

ACCIÓN POPULAR - Medio de control de protección de derechos e intereses colectivos / DECLARACIÓN DE FALTA DE JURISDICCIÓN - Controversia de naturaleza contractual, de carácter subjetivo o particular / REGLA ESPECIAL DE JURISDICCIÓN - Cuando la controversia gira en torno a un contrato en el que está involucrada una empresa de servicios públicos domiciliarios de carácter privado / SERVICIO PÚBLICO DE ELECTRICIDAD / CLÁUSULAS EXORBITANTES EN CONTRATOS SUSCRITOS POR EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS - Inclusión forzosa e inclusión facultativa / CONTRATO DE TRANSFERENCIA DE ACTIVOS / EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD - Se inaplica a algunos apartes de los artículos 16 y 138 del CGP

[E] Despacho advierte que, a pesar de que la parte actora hizo mención a unos derechos colectivos que consideró vulnerados, como lo son la moralidad administrativa y el patrimonio público, lo alegado no trasciende más de allá de una controversia de naturaleza contractual, en la que se cuestiona el incumplimiento por parte de Electricaribe, al no pagar a Electrocesar el “pasivo a favor”, de acuerdo con lo que se había estipulado en la cláusula 3.4.4. del contrato de transferencia de activos. En efecto, no se evidencia ese fin público que debe caracterizar a la acción popular. En la demanda se planteó un conflicto de carácter particular o subjetivo entre contratantes, Electrocesar y Electricaribe, tanto así que se pidió que se condenara a la segunda para que le pagara a la primera la suma de \$2.975'444.764, por incumplimiento, tratándose de una auténtica litis, lo cual difiere de lo que realmente se persigue en una acción popular, que es la defensa de los derechos e intereses colectivos, por ende, a través de ese mecanismo procesal no es posible ventilar la presente controversia. (...) En conclusión, como el contrato de transferencia de activos celebrado por Electricaribe, empresa privada de SPD, no incluyó y no debía incluir cláusulas exorbitantes, el Despacho advierte que no se cumplieron los supuestos de la regla especial de jurisdicción consagrada en el numeral 3 del CPACA, de ahí que a esta jurisdicción no le corresponda el conocimiento del presente asunto y así se declarará de oficio. Como consecuencia de lo expuesto, es claro que este asunto le compete a la jurisdicción ordinaria. (...) Por consiguiente, se ordenará la remisión del expediente a la oficina de reparto de los Juzgados Civiles del Circuito de Barranquilla para que se pronuncie sobre la admisibilidad de la demanda de naturaleza contractual interpuesta por la sociedad Innova Creative Law S.A.S. para que, de acuerdo con la decisión que se adopte, las partes ejerzan sus derechos de defensa y contradicción, si así lo consideran, cuyas impugnaciones, siempre y cuando sean apelaciones, las resolverá el superior jerárquico, en este caso el Tribunal Superior del Distrito judicial de Barranquilla.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 88 / LEY 472 DE 1998 / LEY 1437 DE 2011 - ARTÍCULO 144 / LEY 1437 DE 2011 - ARTÍCULO 171

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN A

Consejera Ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de mayo de dos mil veinte (2020)

Radicación número: 08001-23-33-000-2018-00561-01(AP)

Actor: INNOVA CREATIVE LAW S.A.S.

Demandado: ELECTRICARIBE S.A. E.S.P.

Encontrándose el asunto para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra el auto del 12 de septiembre de 2018, proferido por el Tribunal Administrativo del Atlántico, el Despacho advierte que a la jurisdicción de lo contencioso administrativo no le corresponde el conocimiento de la presente controversia.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

1.1. En escrito presentado el 23 de julio de 2018¹, la sociedad Innova Creative Law S.A.S., actuando como “*mandataria de la extinta Electrificadora del Cesar S.A. E.S.P.*” y por conducto de apoderado judicial, interpuso demanda en ejercicio del medio de control de protección de los derechos e intereses colectivos contra la Electrificadora del Caribe S.A. E.S.P., con el fin de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas (se transcribe de forma literal, incluso con errores):

“PRIMERA: Que se declare que **ELECTRICARIBE** ha violado los **DERECHOS COLECTIVOS AL PATRIMONIO COLECTIVO Y LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA** representados en la extinta **ELECTRIFICADORA DEL CESAR S.A. E.S.P.** al transgredir e incumplir las obligaciones pactadas en el contrato de transferencia de activos contenido en la Escritura Pública 2635 (...) del 4 de agosto de 1998 otorgada en la Notaría 45 del Círculo de Bogotá suscrito entre la Electrificadora del Cesar S.A. E.S.P. y la Electrificadora del Caribe S.A. E.S.P. Electricaribe, en especial las relativas al NO PAGO del denominado PASIVO A FAVR pactado a favor de la Electrificadora del Cesar en dicho instrumento.

“SEGUNDA: Que en consecuencia se declare que **ELECTRICARIBE** debe a la Electrificadora del Cesar o su causahabiente o causahabientes, el pasivo a favor pactado en la Escritura Pública 2635 del 4 de 1998 otorgada en la Notaría 45 del Círculo de Bogotá, junto con los intereses, de todo tipo,

¹ Folios 2 a 9 del cuaderno No.1 del tribunal.

actualizaciones, sanciones y demás prestaciones económicas derivados del mismo.

“**TERCERA:** Que, en consecuencia, se condene a **ELECTRICARIBE** a pagar a **ELECTROCESAR** el capital relacionado con el ‘pasivo a favor de **ELECTROCESAR**’ de que trata la cláusula 3.4.4. del ‘contrato de transferencia de activos’ la suma de (...) **\$2.975.444.764**” (subrayas y negrillas del texto original).

1.2. Como fundamentos fácticos, en síntesis, se narraron los siguientes:

Debido a la crisis que enfrentaban las empresas del sector eléctrico de la Costa Caribe, el Gobierno Nacional adelantó un proceso de reestructuración con la finalidad de mejorar el servicio y de buscar la vinculación de un socio estratégico que aportara recursos de origen privado y que tomara el control accionario de tales empresas.

El documento CONPES 2993 del 25 de marzo de 1998 delineó los parámetros que debían implementarse a fin de lograr la vinculación de capital privado a esas empresas. A su vez, mediante documento CONPES 3013 del 31 de julio 1998, se establecieron las fases para conformar un nuevo esquema empresarial, que no solamente fuera atractivo para el capital privado, sino que asegurara la prestación eficiente del servicio.

Posteriormente, se aprobó la creación de 5 empresas para la prestación del servicio de energía eléctrica, en principio con carácter exclusivamente público, entre ellas, Electricaribe S.A. E.S.P., a la cual las electrificadoras del Atlántico, del Magdalena, del Cesar y de La Guajira debían transferirle los activos y la mayoría de los pasivos.

Mediante escritura pública No. 2635 del 4 de agosto de 1998, Electrocesar y Electricaribe celebraron un contrato de transferencia de activos. De acuerdo con su cláusula 3.2., Electricaribe debía pagar la suma de \$80.404'629.594, por la transferencia de activos de Electrocesar. A su turno, de conformidad con la cláusula 3.4.4., Electricaribe se constituyó en deudor de Electrocesar “*en la parte del precio denominada PASIVO A FAVOR DE ELECTROCESAR*”, por la suma de \$2.975'444.764, que debía pagarse, según se indicó, una vez transcurrido el plazo de tres años a partir de la ocurrencia de la condición suspensiva allí pactada.

A través de la escritura pública No. 2912 del 27 de agosto de 1998, se dejó constancia del cumplimiento de la condición suspensiva, por lo que se hicieron

efectivas las estipulaciones del contrato de transferencia de activos, de manera que los contratantes podían exigirse mutuamente el cumplimiento de las obligaciones y de los derechos allí acordados. Según se dijo, Electricaribe “*no pagó el pasivo a favor, no aplicó las reglas previstas en el convenio de transferencia y lo más grave es que operó los activos transferidos sin desembolsar un solo peso por el pasivo a favor de Electrocesar (...)*”.

1.3. De los fundamentos de derecho de la demanda se extrae lo siguiente:

A juicio de la parte actora, Electricaribe incurrió en una omisión al no pagar las obligaciones concernientes respecto del supuesto pasivo a favor de Electrocesar, que conllevó a la vulneración de los derechos colectivos al patrimonio público y a la moralidad administrativa, en concordancia con el principio de la buena fe.

Concretamente, en relación con el primer derecho colectivo invocado, la parte demandante señaló “*el incumplimiento de las obligaciones pecuniarias por parte de Electricaribe en contra de Electrocesar ataca de forma directa, flagrante y cuasi punible las finanzas de la Nación y de las entidades territoriales (...) accionistas de Electrocesar (...)*” y, respecto de la supuesta vulneración del segundo derecho alegado por parte de Electricaribe, sostuvo que “*(...) sus actuaciones estuvieron dirigidas desde el principio a no realizar el pago del pasivo a favor, junto con una estrategia jurídica para dejar los activos transferidos por Electrocesar de manera definitiva en su patrimonio (...)*”².

Adicionalmente, en la demanda se hizo énfasis en los siguientes temas: **(i)** “*Responsabilidad contractual en el derecho civil por incumplimiento*”³ y **(ii)** “*Los incumplimientos contractuales de la electrificadora del Caribe están sujetos bajo las reglas de presunciones en su contra*”⁴, entre otros.

2. Decisión apelada

El Tribunal *a quo*, mediante auto del 12 de septiembre de 2018, rechazó la demanda por caducidad, previo señalamiento de que lo pretendido por la parte actora era propio de una controversia contractual y no de una acción popular.

Señaló, de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, que la acción popular carece de contenido subjetivo, pues con ella se busca la protección de los

² Folios 11 y 12 del cuaderno No. 1 del tribunal.

³ Folios 31 a 35 del cuaderno No. 1 del tribunal.

⁴ Folios 35 a 40 del cuaderno No. 1 del tribunal.

derechos e intereses colectivos. Seguidamente, sostuvo que de las pretensiones de la demanda objeto de estudio se evidencia un “*carácter subjetivo*”, en cuanto se reclama el pago de una suma de dinero con fines pecuniarios, lo cual, según advirtió el *a quo*, no era propio del *petitum* correspondiente a la acción popular prevista en la Ley 472 de 1998.

Bajo la consideración de que el asunto correspondía a una controversia contractual y no a una acción popular, el Tribunal *a quo* hizo el análisis de la caducidad a la luz de lo dispuesto en el artículo 136 del CCA -*según dijo, era la norma aplicable porque el término de caducidad empezó a correr en su vigencia*-. Señaló que, como el contrato de transferencia de activos se celebró el 4 de agosto de 1998 y en vista de que “*se estaba ante una obligación de carácter instantánea*”, el plazo para presentar la demanda venció el 5 de agosto de 2000, pero se interpuso el 23 de julio de 2018⁵.

3. Recurso de apelación

La parte actora interpuso recurso de apelación contra la decisión anterior, con el fin de que se revoque y, en su lugar, se admita la acción popular.

Sostuvo que con la demanda no se persigue un interés particular o subjetivo, sino la protección de derechos colectivos, a lo que agregó que la acción popular sí puede tener pretensiones indemnizatorias, de conformidad con el artículo 34 de Ley 472 de 1998.

Seguidamente, dijo que los recaudos, como consecuencia de una sentencia favorable a las pretensiones de la acción popular, recaerían en favor del patrimonio autónomo de Electrocesar, administrado por La Previsora S.A., “*en los que son beneficiarios la Nación – Ministerio de Hacienda, Ministerio de Minas y otras entidades relacionadas*”.

Señaló que el no pago de la suma por concepto del pasivo a favor de Electrocesar, que debía pagar Electricaribe, no se limita a una simple controversia contractual, en cuanto esa actuación evasiva consistió en una “*estrategia jurídica*” para burlar el patrimonio público de Electrocesar, con la cual, además, atentó contra el derecho colectivo a la moralidad administrativa. Añadió que el Tribunal Administrativo del Atlántico, en el marco de una acción contractual y mediante sentencia del 31 de octubre de 2017, consideró que Electricaribe, a través de “*una*

⁵ Folios 467 a 461 del cuaderno del Consejo de Estado.

estrategia jurídica”, logró quedarse con los activos operacionales transferidos por las antiguas electrificadoras públicas de la Costa Caribe, sin pagar el precio pactado por concepto del “*pasivo a favor*”.

De acuerdo con la anterior, y contrario a las consideraciones realizadas por el *a quo* acerca de la caducidad, dijo que la acción popular puede promoverse durante el tiempo que subsista la amenaza o el peligro al derecho o interés colectivo. En todo caso, aun cuando se insistiera en que el medio de control precedente era el de controversias contractuales, dijo que “*la acción contractual no ha caducado, ya que los términos de prescripción vigentes eran los del Código Civil, o sea veinte años*”⁶.

II. CONSIDERACIONES

1. Cuestión previa: ¿controversia de naturaleza contractual o de protección de derechos e intereses colectivos?

Para definir si a la jurisdicción de lo contencioso administrativo le corresponde el conocimiento del proceso de la referencia, resulta importante resolver el interrogante formulado en precedencia, con la finalidad de determinar cuáles son las reglas de jurisdicción que aplican en este asunto, es decir, si las relativas a los contratos previstas en el CPACA o las que de manera especial se consagran para la acción popular.

Dicho análisis, valga la pena precisar, se hará oficiosamente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 171 del CPACA⁷, teniendo en cuenta las pretensiones y los fundamentos fácticos y de derecho plasmados en la demanda.

El artículo 88 de la Constitución Política consagró la acción popular para la protección de derechos e intereses colectivos, instrumento procesal que fue reglamentado a través de la Ley 472 de 1998. Según lo dispuesto en el artículo 2 de la mencionada ley, en concordancia con el artículo 144 del CPACA, cualquier persona puede ejercer la acción popular para: **(i)** evitar el daño contingente; **(ii)** hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos o **(iii)** restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible, y procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de

⁶ Folios 464 a 484 del cuaderno del Consejo de Estado.

⁷ “ARTÍCULO 171. ADMISIÓN DE LA DEMANDA. El juez admitirá la demanda que reúna los requisitos legales y **le dará el trámite que le corresponda aunque el demandante haya indicado una vía procesal inadecuada** (...)” (se destaca).

los particulares que haya violado o amanece violar los derechos colectivos, de acuerdo con lo previsto en el artículo 9 de la Ley 472 de 1998.

Claro está que la acción popular tiene por objeto la protección de intereses y derechos colectivos, que pertenecen a la comunidad en general, de manera que ese mecanismo procesal no fue instituido para defender un derecho subjetivo particular. De hecho, la Corte Constitucional ha señalado que la acción popular se caracteriza por carecer de contenido subjetivo y, por tal razón, a través de dicho medio no resulta posible, en principio, perseguir un resarcimiento de tipo pecuniario en favor de quien promueve el reclamo judicial de un interés colectivo⁸.

Dicho de otra manera, como las acciones populares tienen un fin público, que es la protección de derechos colectivos, *“no plantean en estricto sentido una controversia entre partes que defienden intereses subjetivos”*, al punto de que se ha considerado que esta clase de procesos goza de una estructura especial que los diferencia de los demás procesos de contenido litigioso, *“ya que no plantea una verdadera Litis, pues lo que persigue es la efectividad y eficacia de un derecho colectivo haciendo cesar su lesión o amenaza o logrando que las cosas vuelvan a su estado anterior”*⁹.

Bajo ese panorama, el Despacho hará una lectura integral de la demanda presentada por la sociedad Innova Creative Law S.A.S., que actuó como *“mandataria de la extinta Electrificadora del Cesar S.A E.S.P.”*, con el propósito de determinar si, en efecto, este proceso se adelantó para buscar la protección de derechos o intereses colectivos:

(i) en las pretensiones se pidió que se declare que Electricaribe violó los derechos colectivos al patrimonio público y a la moralidad administrativa de la extinta Electrocesar, por incumplir las obligaciones pactadas en el contrato de transferencia de activos que suscribieron dichas partes, al no pagarle el *“pasivo a*

⁸ Esto se consideró en la sentencia C - 215 de 1999: *“Ese carácter público, implica que el ejercicio de las acciones populares supone la protección de un derecho colectivo, es decir, de un interés que se encuentra en cabeza de un grupo de individuos, lo que excluye motivaciones meramente subjetivas o particulares. No obstante, suponen la posibilidad de que cualquier persona perteneciente a esa comunidad, pueda acudir ante el juez para defender a la colectividad afectada, con lo cual se obtiene de manera simultánea, la protección de su propio interés (...) La carencia de contenido subjetivo de las acciones populares implica que en principio, no se puede perseguir un resarcimiento de tipo pecuniario en favor de quien promueve el reclamo judicial de un interés colectivo. Solamente, en algunos casos, el legislador ha previsto el reconocimiento de los gastos en que incurra la persona que actúa en defensa del interés público o de una recompensa, que de todas maneras no puede convertirse en el único incentivo que debe tener en mira quien debe obrar más por motivaciones de carácter altruista y solidario, en beneficio de la comunidad de la que forma parte”* (M.P. Martha Victoria Sánchez de Moncaleano).

⁹ Sentencia SU 649 de 2017, M.P. Alberto Rojas Ríos.

favor". Como consecuencia, se solicitó que se condene a Electricaribe a pagar a Electrocesar la suma de \$2.975'444.764, correspondiente al "*pasivo a favor*".

(ii) en los hechos se narró que Electrocesar y Electricaribe celebraron un contrato de transferencia de activos y que la demandada incumplió lo pactado en la cláusula 3.4.4., en tanto no pagó el "*pasivo a favor*".

(iii) los fundamentos de derecho se centraron en señalar que Electricaribe incurrió en una omisión por no pagarle a Electrocesar lo correspondiente por el "*pasivo a favor*". En relación con los derechos colectivos al patrimonio público y a la moralidad administrativa, se argumentó, en síntesis, que se vulneraron por el incumplimiento de las obligaciones pecuniarias por parte de Electricaribe. Además, se desarrollaron temas relacionados con el incumplimiento contractual, que fueron los siguientes: "*Responsabilidad contractual en el derecho civil por incumplimiento*" y "*Los incumplimientos contractuales de la electrificadora del Caribe están sujetos bajo las reglas de presunciones en su contra*".

Con el anterior recuento de los aspectos principales de la demanda objeto de estudio, el Despacho advierte que, a pesar de que la parte actora hizo mención a unos derechos colectivos que consideró vulnerados, como lo son la moralidad administrativa y el patrimonio público, lo alegado no trasciende más de allá de una controversia de naturaleza contractual¹⁰, en la que se cuestiona el incumplimiento por parte de Electricaribe, al no pagar a Electrocesar el "*pasivo a favor*", de acuerdo con lo que se había estipulado en la cláusula 3.4.4.¹¹ del contrato de transferencia de activos.

En efecto, no se evidencia ese fin público que debe caracterizar a la acción popular. En la demanda se planteó un conflicto de carácter particular o subjetivo entre contratantes, Electrocesar y Electricaribe, tanto así que se pidió que se

¹⁰ "ARTÍCULO 141. CONTROVERSIAS CONTRACTUALES. Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, **que se declare su incumplimiento**, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas. Así mismo, el interesado podrá solicitar la liquidación judicial del contrato cuando esta no se haya logrado de mutuo acuerdo y la entidad estatal no lo haya liquidado unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido para liquidar de mutuo acuerdo o, en su defecto, del término establecido por la ley" (se destaca).

¹¹ Esto se lee en dicha cláusula: "3.4.4. PASIVO A FAVOR DE ELECTROCESAR. ELECTROCARIBE se constituye en deudor de ELECTROCESAR en la parte del precio denominada Pasivo a Favor de ELECTROCESAR, el cual asciende a la suma de dos mil novecientos setenta y cinco millones cuatrocientos cuarenta y cuatro mil setecientos sesenta y cuatro pesos (\$2.975'444.764) moneda colombiana, que ELECTRICARIBE deberá pagar en los términos y condiciones establecidos en la cláusula 3.6."

condenara a la segunda para que le pagara a la primera la suma de \$2.975'444.764, por incumplimiento, tratándose de una auténtica *litis*, lo cual difiere de lo que realmente se persigue en una acción popular, que es la defensa de los derechos e intereses colectivos, por ende, a través de ese mecanismo procesal no es posible ventilar la presente controversia.

Al respecto, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha considerado:

*“Repárese que en virtud de las acciones populares se persigue la protección de derechos e intereses colectivos, evitando el daño contingente, cesando el peligro o la amenaza, la vulneración o agravio, o restituyendo las cosas al estado anterior de ser posible, es decir, que **tiene un objetivo bien definido, que se contrapone en la obtención en forma principal de solucionar problemas subjetivos entre dos entidades públicas, derechos involucrados en ese conflicto que no se demostró que trasciendan de la esfera subjetiva de los mismos. Entonces, la acción popular, por principio, no es el escenario procesal para ventilar controversias sobre derechos que no ostenten el carácter de colectivos, como es la obtención del pago de un crédito, tal y como ocurre en el presente asunto.***

*“En este sentido, también resultan improcedentes las pretensiones planteadas por el actor en esta vía judicial, pues, como puede apreciarse, es claro que **lo que se persigue en este proceso bajo la égida de la vulneración de unos derechos colectivos, es ventilar una controversia particular entre dos entidades públicas, respecto de unos derechos de crédito por concepto del porcentaje de una tasa retributiva, es decir, se busca la protección de un derecho particular y subjetivo, en tanto se traduce en demandar la solución respecto a quién radica la titularidad de unos derechos de crédito que, por regla general y dado su carácter, amén de no estar asociado a un derecho colectivo como se anotó, goza de otro tipo de garantías legales mediante procedimientos diversos al popular**”¹² (se destaca).*

En ese sentido, ha de señalarse que el presente asunto no puede ser estudiado bajo la óptica de la acción popular, en razón de que con la demanda en cuestión, lejos de buscarse la protección efectiva de derechos e intereses colectivos como el patrimonio público y la moralidad administrativa, se pretende la satisfacción de un interés subjetivo o particular, que se refleja en la pretensión económica de obtener el pago de una suma de dinero en favor de Electrocesar por concepto del “*pasivo a favor*”, derivado del supuesto incumplimiento en el que habría incurrido

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 29 de enero de 2009, radicación No. 08001-23-23-31-000-2003-00013-01 (AP), M.P., Ruth Stella Correa, actor: Ricardo Arquez Benavides, demandado: Departamento Administrativo Distrital del Medio Ambiente.

Electricaribe respecto de una cláusula del contrato de transferencia de activos celebrado entre esas partes.

Así las cosas, queda claro que el presente asunto gira en torno al incumplimiento de unas obligaciones estipuladas en el contrato de transferencia de activos suscrito entre Electrocesar y Electricaribe, que da cuenta de que se trata de una controversia eminentemente contractual de contenido subjetivo o particular, por tratarse de una disputa entre los mismos contratantes, y que nada tiene que ver con el fin que debe guiar las acciones populares, como lo es la protección de derechos colectivos.

Con lo anterior, bueno es precisarlo, no se está señalando que no puede pedirse la protección de derechos e intereses colectivos cuando la conducta vulnerante sea un contrato, pues ello contrariaría lo dispuesto en el artículo 144 del CPACA¹³. Lo que hasta aquí se ha expuesto, valga repetir, es que, con la demanda en estudio, más que buscar la protección de intereses o derechos colectivos, se persigue la satisfacción de un derecho particular, que se concreta en el pago de una suma de dinero por el supuesto incumplimiento contractual en el que incurrió uno de los contratantes.

Además, como si fuera poco y para ahondar en mayores razones en el sentido de que lo alegado por la actora no es propio de una acción popular, conviene señalar que con la demanda se allegó una sentencia dictada el 31 de octubre de 2017 por el Tribunal Administrativo del Atlántico, en la que se resolvió una acción contractual instaurada por la Electrificadora del Atlántico contra Electricaribe, cuyas pretensiones¹⁴ eran similares a las que se formularon a través de la “acción popular” objeto de estudio. En aquel proceso se solicitó que “se declare que

¹³ “ARTÍCULO 144. PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS. Cualquier persona puede demandar la protección de los derechos e intereses colectivos para lo cual podrá pedir que se adopten las medidas necesarias con el fin de evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los mismos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.

Cuando la vulneración de los derechos e intereses colectivos provenga de la actividad de una entidad pública, podrá demandarse su protección, **inclusive cuando la conducta vulnerante sea un acto administrativo o un contrato, sin que en uno u otro evento, pueda el juez anular el acto o el contrato**, sin perjuicio de que pueda adoptar las medidas que sean necesarias para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos”. (se destaca).

¹⁴ En los antecedentes de la mencionada sentencia se lee (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores): “2.1. Pretensiones. Se declare que la Electrificadora del Caribe S.A. E.S.P. – Electricaribe S.A. E.S.P. incumplió el contrato de transferencia de activos contenido en la Escritura Pública No. 2633 del 4 de agosto de 1998 de la Notaría No. 45 de Bogotá, suscrito con la Electrificadora del Atlántico S.A. E.S.P. – Electranta S.A. E.S.P., al realizar descuentos indebidos del ‘Pasivo a Favor de Electranta S.A. E.S.P.’, sin cumplir con la estipulaciones (...) Así mismo, solicita se declare que Electricaribe S.A. E.S.P. incumplió su obligación de pagar el pasivo a favor de Electranta S.A. E.S.P.. y que en consecuencia esta le debe la suma que resulte probada por dicho concepto” (folios 190 a 271 del cuaderno No. 1 del tribunal).

Electricaribe S.A. E.S.P. incumplió su obligación de pagar el pasivo a favor de Electranta S.A. E.S.P., y que en consecuencia esta le debe la suma que resulte probada por dicho concepto (...)”, lo cual, para el Despacho, corrobora que el presente asunto es de naturaleza contractual, en el que se ventila un interés eminentemente particular y no colectivo.

En conclusión, ha de señalarse que, interpretada íntegramente la demanda, estamos en presencia de una controversia contractual que gira en torno al contrato de transferencia de activos suscrito entre Electrocesar y Electricaribe, pese a la indicación aparente de que se vulneraron unos derechos o intereses colectivos.

2. Análisis sobre la jurisdicción: regla especial cuando se trata de un contrato en el que está involucrada una empresa de servicios públicos domiciliarios de naturaleza privada

Aclarado lo anterior, el Despacho pasa a definir si a la jurisdicción de lo contencioso administrativo le corresponde el conocimiento del presente asunto, de acuerdo con las reglas de jurisdicción relativas a contratos que contempla el CPACA.

Esta jurisdicción, según lo dispuesto en los numerales 2 y 3 del artículo 104 *ibídem*, conoce de los siguientes procesos:

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.

El supuesto normativo contemplado en el numeral 2 contiene dos criterios para definir la jurisdicción: **(i)** el orgánico, para las entidades públicas¹⁵, sin que importe el régimen jurídico aplicable al contrato, y **(ii)** el material, en cuanto a los particulares que ejercen funciones propias del Estado. En cambio, con lo dispuesto en el numeral 3, alejado de los dos criterios mencionados, se estableció

¹⁵ Entidad pública en los términos del párrafo del artículo 104 del CPACA, que dispone: **“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%”.

una **regla especial de jurisdicción** para los operadores de los servicios públicos domiciliarios *-no para los prestadores de cualquier otro servicio público: salud, transporte, educación, entre otros-*¹⁶, que se concreta cuando el negocio jurídico incluye o debía incluir cláusulas exorbitantes.

En relación con el numeral 3 surge el siguiente interrogante: ¿esa **regla especial de jurisdicción** que contempla el CPACA aplica tanto para las empresas de servicios públicos domiciliarios privadas como para las públicas¹⁷?

Si bien el numeral 3 no distingue con claridad ese punto, en cuanto se refiere a “*cualquier entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios*”, leído armónicamente con el numeral 2 se advierte que la **regla especial de jurisdicción** únicamente aplica para las empresas privadas de SPD¹⁸, toda vez que para las entidades o empresas públicas que prestan SPD se aplicaría el criterio orgánico previsto en el numeral 2.

Lo anterior significa que el juez de lo contencioso administrativo, de acuerdo con el criterio orgánico, conoce de aquellos conflictos contractuales en los que haga parte una entidad o empresa pública que presta SPD, mientras que, si se trata de una controversia en la que está involucrada una empresa privada de SPD, también conocería, pero teniendo en cuenta la **regla especial de jurisdicción**, cuando el contrato objeto de debate incluya o haya debido incluir cláusulas exorbitantes.

Si el contrato celebrado por la empresa privada de SPD no incluye o no debía incluir cláusulas exorbitantes, la jurisdicción ya no sería la administrativa, sino la ordinaria.

No está de más precisar que, en los términos del párrafo del artículo 104 del CPACA, por entidad pública debe entenderse que es todo órgano o entidad estatal y las sociedades o empresas en las que el Estado tenga una participación igual o superior al 50% de su capital, de manera que, si la participación estatal es inferior

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Subsección C, auto del 21 de noviembre de 2013, expediente No. 46.027, M.P. Enrique Gil Botero.

¹⁷ La clasificación de empresas de servicios públicos domiciliarios entre **privadas y públicas** se hace teniendo en cuenta lo dispuesto en el párrafo del artículo 104 del CPACA, sin perjuicio de lo consagrado en la Ley 142 de 1994, concretamente en su artículo 14.16, que define las empresas de servicios públicos **mixtas**, que son las que tienen aportes estatales iguales o superiores al 50%; sin embargo, de acuerdo con lo previsto en el párrafo del artículo del 104 del CPACA, las mixtas quedarían comprendidas dentro de las empresas de servicios públicos domiciliarios públicas.

¹⁸ Se usa esta abreviatura para referirse a los servicios públicos domiciliarios.

al 50%, dichas empresas o sociedades deben considerarse que son privadas. Esto, además, sirve para señalar que con las reglas del CPACA no tiene aplicación lo considerado por la Corte Constitucional en la sentencia C-736 de 2007¹⁹ -providencia que, en síntesis, concluyó que los operadores de servicios públicos domiciliarios privados, en los que hubiese capital público minoritario, son entidades estatales, que pertenecen a la Rama Ejecutiva en su sector descentralizado-, tesis mayoritariamente²⁰ acogida por la Sección Tercera del

¹⁹ Esto consideró: “Nótese cómo una empresa de servicios públicos privada es aquella que mayoritariamente pertenece a particulares, lo cual, a contrario sensu, significa que minoritariamente pertenece al Estado o a sus entidades. Y que una empresa de servicios públicos mixta es aquella en la cual el capital público es igual o superior al cincuenta por ciento (50%), lo cual significa que minoritariamente pertenece a particulares. Así las cosas, una y otra se conforman con aporte de capital público, por lo cual su exclusión de la estructura de la Rama Ejecutiva y de la categoría jurídica denominada ‘entidades descentralizadas’ resulta constitucionalmente cuestionable, toda vez que implica, a su vez, la exclusión de las consecuencias jurídicas derivadas de tal naturaleza jurídica, dispuestas expresamente por la Constitución (...) Nótese cómo en el literal d) el legislador incluye a las ‘demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público’, categoría dentro de la cual deben entenderse incluidas las empresas de servicios públicos mixtas o privadas, que de esta manera, se entienden como parte de la Rama Ejecutiva en su sector descentralizado nacional. Así las cosas, de cara a la constitucionalidad del artículo 38 de la Ley 498 de 1998, y concretamente de la expresión ‘las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios’ contenida en su literal d), la Corte declarará su exequibilidad, por considerar que dentro del supuesto normativo del literal g) se comprenden las empresas mixtas o privadas de servicios públicos, que de esta manera viene a conformar también la Rama Ejecutiva del poder público” (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra).

²⁰ Ver, entre otros, el siguiente pronunciamiento de la Sección Tercera del Consejo de Estado: “La línea trazada con esta sentencia [se refiere a la sentencia C-736 de 2007] resulta definitiva para entender si la jurisdicción de lo contencioso administrativo es competente para resolver sobre los asuntos en los que intervengan estas empresas (distintos a las asignaciones legales de competencia), teniendo en cuenta que **la norma aplicable en esta materia (artículo 82 del Código Contencioso Administrativo), plantea en el primer inciso una noción organicista como primer aspecto del objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, y remite, ineludiblemente, a la comprensión de lo que hace parte o no de la estructura del Estado, en los términos de la Ley 489 de 1998, y comoquiera que en la sentencia que viene de mencionarse se condicionó la exequibilidad de los artículos 38 y 68 a la inclusión dentro de esas entidades a las empresas de servicios públicos con capital privado, el análisis debe ir de la mano de esa posición, en armonía con lo dispuesto en el artículo 82 del CCA.** En ese orden de ideas, y aplicado a la situación particular de Electricaribe S.A. E.S.P, se procederá a estudiar si la jurisdicción contenciosa administrativa es la competente para dirimir el problema puesto a consideración, de acuerdo a su naturaleza jurídica y a las disposiciones pertinentes (...) Pues bien, **dado que Electricaribe S.A. E.S.P. se compone de un capital privado y público; a la luz de lo dispuesto en la sentencia C-736 de 2007, que incluyó dentro del sector descentralizado por servicios a las empresas de servicios públicos mixtas y a las privadas con capital público, sin consideración a su porcentaje accionario; y a partir de lo dispuesto en el artículo 82 del CCA que indica, respecto del objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, que la misma está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas, debe entenderse que es a esta jurisdicción, y no a otra, a quien le corresponde resolver el conflicto puesto a consideración, por cuanto la demandada participa de la noción de entidad estatal,** observando lo dispuesto en la sentencia de constitucionalidad en mención, es decir, comprendiendo a Electricaribe S.A. E.S.P, por su sola naturaleza jurídica, dentro de la estructura del Estado en los términos del literal g) de la Ley 489 de 1998” (se destaca) (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 10 de agosto de 2015, expediente No. 35.869, M.P. Olga Mélida Valle de De la Hoz (E)). Ver también los siguientes proveídos del Consejo de Estado: (i) sentencia del 1° de abril de 2009, expediente No. 34.846, M.P. Enrique Gil Botero, Sección Tercera y (ii) sentencia del 15 de julio de 2019, expediente No. 44.835, M.P. Alberto Montaña Plata, Subsección C de la Sección Tercera.

Consejo de Estado, en los procesos adelantados bajo la vigencia del CCA²¹, para justificar que a esta jurisdicción, por el criterio orgánico, sí le correspondía conocer sobre los conflictos relativos a contratos en los que estuviera involucrada una empresa privada prestadora de SPD con capital público inferior al 50%²².

Este ha sido el entendimiento armónico que la jurisprudencia del Consejo de Estado le ha dado a los numerales 2 y 3 del artículo 104 del CPACA, en cuanto a los criterios o las reglas que definen la jurisdicción frente a las controversias relativas a contratos en los que está involucrada una empresa de servicios públicos domiciliarios:

“a. De conformidad con el numeral 2, las controversias o litigios relacionados con cualquier clase de contrato, regido por el derecho administrativo o por cualquier otro derecho, donde sea parte una entidad estatal -criterio orgánico-, de aquellas a que se refiere el parágrafo del art. 104, quedan bajo la jurisdicción de lo contencioso administrativo; salvo las instituciones financieras públicas, cuando contraten objetos que hacen parte del giro ordinario de su negocio.

“(…).

“Por tanto, en este numeral quedan comprendidas todas las entidades estatales que prestan SPD, por el sólo hecho de ser públicas: i) municipios, ii) empresas oficiales y iii) empresas mixtas con capital del Estado igual o superior al 50%, iv) prestadores marginales, independientes o para uso particular, cuando tengan naturaleza pública, v) entidades estatales del régimen de transición de la Ley 142 –arts. 180 y 182-, vi) empresas industriales y comerciales del Estado regidas por la Ley 489 de 1998 que prestan SPD, vii) empresas de naturaleza estatal que ejecuten actuaciones urbanísticas y deban aplicar la Ley 142 de 1994 –art. 36-, viii) las entidades de naturaleza estatal que actúen como operadores de SPD en el marco de los Planes Departamentales de Agua o Planes Departamentales para el Manejo Empresarial de los Servicios de Agua y Saneamiento, y ix) las demás entidades que en los términos de la Ley 142 tengan naturaleza pública. En sentido contrario, las empresas privadas, las empresas privadas con participación pública -en los términos que las definió la sentencia C-736 de 2007, es decir, aquellas donde existe participación estatal inferior al 50%- y las demás que en los términos de la Ley 142 tengan esa naturaleza, no quedan incluidas en este numeral.

“b. De conformidad con el numeral 3, las controversias o litigios relacionados con cualquier otra entidad prestadora de SPD -es decir, excluidas las estatales, esto es, las que no están comprendidas en el numeral 2-, o lo que es igual: i) las empresas privadas, ii) las empresas privadas con participación pública -en los términos que las definió la sentencia C-736 de 2007, es decir,

²¹ Artículo 82 del CCA, con la modificación de la Ley 1107 de 2006.

²² Esa tesis mayoritaria fue cuestionada por el entonces magistrado Mauricio Fajardo Gómez, en el sentido de que las empresas de SPD de carácter privado, con alguna participación pública, no son entidades descentralizadas; consideraciones que quedaron plasmadas en el auto del 3 de diciembre de 2008, expediente No. 34.745, demandante: Movil Tech S.A., demandado: Colombia Móvil S.A. E.S.P.

aquellas donde existe participación estatal inferior al 50%-, iii) los prestadores marginales, independientes o para uso particular -cuando tengan naturaleza privada-, iv) las empresas de naturaleza privada que ejecuten actuaciones urbanísticas y deban aplicar la Ley 142 de 1994 –art. 36- y v) las demás que en los términos de la Ley 142 tengan naturaleza privada, siempre que en sus contratos tengan o hayan debido tener cláusulas exorbitantes, quedarán bajo la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

“En todo caso -se insiste-, en este evento no sólo los problemas que atañen a las cláusulas exorbitantes corresponde dirimirlos a esta jurisdicción, sino cualquiera otra diferencia que surja del mismo contrato, aunque no se refiera a los poderes exorbitantes.

“En sentido contrario, los contratos de estas mismas empresas privadas, pero que no tengan ni hayan debido tener cláusulas exorbitantes, quedarán bajo la jurisdicción ordinaria”²³.

Descendiendo al caso concreto, se advierte que la presente controversia gira en torno a un contrato de transferencia de activos suscrito entre Electrocesar y Electricaribe.

La jurisdicción²⁴, valga advertir, se determina teniendo en cuenta la naturaleza jurídica que presentaban las partes en contienda al momento de la presentación de la demanda²⁵. Esto significa, para estos efectos, que nada importa la condición que dichas sociedades ostentaban cuando celebraron el contrato objeto de discusión.

La sociedad Innova Creative Law S.A.S., que actuó como “*mandataria de la extinta Electrificadora del Cesar S.A E.S.P.*”, interpuso demanda el 23 de julio de 2018 contra Electricaribe. Para esa fecha, como puede verse, demandó una

²³Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Subsección C, auto del 21 de noviembre de 2013, expediente No. 46.027, M.P. Enrique Gil Botero.

²⁴ El artículo 624 del Código General del Proceso, que modificó el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, dispone “*La competencia [también la jurisdicción] para tramitar el proceso se regirá por la legislación vigente en el momento de formulación de la demanda con que se promueva, salvo que la ley elimine dicha autoridad*”

²⁵ Al respecto, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado: “**Como primera medida, hay que aclarar que, para efectos del análisis de jurisdicción, y en aras de realizar la seguridad jurídica del demandante, se tendrá en cuenta la naturaleza jurídica que presentaba la empresa Electricaribe S.A. E.SP. al momento de la presentación de la demanda, teniendo en cuenta que ello, precisamente, delimita la conformación de la jurisdicción e indica desde cuándo nació la competencia para resolver el conflicto.** Para ello se determina que compartía la noción de empresa de servicios públicos privada (característica vigente al momento de la presente sentencia), teniendo en cuenta que para la época de la presentación de la demanda (1 de octubre de 2001) la conformaba un capital accionario público y privado, siendo mayoritariamente del segundo, incluyéndose, en consecuencia, en la noción de empresa privada con participación pública, a la luz de lo dispuesto en la sentencia C-736/07” (se destaca) (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 10 de agosto de 2015, expediente No. 35.869, M.P. Olga Mélida Valle de De la Hoz (E), demandante: Esteban Murgas Núñez, demandado: Electricaribe S.A. E.S.P.).

sociedad privada. Electricaribe, parte demandada y aunque intervenida por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios desde 2016²⁶, ostentaba su condición de empresa privada prestadora de SPD, dado que la participación estatal era inferior al 50%²⁷.

En ese sentido, como la demanda se presentó contra una empresa privada de SPD, este Despacho examinará si a esta jurisdicción le corresponde el conocimiento de la presente controversia contractual, a la luz de la mencionada **regla especial de jurisdicción** prevista en el numeral 3 del artículo 104 del CPACA. Para ello, ha de estudiarse si el negocio en cuestión incluyó o debía incluir cláusulas exorbitantes.

Revisado íntegramente el contrato de transferencia de activos con sus anexos²⁸, se observa que no se incluyeron cláusulas exorbitantes.

En cuanto a si dicho contrato debía incluir ese tipo de cláusulas, ha de acudirse a lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 31 de la Ley 142 de 1994:

“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”²⁹.

Sobre el alcance de esta disposición, la doctrina especializada ha señalado que en los contratos suscritos por empresas de servicios públicos domiciliarios se pueden

²⁶ Folio 414 del cuaderno No. 1 del tribunal.

²⁷ Según informe expedido el 17 de julio de 2017 por la Contraloría General de la República que obra de folio 412 a 428 del cuaderno No. 1 del tribunal, en 1998 Electricaribe fue capitalizada en un 65% por el consorcio conformado entre Houston Industries y Electricidad de Caracas y se le transfirieron todos los activos y algunos pasivos de las electrificadoras públicas de la Costa Caribe. El 35% restante quedó en manos de esas electrificadoras y de Corelca. Luego se lee “*Electricaribe es una empresa privada*”, afirmación que se acompaña con un cuadro en el que se consigna la composición accionaria de dicha empresa a diciembre 31 de 2015, del cual se resaltan los siguientes datos: “**total participación privada 86.01% (...)** total participación pública 10.10% (...) total participación mixta 3.89% (...)” (se destaca); además, en informe de responsabilidad corporativa emitido en 2017 por Electricaribe se consignó “*Durante el año 2017 la composición accionaria de ELECTRICARIBE no varió*” (página web de Electricaribe) (consulta realizada el 23 de abril de 2020).

²⁸ Folios 86 a 189 del cuaderno No. 1 del tribunal.

²⁹ Esto establecía la norma sin la modificación del artículo 3 de la Ley 689 de 2001. Recuérdese que el contrato en cuestión se celebró el 4 de agosto de 1998, por lo que le resultaba aplicable el texto original del artículo 31 de la Ley 142 de 1994, sin la modificación de la Ley 689 de 2001. De todas maneras, conviene señalar que la redacción del aparte transcrito de la norma aludida en el cuerpo de la providencia no cambió mucho con la expedición de la Ley 689 de 2001.

pactar cláusulas exorbitantes en los siguientes dos casos: **(i)** cuando las comisiones de regulación lo impongan *-inclusión forzosa-* o **(ii)** cuando los operadores lo soliciten a las comisiones de regulación y estas lo autoricen, caso por caso *-inclusión facultativa-*, cuestión que resulta aplicable para cualquier tipo de operador, bien sea de carácter público o privado, dado que la misma norma dispone que se aplica a los “*contratos de cualquier empresa de servicios públicos*”³⁰.

Adicionalmente, conviene señalar que el párrafo del artículo 8 de la Ley 143 de 1994 establece que la Comisión de Regulación de Energía y Gas *-CREG-* podrá hacer obligatoria la inclusión de cláusulas excepcionales al derecho común en algunos contratos que celebren las empresas que presten el servicio de electricidad.

En este caso, como el contrato en cuestión lo suscribieron Electrocesar y Electricaribe, empresas de servicios públicos del sector eléctrico, debe acudirse a las directrices que ha adoptado la Comisión de Regulación de Energía y Gas *-CREG-*, con el propósito de determinar si dicho negocio jurídico debía incluir cláusulas exorbitantes.

La CREG, a diferencia de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico *-CRA-*³¹ y de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones *-CRT-*³², no ha expedido resolución o acto administrativo en el que establezca en qué contratos, celebrados por las empresas de servicios públicos que prestan el servicio de electricidad, deben incluirse de manera obligatoria las cláusulas exorbitantes.

³⁰ Marín Cortés, Fabián G. *Los servicios semipúblicos domiciliarios*. Editorial Temis, 2010, pág. 308.

³¹ “*La Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico ha expedido una regulación para determinar en qué casos se deben pactar cláusulas exorbitantes, **no así la Comisión de Regulación de Energía y Gas, que no ha hecho referencia a esto en ninguna de sus resoluciones***” (se destaca) (Cárdenas Uribe, Julio César. *Contratos en el sector de los servicios públicos domiciliarios*. Instituto Latinoamericano de Altos Estudios, 2017, pág. 186). La Resolución CRA 151 de 2001, expedida por la CRA, modificada por la Resolución CRA 293 de 2004, estableció que en los contratos de obra, de consultoría, de mantenimiento, de compraventa, entre otros, deben pactarse las cláusulas excepcionales previstas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993.

³² En el artículo 2-26 de la Resolución CRT 087 de septiembre 15 de 1997, expedida por la CRT, se estableció lo siguiente: “**ARTICULO 2-26. INCLUSION DE CLÁUSULAS EXORBITANTES.** Todos los Operadores de TPBC sometidas a la regulación de la CRT deberán incluir las cláusulas exorbitantes o excepcionales al derecho común de terminación, modificación o interpretación unilaterales del contrato, de sometimiento a las leyes nacionales, de caducidad administrativa y de revisión, en los contratos de obra, de consultoría y suministro de bienes, cuyo objeto esté directamente relacionado con la prestación del servicio y su incumplimiento pueda acarrear como consecuencia directa la interrupción en la prestación del mismo”. Posteriormente, en este mismo sentido lo dispuso el artículo 2.6.1. de la Resolución CRT 575 de 2002.

Conviene destacar, solo a manera de ilustración, que lo expuesto en el párrafo anterior se corrobora con el concepto MMECREG-0433³³, expedido el 4 de febrero de 2002 por la CREG, que se transcribirá a continuación (incluso con posibles errores):

*“De acuerdo con las normas transcritas [Artículo 31 de la Ley 142 y parágrafo del artículo 8° de la Ley 143 de 1994], **es facultativo de la Comisión de Regulación de Energía y Gas, en relación con el sector eléctrico, hacer obligatorio la inclusión de cláusulas exorbitantes en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos.***

“(…).

*“Las prerrogativas denominadas Cláusulas Exorbitantes, constituyen el rompimiento del principio de igualdad antes mencionado, y sobre el cual se fundamenta, además, el régimen de contratación entre agentes regidos por el derecho privado. **Esto pone en evidencia la inconveniencia de autorizar de manera general la inclusión de dichas cláusulas en los contratos que celebre una empresa prestadora de servicios públicos, ya que puede implicar, eventualmente, que una de las partes del contrato se encuentre en una situación ventajosa respecto a las demás empresas, al tener la posibilidad de dar aplicación a aquellas cláusulas consideradas en la Ley 80 de 1993, y que puede llegar a afectar el principio de libre competencia que corresponde promover, garantizar y preservar a la Comisión de Regulación de Energía y Gas.***

“Ley 689 de 2001. Consideramos que el permitir la inclusión de este tipo de cláusulas es un asunto excepcional que se autorizará cuando las empresas solicitantes comprueben de manera fehaciente las siguientes circunstancias:

- Que los acuerdos que se pretende sean cobijados con este tipo de cláusulas tengan relación directa con la prestación del servicio eléctrico a sus usuarios y que de no accederse a tal solicitud se ponga en peligro la continuidad y calidad en la prestación del mismo.

- Que por no incluir este tipo de cláusulas se genere una parálisis o una afectación grave en la prestación de los servicios públicos que presta la empresa, tal como dispone el Artículo 14 de la ley 80 de 1993.

³³ Este concepto fue expedido por la CREG con ocasión de una consulta que le hizo la empresa Energaviare S.A. E.S.P., sobre la aplicación de cláusulas exorbitantes, pero se trajo a colación en esta providencia por su importancia, por cuanto en aquel se fijaron los criterios generales que deben contener las solicitudes con las que las empresas de servicios públicos pretendan la inclusión cláusulas exorbitantes sobre sus contratos. Esto se lee al respecto (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores): *“Por último, nos permitimos solicitarle se tengan en cuenta los criterios aquí esgrimidos en las solicitudes que se presenten sobre el tema. **Corresponde a las empresas aportar con sus requerimientos las pruebas que permitan concluir que se hace necesario autorizar se celebren contratos que contengan las mencionadas cláusulas**”* (se destaca) (ver el siguiente link: <http://apolo.creg.gov.co/Publicac.nsf/Indice01/Conceptos.Creg-2002-C020433>, consulta realizada el 22 de abril de 2020).

- Que la normatividad privada no contemple mecanismos, o si los contempla son insuficientes o inaplicables, para que la empresa pueda incluir cláusulas que le garanticen la cumplida ejecución del contrato³⁴ (se destaca).

Como se ve en el concepto³⁵, además de señalarse que en el sector eléctrico es facultativo para la CREG hacer obligatoria la inclusión de cláusulas exorbitantes en los contratos celebrados por las empresas de servicios públicos, destacó que resultaba inconveniente autorizar de manera general la inclusión de dichas cláusulas en los contratos que suscriben las empresas que prestan el servicio público de electricidad.

Claro está que la CREG no ha hecho uso de esa potestad facultativa conferida por los artículos 31 de la Ley 142 de 1994 y 8 de la Ley 143 de 1994, consistente en hacer obligatoria la inclusión de cláusulas exorbitantes en los contratos que celebran las empresas de servicios públicos del sector eléctrico *-inclusión forzosa-*. Como la CREG no ha expedido ningún acto que especifique en cuáles contratos se torna forzoso incluir las cláusulas excepcionales al derecho común, tal situación impide considerar que el contrato objeto de estudio debía incluir esas exorbitancias, de manera que la incorporación de esas cláusulas se encuentra supeditada a que la CREG las autorice, previa consulta de los operadores de dicho servicio *-inclusión facultativa-*³⁶.

Al respecto, en un contrato celebrado por una empresa de servicios públicos del sector eléctrico, la jurisprudencia de esta Corporación señaló que la inclusión exorbitancias únicamente era posible previa consulta y autorización expresa de la CREG:

³⁴ Aunque este concepto fue expedido en 2002, mucho después de haberse celebrado el contrato en cuestión, resulta importante traerlo a colación para tener en cuenta las directrices que la CREG fijó sobre la aplicación de cláusulas exorbitantes en los contratos celebrados por las empresas de servicios públicos del sector energético.

³⁵ Las pautas fijadas en el aludido concepto conservan plena vigencia, toda vez que en la Resolución No. 084 del 17 de julio de 2019, expedida por la CREG, se hizo mención a ellas. En esta resolución se hizo el estudio de una solicitud de inclusión de cláusulas exorbitantes en el marco de un contrato de operación de las actividades de comercialización y distribución del servicio de energía eléctrica ([http://apolo.creg.gov.co/Publicac.nsf/1c09d18d2d5ffb5b05256eee00709c02/ca46155a46bc24bb0525845c004def8d/\\$FILE/Creg084-2019.pdf](http://apolo.creg.gov.co/Publicac.nsf/1c09d18d2d5ffb5b05256eee00709c02/ca46155a46bc24bb0525845c004def8d/$FILE/Creg084-2019.pdf), consulta realizada el 6 de mayo de 2020 en ese link).

³⁶ Conviene traer a colación un pronunciamiento del Consejo de Estado en el que se señaló que, de incluirse cláusulas exorbitantes en los contratos celebrados por las empresas que prestan el servicio de público de electricidad sin autorización de la CREG, ello acarrearía la nulidad absoluta de dicho clausulado (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 4 de junio de 2015, expediente No. 30.288, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa).

*(...) los contratos celebrados por las empresas de servicios públicos mixtas, en este caso EMBAHIA S.A. E.S.P., por regla general se rigen por las normas del Derecho Privado y sólo excepcionalmente puede aplicar algunas de las disposiciones de la Ley 80 de 1993, entre ellas, las que se refieren a la estipulación de cláusulas excepcionales en los casos regulados por los artículos 14, 15, 16 y 17 **por expresa autorización de la Comisión de Regulación de Energía y Gas –CREG-**.*

*“De acuerdo con lo anterior, en el contrato de obra celebrado con la Arquitecta MARTHA ELENA CARDONA FERNÁNDEZ solamente era posible estipular y aplicar la cláusula excepcional de terminación unilateral de que trata el artículo 17 de la Ley 80, **previa consulta y autorización expresa de la Comisión de Regulación de Energía y Gas –CREG-**, sin embargo, no aparece en el **proceso acto administrativo alguno de dicha Comisión Reguladora que hubiere autorizado a la empresa demandada la inclusión de cláusulas excepcionales**, ni tales cláusulas se encuentran contenidas en el contrato celebrado con la actora”³⁷ (se destaca).*

En este caso, una vez revisado el expediente en su integridad, se advierte que no obra prueba que demuestre que las partes contratantes -*Electrocesar y Electricaribe, ambas empresas de servicios públicos domiciliarios del sector energético*- hubiesen consultado y/o solicitado previamente a la CREG sobre la posibilidad de incorporar las cláusulas exorbitantes, ni tampoco existe prueba que acredite que dicha Comisión de Regulación hubiese autorizado su inclusión para el contrato en cuestión, con lo cual se refuerza la idea de que dicho negocio jurídico no debía incluir esas exorbitancias.

Adicionalmente, para ahondar en mayores razones en el sentido de que el contrato suscrito por *Electrocesar y Electricaribe* no debía incluir cláusulas exorbitantes, conviene señalar que, aun en el hipotético caso en que hubiesen solicitado la respectiva autorización ante la CREG, esta petición habría sido negada, por la siguiente razón.

Mediante concepto MMECREG-0433³⁸, la CREG fijó unos requisitos que deben contener las respectivas solicitudes para permitir la inclusión de exorbitancias en

³⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 16 de agosto de 2012, expediente No. 24.463, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

³⁸ Esto se consignó en el aludido concepto (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores): “Consideramos que el permitir la inclusión de este tipo de cláusulas es un asunto excepcional que se autorizará cuando las empresas solicitantes comprueben de manera fehaciente las siguientes circunstancias: - Que los acuerdos que se pretende sean cobijados con este tipo de cláusulas tengan relación directa con la prestación del servicio eléctrico a sus usuarios y que de no accederse a tal solicitud se ponga en peligro la continuidad y calidad en la prestación del mismo. - Que por no incluir este tipo de cláusulas se genere una parálisis o una afectación grave en la prestación de los servicios públicos que presta la empresa, tal como dispone el Artículo 14 de la ley 80 de 1993. - Que la normatividad privada no contemple mecanismos, o si los contempla son

los contratos suscritos por las empresas que prestan el servicio público de electricidad. El primero de ellos es el siguiente: “*Que los acuerdos que se pretende sean cobijados con este tipo de cláusulas tengan relación directa con la prestación del servicio eléctrico a sus usuarios y que de no accederse a tal solicitud se ponga en peligro la continuidad y calidad en la prestación del mismo*”. En este caso no se cumple con ese primer supuesto o requisito, toda vez que, de acuerdo con el objeto³⁹ del contrato celebrado entre Electrocesar y Electricaribe, se destaca que dicho negocio no tiene relación directa con la prestación del servicio eléctrico a usuarios, en cuanto consistió en la compra de activos *-bienes y derechos-*, lo cual nada tiene que ver con esas actividades directamente ligadas a la prestación del servicio público de electricidad, como lo son: la generación, la interconexión, la transmisión, la distribución y/o comercialización de electricidad, de conformidad con el ámbito de regulación de la Ley 143 de 1994.

Además, también hay que decir que el contrato de transferencia de activos celebrado por Electrocesar y Electricaribe⁴⁰ se rigió exclusivamente por las reglas

insuficientes o inaplicables, para que la empresa pueda incluir cláusulas que le garanticen la cumplida ejecución del contrato”. A lo anterior se agrega que, pese a que dicho concepto se expidió en 2002, con posterioridad a la celebración del contrato en cuestión, se trae a colación a manera de ilustración en esta providencia por su importancia, por cuanto en aquel se fijaron los criterios generales que deben contener las solicitudes con las que las empresas de servicios públicos pretendan la inclusión cláusulas exorbitantes sobre sus contratos

³⁹ **“CLAUSULA 1.2: OBJETO.- Por medio del presente Contrato ELECTROCESAR transfiere a ELECTRICARIBE, sujeto a la condición suspensiva indicada en la cláusula 6.1. (i) el derecho de dominio y la posesión que tiene y ejerce sobre los Inmuebles que se describen en el Anexo No. 2 del Contrato, incluyendo, sin limitación, todos los bienes, anexidades, accesorios, dependencias, mejoras y edificaciones que hagan parte de tales Inmuebles, (ii) la posesión que ejerce sobre los Inmuebles que se describen en el Anexo No. 4 del Contrato, incluyendo, sin limitación todos los bienes, anexidades, accesorios, dependencias, mejoras y edificaciones que hagan parte de tales Inmuebles, (iii) la totalidad de los derechos reales de servidumbre que aparecen relacionados en el Anexo No. 3 del Contrato, y (iv) el Porcentaje Objeto de Compraventa y el Porcentaje Objeto de Aporte en especie sobre el derecho de dominio y la posesión que tiene y ejerce sobre los Muebles incluyendo, sin limitación, todos sus componentes, mejoras y anexidades, todo lo anterior según se indica en los Capítulos 3 y 5. Por su parte, y sujeto a la misma Condición Suspensiva, ELECTRICARIBE se obliga (i) a pagar el precio que se indica en la Cláusula 3.2 en los términos y condiciones indicados en la Cláusula 3.4 (...) CLAUSULA 3.1: COMPRAVENTA.- Según se establece en la Cláusula 1.2 anterior ELECTROCESAR transfiere a ELECTRICARIBE a título de venta, sujeto a la Condición Suspensiva, (i) el derecho de dominio y la posesión que tiene y ejerce sobre los Inmuebles que se describen en el Anexo No. 2 del Contrato, incluyendo, sin limitación, todos los bienes, anexidades, accesorios, dependencias, mejoras y edificaciones que hagan parte de tales Inmuebles, (ii) la posesión que ejerce sobre los Inmuebles que se describen en el Anexo No. 4 del Contrato, incluyendo, sin limitación todos los bienes, anexidades, accesorios, dependencias, mejoras y edificaciones que hagan parte de tales Inmuebles, (iii) la totalidad de los derechos reales de servidumbre que aparecen relacionados en el Anexo No. 3 del Contrato, y (iv) el Porcentaje Objeto de Compraventa del derecho de dominio y la posesión que tiene y ejerce sobre cada uno de los Muebles incluyendo, sin limitación, todos sus componentes, mejoras y anexidades. Por su parte, ELECTRICARIBE se obliga a pagar el Precio que se indica en la Cláusula 3.2, pago que se hará en los términos y condiciones indicados en la Cláusula 3.4”** (se destaca) (folios 86 a 88 del cuaderno No. 1 del tribunal).

⁴⁰ Para la fecha en que dichas partes suscribieron el contrato, Electrocesar era una empresa de servicios públicos mixta, mientras que Electricaribe era una empresa de servicios públicos de carácter oficial (folio 86 del cuaderno No. 1 del tribunal).

del derecho privado, motivo adicional para señalar que no debía incluir las cláusulas exorbitantes previstas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, salvo que la CREG lo hubiera autorizado, lo cual no ocurrió en este caso. En efecto, esta relación negocial, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 39.3 de la Ley 142 de 1994⁴¹, se enmarca en aquellas que son especiales, por tratarse de un contrato “*para transferir la propiedad o el uso y goce de los bienes que destina especialmente a prestar los servicios públicos*”, al cual, según lo prevé el párrafo⁴² del artículo 39 *ibídem*, le aplica el derecho privado.

En conclusión, como el contrato de transferencia de activos celebrado por Electricaribe, empresa privada de SPD, no incluyó y no debía incluir cláusulas exorbitantes, el Despacho advierte que no se cumplieron los supuestos de la **regla especial de jurisdicción** consagrada en el numeral 3 del CPACA, de ahí que a esta jurisdicción no le corresponda el conocimiento del presente asunto y así se declarará de oficio.

Como consecuencia de lo expuesto, es claro que este asunto le compete a la jurisdicción ordinaria.

3. Consecuencias de la declaratoria de falta de jurisdicción en el caso concreto

⁴¹ “**Artículo 39. Contratos especiales.** Para los efectos de la gestión de los servicios públicos se autoriza la celebración, entre otros, de los siguientes contratos especiales (...) **39.3. Contratos de las entidades oficiales para transferir la propiedad o el uso y goce de los bienes que destina especialmente a prestar los servicios públicos;** o concesiones o similares; o para encomendar a terceros cualquiera de las actividades que ellas hayan realizado para prestar los servicios públicos; o para permitir que uno o más usuarios realicen las obras necesarias para recibir un servicio que las entidades oficiales estén prestando; o para recibir de uno o más usuarios el valor de las obras necesarias para prestar un servicio que las entidades oficiales estén prestando; o para pagar con acciones de empresas los bienes o servicios que reciban (...)” (se destaca).

⁴²“**PARÁGRAFO.** Salvo los contratos de que trata el numeral 39.1., todos aquellos a los que se refiere este artículo se regirán por el derecho privado (...)” (texto original, sin la modificación de la Ley 689 de 2001). Los contratos que prevé el artículo 39.1 son los “*contratos de concesión para el uso de recursos naturales o del medio ambiente*”.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 16 del CGP⁴³, en concordancia con el artículo 138 *ejusdem*⁴⁴, la jurisdicción y la competencia por el factor subjetivo o funcional son improrrogables y su ausencia le impone al juez el deber de declararlas de oficio o a petición de parte, con la precisión de que las actuaciones surtidas con anterioridad conservarán su validez, salvo la sentencia que se hubiere dictado, la cual se anulará y el proceso se remitirá inmediatamente al competente.

Como se advirtió de manera precedente, a esta jurisdicción no le correspondía el conocimiento de este asunto, sino a la jurisdicción ordinaria, razón por la cual, en esta oportunidad, se impone declarar la falta de jurisdicción. En los términos de las normas referidas, lo lógico es que todas las decisiones proferidas por el Tribunal Administrativo del Atlántico⁴⁵ conserven su validez y el expediente se remita a los Juzgados Civiles del Circuito de Barranquilla (reparto)⁴⁶, para continuar con el trámite correspondiente.

Dicha circunstancia evidencia una enorme contradicción, dado que la actuación que está pendiente por surtirse es la resolución del recurso de apelación contra el

⁴³ “Artículo 16. Prorrogabilidad e improrrogabilidad de la jurisdicción y la competencia. 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” (se resalta).

⁴⁴ “Artículo 138. Efectos de la declaración de falta de jurisdicción o competencia y de la nulidad declarada. 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 este. 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” (se destaca).

⁴⁵ El Tribunal dictó las siguientes decisiones: (i) mediante auto del 26 de junio de 2018 inadmitió la demanda; (ii) a través de auto del 12 de septiembre de 2018 rechazó la demanda y (iii) por auto del 12 de octubre de 2018 concedió, ante el Consejo de Estado, el recurso de apelación interpuesto contra el anterior proveído.

⁴⁶ El artículo 20 del Código General del Proceso, que regula lo concerniente a la competencia de los jueces civiles del circuito en primera instancia, establece que estos conocen de los procesos contenciosos de mayor cuantía. Según lo dispuesto en el artículo 25 *ibídem*, son de mayor cuantía los procesos que versen sobre pretensiones patrimoniales que exceden el equivalente a 150 SMLV, al momento de la pretensión de la demanda. A su vez, respecto de la competencia territorial, el artículo 28.1 del Código General del Proceso consagra: “1. En los procesos contenciosos, salvo disposición legal en contrario, es competente el juez del domicilio del demandado”. En ese sentido, como este es un proceso contencioso de mayor cuantía, en cuanto se pidió el reconocimiento de \$2.975'.444.764 -que supera con creces el equivalente a 150 SMLMV- y teniendo en cuenta que Electricaribe tiene domicilio en Barranquilla –ver certificado de existencia y representación legal que obra de folio 59 a folio 89 del cuaderno No. 1 del tribunal-, se impone concluir que los Juzgados Civiles del Circuito de Barranquilla son los competentes para conocer del presente asunto en primera instancia.

auto que rechazó la demanda interpuesta por la sociedad Innova Creative Law S.A.S y, como quedó visto, a los juzgados Civiles del Circuito les correspondería conocer el asunto, pero no podrían pronunciarse respecto de la impugnación ya presentada.

Lo anterior significa que, si el expediente se remite a los Juzgados Civiles del Circuito de Barranquilla (reparto), manteniendo incólume la decisión de rechazo de demanda proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, el juez civil del circuito no podría decidir la apelación que presentó la parte actora, afectándose el derecho al debido proceso y de acceso a la Administración de Justicia.

En efecto, tal y como lo ha señalado la Corte Constitucional, el derecho de acceso a la Administración de Justicia –*artículo 229 de la Constitución Política*– se traduce en la posibilidad que tienen las personas de acudir en condiciones de igualdad a los jueces para que se protejan sus intereses legítimos. Esta garantía no se agota en permitir el acceso al proceso y al recurso, sino que también comprende el derecho a obtener una decisión de fondo y a que esta se haga efectiva:

“6.6. Por razón de su vinculación directa con el debido proceso y con otros valores constitucionales como la dignidad, la igualdad y la libertad, el acceso a la administración de justicia se define también como un derecho medular, de contenido múltiple o complejo, cuyo marco jurídico de aplicación compromete, en un orden lógico: (i) el derecho de acción o de promoción de la actividad jurisdiccional, el cual se concreta en la posibilidad que tiene todo sujeto de ser parte en un proceso y de utilizar los instrumentos que allí se proporcionan para plantear sus pretensiones al Estado, sea en defensa del orden jurídico o de sus intereses particulares; (ii) el derecho a que la promoción de la actividad jurisdiccional concluya con una decisión de fondo en torno a las pretensiones que han sido planteadas; (iii) el derecho a que existan procedimientos adecuados, idóneos y efectivos para la definición de las pretensiones y excepciones debatidas; (iv) el derecho a que los procesos se desarrollen en un término razonable, sin dilaciones injustificadas y con observancia de las garantías propias del debido proceso y, entre otros, (v) el derecho a que subsistan en el orden jurídico una gama amplia y suficiente de mecanismos judiciales -acciones y recursos- para la efectiva resolución de los conflictos”⁴⁷ (se resalta).

En el escenario planteado, resulta evidente la trasgresión del derecho de acceso a la Administración de Justicia, porque, pese a que la parte actora tuvo la oportunidad de cuestionar la decisión que rechazó su demanda, remitir el expediente tal y como está a los Juzgados Civiles del Circuito de Barranquilla

⁴⁷ Corte Constitucional, sentencia C-426 de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

(reparto), conduciría a que aquella no obtenga una decisión de fondo respecto de los motivos de inconformidad planteados, toda vez que el juez de la jurisdicción ordinaria no se encuentra facultado para conocer de la apelación de una providencia dictada por una autoridad judicial de distinta naturaleza, como lo es el juez de lo contencioso administrativo, en este caso el Tribunal Administrativo del Atlántico.

Al respecto, conviene señalar que la interposición del recurso de apelación es una forma de materializar **los derechos de defensa y contradicción**⁴⁸ (debido proceso), pues permite que una decisión adoptada por una autoridad judicial sea revisada por otro funcionario, “*independiente e imparcial de la misma naturaleza y más alta jerarquía*”, con el propósito de que decisiones contrarias a los intereses de las partes “*tengan una más amplia deliberación con fines de corrección, permitiendo de esa forma enmendar la aplicación indebida que se haga por parte de la autoridad de la Constitución o la ley*”⁴⁹ (se destaca)..

Pues bien, como la aplicación literal de los artículos 16 y 138 del CGP conduciría a que todas las actuaciones adelantadas por el Tribunal Administrativo de Atlántico se remitan a los Juzgados Civiles del Circuito de Barranquilla (reparto), el Despacho, en virtud de lo dispuesto en el artículo 4 de la Constitución Política⁵⁰, le dará prevalencia a los derechos al debido proceso y de acceso a la Administración de Justicia de las partes y, como consecuencia, en ejercicio de la excepción de inconstitucionalidad, inaplicará en el caso concreto las frases “*lo actuado conservará validez*” y “*lo actuado conservará su validez*”, contenidas en las referidas disposiciones normativas⁵¹, por cuanto, se reitera, resulta un contrasentido que el juez de la jurisdicción ordinaria, en sede de primera instancia, resuelva la apelación de una providencia dictada por una autoridad judicial de otra jurisdicción.

De conformidad con lo anterior, y teniendo en cuenta la inaplicación de las frases arriba señaladas, el Despacho se encuentra facultado para invalidar el auto

⁴⁸ Corte Constitucional, sentencia C-037 de 1996. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; reiterada en sentencia C-337 de 2016. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁴⁹ Corte Constitucional, sentencia C-337 de 2016. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁵⁰ “Artículo 4. La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”.

⁵¹ “Artículo 16. Prorrogabilidad e improrrogabilidad de la jurisdicción y la competencia. (...), lo actuado conservará validez, salvo la sentencia que se hubiere proferido que será nula (...).”

“Artículo 138. Efectos de la declaración de falta de jurisdicción o competencia de la nulidad declarada. (...) lo actuado conservará su validez y el proceso se enviará de inmediato al juez competente; pero si se hubiere dictado sentencia, esta se invalidará”. (se destaca)

proferido por el Tribunal Administrativo del Atlántico, mediante el cual se rechazó la demanda presentada por la sociedad Innova Creative Law S.A.S., porque, como ya se dijo, mantenerla dentro del ordenamiento jurídico conllevaría a una violación de los artículos 29 y 229 de la Constitución Política.

Por consiguiente, se ordenará la remisión del expediente a la oficina de reparto de los Juzgados Civiles del Circuito de Barranquilla para que se pronuncie sobre la admisibilidad de la demanda de naturaleza contractual interpuesta por la sociedad Innova Creative Law S.A.S. para que, de acuerdo con la decisión que se adopte, las partes ejerzan sus derechos de defensa y contradicción, si así lo consideran, cuyas impugnaciones, siempre y cuando sean apelaciones, las resolverá el superior jerárquico, en este caso el Tribunal Superior del Distrito judicial de Barranquilla.

En mérito de lo expuesto, se

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR la falta de jurisdicción, por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: INAPLICAR, en ejercicio de la excepción de inconstitucionalidad y, para el caso concreto, las frases “*lo actuado conservará validez*” y “*lo actuado conservará su validez*”, contenidas en los artículos 16 y 138 del CGP, respectivamente.

TERCERO: INVALIDAR el auto del 12 de septiembre de 2018, proferido por el Tribunal Administrativo del Atlántico, mediante el cual se rechazó la demanda presentada por la sociedad Innova Creative Law S.A.S.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, **REMITIR** el expediente a la oficina de reparto de los Juzgados Civiles del Circuito de Barranquilla para que, en atención a las consideraciones y precisiones expuestas en precedencia, se imparta el trámite correspondiente.

QUINTO: COMUNICAR esta decisión al Tribunal Administrativo del Atlántico, junto con una copia de esta providencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

MAMG

Nota: se deja constancia de que esta providencia se suscribe en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI del Consejo de Estado, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar su integridad y autenticidad en el link <http://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081/Vistas/documentos/validador>.