaban, Emcali no los aceptó y con ello impidió que el contrato se desarrollara normalmente.

**2.4.-** Emcali no cumplió las obligaciones pactadas a su cargo en el contrato.

**2.5.-** Con la expedición de las resoluciones 2319 del 8 de octubre de 2001 y 735 de abril de 2002, mediante las cuales se declararon el incumplimiento y la caducidad del contrato, respectivamente, Emcali actuó en forma irregular y con falta de competencia, ya que, por tratarse de un contrato de derecho privado, las divergencias se debían resolver según lo establecido el propio contrato (cláusula trigésimo novena).

**2.6.-** La conducta de Emcali le causó grandes perjuicios económicos al consorcio, que deben ser indemnizados, por vía del pago de la multa y la cláusula penal pactadas en el contrato.

**3.- Normas violadas y concepto de la violación.-**

Se invocaron como normas violadas los artículos 2, 4, 6, 83, 123, 209 y 365 de la Constitución Política, los artículos 2, 3, 87, 132 (numeral 5), 136 y 206 a 214 del Código Contencioso Administrativo, 1546, 1592, 1602 y 1603 del Código Civil, 1, 2 y 3 de la Ley 153 de 1887, 31, 32 y 39 (numeral 5) de la Ley 142 de 1994, 9 y 10 de la Ley 37 de 1993, 14, 18 y 32 de la Ley 80 de 1993 y 6 del acuerdo 34 del 15 de enero de 1999.

Se estimaron vulnerados los artículos de la Constitución Política porque, “se delegó en la ley el establecimiento del régimen que habría de regular los servicios públicos”[[1]](#footnote-1) y las resoluciones demandadas desconocieron esa delegación.

Agregó la demanda que, cuando las empresas de servicios públicos celebran contratos relacionados con su objeto social, los contratos se rigen por el derecho privado y no se les aplican las reglas del estatuto de contratación estatal.

Indicó que el contrato que se suscribió entre las partes es de derecho privado, que él no se incluyeron cláusulas exorbitantes y que en la cláusula cuadragésima se convino que esos poderes no procedían en el contrato, por lo que Emcali no podía declarar el incumplimiento y la caducidad del mismo.

Como “fundamento de derecho” de las pretensiones subsidiarias dijo que se aplicó indebidamente el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, como quiera que la declaratoria de incumplimiento, con el único fin de imponer sanciones, solo procedía por incumplimientos parciales, ya que si se trata de incumplimientos graves lo procedente era declarar la caducidad del contrato; en consecuencia, no podía la entidad declarar la ocurrencia del siniestro por el incumplimiento total.

De otra parte, agregó la demanda, en el contrato se dijo que no procedía la aplicación de cláusulas exorbitantes; en consecuencia, la resolución que declaró la caducidad violó el acuerdo de voluntades suscrito por las partes.

Añadió que el consorcio no incumplió el contrato en forma grave, al punto que se evidenciara la paralización del mismo, pues en la resolución que declaró la caducidad se indicó que los equipos no eran de la calidad, ni de la referencia ofrecidas, lo cual no es verdadero, ya que se trata de los mismos equipos que fueron previamente aprobados; además, Emcali no cumplió sus obligaciones, pues no entregó la información necesaria e indispensable -como la relativa a las tarifas que se debían cobrar-, para adecuar y programar los equipos, con el fin de ponerlos al servicio de los usuarios.

**4.- La actuación procesal.-**

**4.1.-** Por auto del 4 de octubre de 2002 se negó la suspensión provisional de la resolución 2319 de 2001[[2]](#footnote-2), se admitió la demanda, se ordenó la vinculación del demandado al proceso (a través de la notificación personal de la providencia al gerente de las Empresas Municipales de Cali – Emcali), se ordenó la notificación personal al agente del Ministerio Público y se dispuso la fijación del negocio en lista.

**4.2.-** Emcali se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones, al considerar que los nuevos equipos que debía instalar el consorcio tenían que ajustarse a la tecnología que manejaba esa entidad, tales como, AXE, EWSD y FETEX.

Indicó que el consorcio no acreditó poseer los equipos que debían ser instalados, pues el fabricante informó que ya no los elaboraba.

Señaló que era necesario hacer pruebas a los equipos telefónicos antes de su instalación, que todo teléfono público está vinculado a una central telefónica y a mayor distancia de la central pierde potencia, por lo cual el aparato debe repotenciar la línea. Las pruebas que se hicieron dentro de las centrales de Colón y La Flora permitieron corroborar que los teléfonos no funcionaban y a ello se suma el hecho de que no superaron las pruebas contra fraude telefónico.

Agregó que el consorcio no cumplió con sus obligaciones, porque nunca hubo disponibilidad de equipos telefónicos, de modo que mal podría hablarse de incumplimiento de Emcali, pues sin los equipos necesarios no tenía donde instalar las líneas telefónicas.

Precisó que en el contrato no se pactaron cláusulas exorbitantes y que las resoluciones 2319 de 2001 y 735 de 2002 no son actos administrativos, sino que se trata de la aplicación del artículo 973 del Código de Comercio, lo cual es procedente cuando el suministrador incumple el contrato y con ello causa perjuicio; al respecto, consideró que el contrato no era una alianza estratégica, sino un contrato de suministro.

Propuso las siguientes excepciones de fondo: i) falta de legitimación en la causa por activa del consorcio, ii) “naturaleza privada y no administrativa de los actos objeto de demanda”[[3]](#footnote-3), iii) incumplimiento del demandante. Como excepciones previas señaló: i) falta de jurisdicción y competencia y ii) cláusula compromisoria.

**5.- Los alegatos de primera instancia.-**

Las partes reiteraron lo expuesto a lo largo del proceso.

**5.1.-** La parte actora agregó que la propia demandada aceptó en la contestación que en el contrato no se pactaron cláusulas excepcionales, por lo que resulta extraño que se hayan aplicado figuras como la caducidad y la declaratoria de incumplimiento a partir de una disposición del derecho privado como el artículo 973 del Código de Comercio, interpretación o situación a la que llega Emcali afirmando que el contrato suscrito era de suministro, argumentación que no aparece en las resoluciones demandadas.

**5.2.-** La demandada indicó que Emcali y el consorcio creyeron celebrar un contrato público, cuando en realidad celebraron un contrato privado, circunstancia que encaja dentro de lo previsto por el artículo 1510 del Código Civil, según el cual el error de hecho vicia el consentimiento cuando recae sobre la especie de acto o contrato que se ejecuta, vicio que genera la nulidad relativa del contrato, por lo cual solicitó declararla.

De otra parte, solicitó que, de no accederse a la nulidad del contrato, se aplique el artículo 1546 del Código Civil, esto es, que se declarare la resolución del contrato por incumplimiento de éste por parte del consorcio.

El Ministerio Público guardó silencio.

**6.- La sentencia recurrida.-**

Es la proferida el 21 de agosto de 2009 por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en la que se concedieron parcialmente las pretensiones de la demanda, en la forma indicada al inicio de esta providencia.

En primer lugar, la sentencia resolvió las excepciones propuestas. En cuanto a la falta de jurisdicción, dijo que se estaba a lo resuelto por esta Corporación en providencia del 19 de enero de 2007, mediante la cual se revocó el auto que había declarado la nulidad de todo lo actuado por falta de jurisdicción, al considerarse que se trataba de un contrato suscrito por una entidad pública, por lo cual, en aplicación de la Ley 1107 de 2006, la jurisdicción contenciosa administrativa era la competente para conocer del proceso.

Desestimó la excepción de “naturaleza privada y no administrativa de los actos objeto de la demanda”, por cuanto el contrato celebrado entre las partes es estatal. Así mismo, negó la excepción de falta de legitimación en la causa por activa, pues el consorcio celebró el contrato con Emcali y éste acudió al proceso por medio del representante legal de Serestel Ltda., quien era el representante del consorcio.

Consideró que se produjo la sustitución procesal en favor Serestel Ltda. en virtud de la venta de los derechos litigiosos de Seres Ltda. a aquélla.

También negó la excepción referente a la cláusula compromisoria, dado que las pretensiones de la demanda se centran en el estudio de legalidad de un acto administrativo.

De otra parte, el tribunal consideró que, de conformidad con el objeto del contrato (“ampliar la prestación del servicio de TPBLC bajo la modalidad de telefonía pública en cuanto a la ampliación, reposición y mantenimiento de nuevos equipos de teléfonos públicos convencionales e instalar en el área de cobertura de EMCALI …”[[4]](#footnote-4)), se podía determinar que las partes no celebraron un contrato de alianza estratégica, ni de colaboración, pues no reunía las características de éstos, como son: que los cocontratantes sean competidores entre sí, que el objeto de la alianza sea el desarrollo de un nuevo mercado, producto o tecnología y pueden ser uniones temporales, consorcios o agencias comerciales. Concluyó que se trataba de un contrato de suministro o de prestación de servicios.

Indicó que, de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado, la administración tiene la facultad de declarar mediante acto administrativo los siniestros que han sido amparados con la póliza de seguros y que ese acto goza de presunción de legalidad para iniciar la ejecución, de manera que Emcali podía declarar el siniestro de incumplimiento.

Sumado a lo anterior, el *a quo* concluyó que la resolución 2319 del 8 de octubre 2001 era legal, pues el contratista incumplió sus obligaciones, dado que para la fecha de su expedición no se habían podido efectuar las pruebas sobre el equipo que se iba a instalar, porque el consorcio no lo tenía, sin que para ese momento le fuera exigible a Emcali informar los lugares en donde se iban a instalar los teléfonos, ya que previo a ello era necesario verificar el correcto funcionamiento de los equipos.

De otra parte, indicó que el contrato de suministro era de aquellos en los que las cláusulas exorbitantes no se encontraban incluidas por ministerio de la ley, sino que las partes las podían pactar, lo que no ocurrió en el contrato celebrado entre Emcali y el consorcio Serestel – Seres; en consecuencia, la entidad demandada obró al declarar la caducidad del contrato sin competencia para esto, por lo cual declaró la nulidad de las resoluciones 725 del 3 de abril de 2002 y 1746 del 3 de julio siguiente.

**7.- El recurso de apelación.-**

Inconforme con la anterior decisión, la parte actora, dentro de la oportunidad prevista para ello por el ordenamiento jurídico, interpuso recurso de apelación.

Manifestó que, en cuanto al tiempo de implementación de los equipos, el *a quo* desconoció que las partes variaron de común acuerdo el cronograma de pruebas e implementación de los equipos; adicionalmente, se desconoció el parágrafo 1 de la cláusula trigésimo séptima, en la que se acordó que el consorcio tenía 3 años para instalar las 3000 unidades, pero que podían ser instalados antes, si las condiciones de importación y complementación lo permitían, tiempo que no había transcurrido para la fecha en la que se expidió la resolución 2319, por medio de la que se declararon el incumplimiento del contrato y la ocurrencia del riesgo.

Posteriormente, hizo un recuento de diferentes eventos y diversas comunicaciones cruzadas entre las partes sobre los plazos para hacer las pruebas de los equipos, las cuales no se podían efectuar porque Emcali no indicaba en qué sitios se debían instalar, ni proporcionaba las líneas telefónicas, de lo cual concluye que, mientras que Emcali decía que los equipos no estaban terminados, era esa misma entidad la que no proporcionaba la información necesaria -como las tarifas- para adecuar y programar los dispositivos con el fin de ponerlos al servicio de los usuarios.

Así las cosas, en concepto del recurrente, Emcali no cumplió lo pactado e impidió el desarrollo normal del contrato, pues debió proporcionar la líneas, establecer las tarifas e indicar los sitios de instalación de los equipos, para, luego sí, efectuar las pruebas de los teléfonos y, una vez verificado que no funcionaban, si hablar de incumplimiento.

Agregó que se aplicó indebidamente el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, dado que la declaratoria de incumplimiento solo procede para imponer sanciones, tales como multas e indemnizaciones, y por incumplimientos parciales, ya que si se trata de un incumplimiento grave lo pertinente es declarar la caducidad del contrato.

Indicó que el tribunal estimó procedente la objeción por error grave presentada contra del dictamen pericial rendido, porque el perito no estudió personalmente el asunto, por carecer de una adecuada fundamentación y porque adolece de precisión, firmeza y razonabilidad, y agregó que el otro dictamen que rindió un segundo perito y que fue acogido por el *a quo incurre* en las mismas falencias, pues su autor tampoco lo hizo personalmente, ni explicó qué pruebas realizó a los equipos para verificar su funcionamiento.

Finalmente, adujo que en la sentencia de primera instancia no se valoró la prueba documental en la que el contratista le solicitó a Emcali que indicara los sitios en los que se debían instalar los teléfonos, se suministraran las líneas y se indicaran las tarifas, información que era necesaria para terminar de adecuar los equipos.

**8.- Trámite de segunda instancia.-**

El recurso se concedió el 28 de mayo de 2010, se admitió el 9 de julio de ese mismo año y, habiéndose dado traslado para alegar, la parte demandada reiteró lo expuesto a lo largo del proceso.

La parte actora y el Ministerio Público guardaron silencio.

**II. CONSIDERACIONES**

**1.- La competencia.-**

De otra parte, se reitera la decisión proferida el 13 de diciembre de 2007 dentro de este proceso, mediante la cual esta Corporación revocó el auto que había declarado la nulidad de todo lo actuado por falta de competencia. Allí se dijo (se copia como obra en el original):

“En el presente asunto la entidad demandada es EMCALI, la que conforme al artículo 1 del acuerdo 34 del 15 de enero de 1999, proferido por el Concejo de Cali y mediante el cual se adopta el estatuto orgánico de dicha entidad, es de una empresa industrial y comercial del estado del orden municipal, cuyo objeto es prestar servicios públicos, con personería jurídica, patrimonio propio e independiente y autonomía administrativa y financiera.

“Por lo anterior es claro que la entidad demandada es una entidad pública del orden municipal, conformada como empresa industrial y comercial del estado autorizada para prestar servicios públicos.

“En estas condiciones es claro que la jurisdicción competente para dirimir la controversia que plantea el asunto de la referencia es la de lo contencioso administrativo …”[[5]](#footnote-5).

**2.- Ejercicio oportuno de la acción.-**

De conformidad con el artículo 136 (numeral 10) del Código Contencioso Administrativo, el término para el ejercicio de la acción contractual se cuenta a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que le sirvan de fundamento.

En el presente caso se solicitó la nulidad de las resoluciones 2319 del 8 de octubre de 2001 y 61 del 7 de febrero de 2002, que rechazó el recurso de reposición interpuesto contra la anterior, decisión que se notificó por edicto el 18 de febrero de 2002, desfijado el 1 de marzo siguiente (fl. 267, c. 6), por lo que se encuentra que para la fecha de presentación de la demanda, esto es, el 10 de septiembre de 2002, no habían transcurrido dos años.

También se solicitó la nulidad de las resoluciones 735 del 3 de abril de 2002, por medio de la cual se declaró la caducidad del contrato 400 GT-AE-044-2000 y que fue confirmada por la 1746 del 3 de julio de 2002. Si bien en el proceso no consta la fecha en la que esta se notificó, lo cierto es que desde la fecha de su expedición a la fecha de presentación de la demanda (10 de septiembre de 2002) no transcurrieron dos años.

En conclusión, la demanda se interpuso en tiempo.

**3.- La validez de la prueba documental recaudada.-**

De conformidad con la providencia proferida por la Sala Plena de esta Sección el 28 de agosto de 2013[[6]](#footnote-6), según la cual, “en aras de respetar el principio constitucional de buena fe, así como el deber de lealtad procesal reconocerá valor a la prueba documental que ha obrado a lo largo del proceso y que, surtidas las etapas de contradicción, no fue cuestionada en su veracidad por las entidades demandadas”[[7]](#footnote-7), la Sala valorará la prueba documental que obra en el proceso en copia simple, como los anexos del contrato, entre otros.

**4.- Análisis del caso.-**

La parte actora interpuso recurso de apelación al considerar que el consorcio no incumplió el contrato suscrito entre las partes, recurso que se dirige a que se revoque parcialmente la sentencia de primera instancia y se declare la nulidad de las resoluciones: i) 2319 del 8 de octubre de 2001, mediante la cual se declaró el incumplimiento del contrato 400 GTE-AE-044-2000, se declaró el siniestro de incumplimiento y se ordenó hacer efectiva la garantía y ii) 61 del 7 de febrero de 2002, por la cual se rechazó el recurso de reposición interpuesto contra la anterior.

**4.1.-** En primer lugar es necesario establecer la naturaleza del contrato que celebraron las partes. Si bien el recurrente no manifestó inconformidad frente a la conclusión del *a quo* respecto de la clase de contrato que se celebró, esto es, un contrato de suministro o de prestación de servicios, la Sala considera importante volver sobre ese punto, pues ello marca las facultades que tenía la administración frente al contratista.

Para desarrollar este tema es relevante precisar que la celebración del contrato de asociación o alianza estratégica para la ampliación de la prestación del servicio público domiciliario de TPBC[[8]](#footnote-8) tuvo como fuentes jurídica y normativa las disposiciones de la Ley 37 de 1993, “por la cual se regula la prestación del servicio de telefonía móvil celular, la celebración de contratos de sociedad y de asociación en el ámbito de las telecomunicaciones y se dictan otras disposiciones”, donde se incluyó la posibilidad de que las entidades descentralizadas celebraran contratos de asociación con personas jurídicas, nacionales o extranjeras, sin que en virtud de los mismos surgieran nuevas personas jurídicas.

El contrato se estructuró sobre la base de lo dispuesto en la Ley 142 de 1994, “por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones” y también en la resolución 3962 del 4 de octubre de 1989, “por medio del cual se aprobó el reglamento general de suscriptores para el servicio telefónico y servicios suplementarios”.

La suscripción del contrato también se fundamentó en lo dictado por el Acuerdo 34 de 1999, expedido por el Concejo Municipal de Cali, con el que se adoptó el estatuto orgánico de Emcali, que contemplaba la autorización para celebrar alianzas estratégicas “que generen desarrollo tecnológico y valor agregado para la empresa”[[9]](#footnote-9).

Ahora bien, las razones de orden fáctico que motivaron la celebración de la referida alianza y que se expusieron en su texto consistieron en que el ente territorial estaba interesado en reponer, mantener y expandir el servicio de telefonía pública convencional en el área de cobertura de Emcali.

Se añadió que la entidad contratante no estaba en capacidad económica de invertir, directa ni indirectamente, los recursos necesarios para el cometido indicado anteriormente (lo que implicaba una inversión alta), debido a la crisis financiera que le aquejaba.

Se explicó, en consecuencia, que era conveniente para Emcali celebrar una alianza estratégica, para que, en los términos del contrato, el asociado aportara nuevos equipos telefónicos para la ampliación de la red. Este último, mantendría la propiedad sobre los bienes, derechos y servicios que aportara.

El objeto del contrato se pactó en los siguientes términos (se copia como obra en el original):

“CLAUSULA PRIMERA.- OBJETO: El objeto de este contrato es celebrar y constituir ente EMCALI y EL ASOCIADO un CONTRATO DE ASOCIACION o ALIANZA ESTRATEGICA -sin establecer entre las partes persona jurídica alguna, ni unión temporal, ni consorcio, ni contrato de agencia comercial o de mandato o representación- para ampliar la prestación del servicio de TPBLC bajo la modalidad de telefonía pública en cuanto a la ampliación, reposición y mantenimiento de nuevos equipos de Teléfonos Públicos Convencionales a instalar en el área de cobertura de EMCALI, en las zonas que se determinaran en el Anexo No. 1 …, objeto que se desarrollará de la siguiente forma: I) AMPLIACION DE LA COBERTURA.- EL ASOCIADO ampliará la cobertura de teléfonos de servicio público convencional …[[10]](#footnote-10) III) MANTENIMIENTO.- EL ASOCIADO durante la vigencia del contrato hará el mantenimiento de los equipos instalados, por tal razón, se compromete a custodiar y atender dichos aparatos de telefonía pública en cuanto al servicio de mantenimiento preventivo y correctivo, aportando los repuestos que necesiten todos los equipos que instale en los términos de este contrato. PARAGRAFO 1.- … EL ASOCIADO hará, bajo su cuenta y riesgo, el recaudo y el transporte de los dineros que se depositen en los teléfonos públicos convencionales objeto de este contrato y una vez establecidos los ingresos, pagará a EMCALI la participación que le corresponda, según lo establecido en el Anexo 2 – ‘Condiciones Económicas’. PARAGRAFO 2.- EMCALI operará el servicio de telefonía pública convencional y aportará, a su costo, las líneas y conexiones que requiera EL ASOCIADO para el cumplimiento del objeto contractual. EMCALI, se compromete a colocar las líneas telefónicas en los puntos que estime convenientes y en los que exista disponibilidad técnica para la prestación del servicio, según sus estudios técnicos y comerciales con todos los costos a su cargo …”[[11]](#footnote-11).

Como se ve, el objeto del contrato consistió no solo en el suministro de los equipos telefónicos por parte del asociado, sino también -a cargo de este último- el mantenimiento de los mismos, el recaudo del dinero por la prestación de ese servicio y la custodia de los equipos, respecto de los cuales conservaba su propiedad.

Por su parte, Emcali brindaba las líneas de teléfonos, las conexiones necesarias para el funcionamiento del servicio y operaba este último.

Ahora, ambos contratantes, esto es, Emcali y el consorcio participarían del recaudo que se depositara en los teléfonos públicos, dineros que se distribuirían en la forma pactada en el anexo 2, denominado “condiciones económicas”.

Como se observa, el contrato procuró la unión de esfuerzos dirigidos a satisfacer un propósito afín al desarrollo, ampliación y mantenimiento del servicio de telefonía pública y conjugó intereses patrimoniales de las partes, traducidos en el provecho económico que habría de reportar el negocio para cada uno de los extremos contratantes.

La circunstancia puesta de manifiesto permite concluir que las partes no solo denominaron correctamente el contrato como de alianza estratégica, sino que, en efecto, celebraron esa clase de contrato y no un contrato de suministro o de prestación de servicios.

En efecto, el Código de Comercio, en el artículo 968, define el contrato de suministro como aquel “por el cual una parte se obliga, a cambio de una contraprestación, a cumplir en favor de otra, en forma independiente, prestaciones periódicas o continuadas de cosas o servicios”.

Por su parte el contrato de prestación de servicios, de conformidad con la Ley 80 de 1993, es aquel acuerdo de voluntades que se celebra para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad.

El objeto del contrato 400 GT-AE-044-2000 no consistió en el suministro periódico de un bien, ni versó sobre actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de Emcali, de suerte que (y en esto se discrepa, entonces, de lo concluido por el tribunal) no se enmarca dentro de los contratos de suministro, ni de prestación de servicios, sino, se itera, de alianza estratégica, como se concluyó anteriormente.

**4.2.-** Brevemente la Sala estudiara el régimen jurídico del contrato y si Emcali tenía competencia para declarar el siniestro de incumplimiento. Si bien, el *a quo* determinó que sí la tenía y el actor no mostró desacuerdo con esa decisión, ello no impide que la Sala vuelva sobre ese estudio, pues, por ser la falta de competencia uno de los vicios de nulidad más graves de los actos administrativos, la jurisprudencia ha señalado, reiteradamente, que esa causal de nulidad puede ser estudiada de oficio[[12]](#footnote-12).

El Acuerdo 34 de 1999, por medio del cual se adoptó el estatuto orgánico de Emcali, determinó que su naturaleza jurídica era la de una empresa industrial y comercial del Estado del orden municipal, prestadora de servicios públicos domiciliarios y que sus actos y contratos se regirían por las reglas del derecho privado, salvo las excepciones consagradas expresamente en la Constitución Política, las leyes 142 y 143 de 1994 y las demás disposiciones reglamentarias[[13]](#footnote-13).

Por su parte, la Ley 142 de 1994 dispuso el régimen de derecho privado como regla general de la contratación de las entidades de servicios públicos, salvo algunas excepciones como, por ejemplo, las normas jurídicas relativas al contrato de concesión para el uso de recursos naturales o del medio ambiente[[14]](#footnote-14).

El artículo 33 de la Ley 142 de 1994 delimitó, en forma taxativa, los actos administrativos “por la prestación de servicios públicos” que podían expedirse para el uso del espacio público o la ocupación de bienes públicos o privados requeridos para la prestación del servicio[[15]](#footnote-15).

Así las cosas, en el sub judice se encuentra que los actos demandados no se refieren al uso del espacio público o bienes requeridos para la prestación del servicio, en los términos de los artículos 32 y 33 de la Ley 142 de 1994, ni en el contrato 400-GT-AE-044-2000 se pactaron cláusulas exorbitantes; es más, en él expresamente se indicó que “no le es aplicable la Ley 80 de 1993, en el régimen de cláusulas excepcionales al derecho común[[16]](#footnote-16)”.

En consecuencia, el contrato se rigió por el derecho privado y ni él, ni la Ley 142 de 1994 le otorgaban competencia a Emcali para expedir un acto administrativo mediante el cual se declarara la materialización del riesgo de incumplimiento y se dispusiera la efectividad de la póliza de seguro, pues, al tratarse de un contrato regido por el derecho privado, en principio las partes están en igualdad de condiciones y ninguna de ellas tiene prerrogativas sobre la otra, a menos que se pacte lo contrario, lo que no ocurrió en este caso*.*

En efecto, con base en el principio de la igualdad absoluta de las partes en el contrato regido por el derecho privado, ninguna de ellas puede arrogarse el privilegio de declarar incumplida a la otra parte, ni el de establecer el valor de tal incumplimiento, dado que no se puede ser juez y parte a la vez en esa clase de relación negocial; por consiguiente, le corresponde al juez del contrato, de acuerdo con lo alegado y probado en juicio, determinar si se dan los supuestos fácticos y jurídicos que indiquen el incumplimiento del mismo[[17]](#footnote-17).

Así las cosas, al tratarse de un contrato de derecho privado de la administración, en esta relación jurídica Emcali no actuó revestido de sus facultades como administración, sino que actuó en igualdad de condiciones con el consorcio Serestel – Seres, es decir, no contaba con el poder de autotutela administrativa, ni con una posición superior o más fuerte que la del contratista, ni actuó en protección del interés colectivo, sino en una relación completamente horizontal, de igualdad, lo que le impedía arrogarse la competencia de declarar el incumplimiento del contrato.

Verificada así la falta de competencia de Emcali para declarar el incumplimiento del contrato por parte del demandante, se modificará parcialmente la sentencia apelada y se declarará la nulidad de las resoluciones 2319 del 8 de octubre de 2001 y 61 del 7 de febrero de 2002 y se ordenará que, en el evento de que el contratista haya efectuado algún pago por concepto de esas resoluciones, Emcali le devuelva los dineros de él recibidos, debidamente actualizados, orden que resulta necesaria y consecuencial a la nulidad de las resoluciones demandadas.

**4.3.-** Finalmente, en cuanto a las pretensiones 6 y 7 de la demanda, referentes a que se pague en favor del consorcio el valor correspondiente a la multa por incumplimiento y el valor de la cláusula penal, contenidas en la cláusula sexagésima del contrato, la Sala encuentra que, previo a realizar una condena por esos aspectos, se debería determinar el incumplimiento del contrato por parte de Emcali, lo que no fue solicitado en las pretensiones principales que prosperaron, sino en las subsidiarias, mismas que se deben estudiar solo en el caso de que las principales no sean acogidas.

A lo anterior se agrega que el *a quo* no hizo pronunciamiento expreso sobre las pretensiones principales de condena, ni sobre las subsidiarias, ni ello fue objeto del recurso de apelación, ante lo cual es pertinente señalar y recordar que los argumentos expuestos en el recurso de apelación fijan la competencia de la Sala para resolver el caso*,* como se ha considerado en ocasiones anteriores:

“Al respecto conviene recordar que mediante el recurso de apelación se ejerce el derecho de impugnación contra una determinada decisión judicial –en este caso la que contiene una sentencia–, por lo cual corresponde al recurrente confrontar los argumentos que el juez de primera instancia consideró para tomar su decisión, con sus propias consideraciones, para efectos de solicitarle al juez de superior jerarquía funcional que decida sobre los puntos o asuntos que se plantean ante la segunda instancia. Lo anterior de conformidad con lo establecido en la parte inicial del artículo 357 del C. de P. C., a cuyo tenor:

‘La apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante y **por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso**, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquélla. (…).’ (Negrillas adicionales).

“En este orden de ideas, resulta claro que para el juez de segunda instancia su marco fundamental de competencia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se hubiere adoptado en primera instancia, por lo cual, en principio, los demás aspectos, diversos a los planteados por el recurrente se excluyen del debate en la instancia superior, toda vez que en el recurso de apelación operan tanto el principio de congruencia de la sentencia como el principio dispositivo, razón por la cual la jurisprudencia nacional ha sostenido que ‘las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el ad quem: ‘tantum devolutum quantum appellatum’[[18]](#footnote-18)”[[19]](#footnote-19).

 Así las cosas, la Sala no tiene competencia para estudiar la aplicación o no de la cláusula sexagésima.

**5.- Condena es costas**

No se impondrá condena en costas, porque la conducta de las partes no se enmarca dentro de las previsiones contempladas por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “A”, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**F A L L A:**

**Modifícase** la sentencia proferida el 21 de agosto de 2009 por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, la cual queda así:

**1.- Declaránse** no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada.

**2.-** **Declaráse** la nulidad de las resoluciones: i) 2319 del 8 de octubre de 2001, ii) 61 del 7 de febrero de 2002, iii) 735 del 3 de abril de 2002 y iv) 1746 del 3 de julio de 2002, expedidas por Emcali EICE ESP.

**3.-** Si el contratista ha efectuado algún pago por concepto de las anteriores resoluciones, Empresas Municipales de Cali- Emcali deberá devolverle los dineros de él recibidos, debidamente actualizados conforme a la fórmula que esta jurisdicción emplea para actualizar la renta[[20]](#footnote-20).

**4.- Niéganse** las demás pretensiones.

**5.-** Sin condena en costas.

**6.-** En firme esta providencia, **devuélvase** el expediente al Tribunal de origen.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**MARÍA ADRIANA MARÍN MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**

**CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**

1. Fl. 189, c. 1. [↑](#footnote-ref-1)
2. Decisión que fue confirmada por el Consejo de Estado, mediante providencia del 13 de noviembre de 2003 (fls. 301 a 313, c. 1). [↑](#footnote-ref-2)
3. Fl. 256, c. 1. [↑](#footnote-ref-3)
4. Fl. 459, c. ppal. [↑](#footnote-ref-4)
5. Fl. 49, c. 5. [↑](#footnote-ref-5)
6. Expediente 05001-23-31-000-1996-00659-01 (25.022). [↑](#footnote-ref-6)
7. Aspecto sobre el cual el Ponente de la presente providencia salvó el voto, pero acata la decisión de la mayoría y pone de presente que allí se agregó:

“Por consiguiente, el criterio jurisprudencial que se prohíja en esta providencia, (sic) está relacionado específicamente con los procesos ordinarios contencioso administrativos (objetivos o subjetivos) en los cuales las partes a lo largo de la actuación han aportado documentos en copia simple, sin que en ningún momento se haya llegado a su objeción en virtud de la tacha de falsedad (v.gr. contractuales, reparación directa, nulidad simple, nulidad y restablecimiento del derecho), salvo, se itera, que exista una disposición en contrario que haga exigible el requisito de las copias auténticas como por ejemplo el artículo 141 del C.C.A., norma reproducida en el artículo 167 de la ley 1437 de 2011 –nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo–.” [↑](#footnote-ref-7)
8. Telefonía Pública Básica Convencional. [↑](#footnote-ref-8)
9. Fl. 15, c. 1. [↑](#footnote-ref-9)
10. Se aclara que esa cláusula salta del I) al III), es decir, no existe el II). [↑](#footnote-ref-10)
11. Fls. 63 a 64, c. 1. [↑](#footnote-ref-11)
12. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 14 de julio de 2016, expediente 76001233100020012423101(30698). [↑](#footnote-ref-12)
13. Fls. 14 y 15, c. 1. [↑](#footnote-ref-13)
14. Artículo 39 (numeral 39.1). [↑](#footnote-ref-14)
15. “Artículo 33. Facultades especiales por la prestación de servicios públicos. Quienes presten servicios públicos tienen los mismos derechos y prerrogativas que esta Ley u otras anteriores, confieren para el uso del espacio público, para la ocupación temporal de inmuebles, y para promover la constitución de servidumbres o la enajenación forzosa de los bienes que se requieran para la prestación del servicio; pero estarán sujetos al control de la jurisdicción en lo contencioso administrativo sobre la legalidad de sus actos, y a la responsabilidad por acción u omisión en el uso de tales derechos”. [↑](#footnote-ref-15)
16. Fl. 85, c. 1 [↑](#footnote-ref-16)
17. Ver en este sentido: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 26 de junio de 2015, expediente 34.367, sentencia del 21 de octubre de 1994, expediente 9288. [↑](#footnote-ref-17)
18. Nota del original: “Al respecto, ver por ejemplo, sentencia de la Corte Constitucional C-583 de 1997”. [↑](#footnote-ref-18)
19. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 14 de septiembre de 2011, expediente 68001231500019951182 01 (22372), en ese mismo sentido la sentencia del 6 de abril de 2018, expediente 05001233100020010306801(46005). [↑](#footnote-ref-19)
20. Valor presente = Valor histórico Índice final

 Índice inicial

Donde el valor histórico es la suma a actualizar, el índice inicial será el de la fecha en la que el consorcio Serestel Seres haya efectuado el pago a Emcali y el índice final la fecha en la que Emcali haga la devolución de lo pagado. [↑](#footnote-ref-20)