

# REPÚBLICA DE COLOMBIA

## CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA- SUBSECCIÓN B

Bogotá DC, veinticinco (25) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

**Magistrado ponente:** FREDY IBARRA MARTÍNEZ  
**Expediente:** 25000-23-36-000-2014-00851-01 (60.777)  
**Actor:** CONSORCIO PANTANO ARCE II  
**Demandado:** DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA Y  
EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA  
**Medio de control:** CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

### SALVAMENTO DE VOTO

De manera respetuosa me aparté de lo decidido por la Sala en el asunto de la referencia porque consideró que el contrato materia de la litis era de derecho privado *“independientemente del régimen jurídico que tenía este contrato en el momento de su celebración”* (pág. 11), razonamiento que condujo a declarar la nulidad de los actos administrativos demandados por falta de competencia, sin que existiera fundamento para ello, según lo explico a continuación:

1) El régimen jurídico sustancial de los contratos es el vigente al momento de su celebración tal como lo dispone el artículo 38 de la Ley 153 de 1887, según el cual *“en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración”*.

2) El contrato número SOP-A-248 de 2007 fue inicialmente suscrito entre el Departamento de Cundinamarca y el Consorcio Pantano de Arce II con el siguiente objeto:

*“El CONTRATISTA se obliga a ejecutar para el DEPARTAMENTO mediante el sistema de precios unitarios, sin fórmula de reajuste, la ejecución de las obras relacionadas con el proyecto “CONSTRUCCIÓN ACUEDUCTOS Y ALCANTARILLADOS EN LOS MUNICIPIOS DE CUNDINAMARCA (CONSTRUCCIÓN EMBALSE SAN ANTONIO DE ARCE II, MUNICIPIO DE SUBACHOQUE).”* (cd. Fl. 763 cdno. 3 - mayúsculas fijas originales).

3) La parte contratante fue una *entidad estatal* de aquellas enlistadas en el literal a) del numeral 1) del artículo 2 de la Ley 80 de 1993 (departamento), por lo cual, según lo preceptuado en el artículo 1 *ibidem* le es aplicable el estatuto general de contratación pública.

4) La cesión de la posición contractual del Departamento de Cundinamarca en favor de una empresa de servicios públicos domiciliarios oficial no varió ni podía mutar el régimen del contrato ni las prerrogativas propias de este, tal como expresa e inequívocamente lo previeron y reconocieron las partes al momento de pactarla:

*“QUINTA. El CEDENTE responde por la existencia y validez del contrato de obra pública que se cede mediante el presente documento, así como de las garantías que existen con ocasión del contrato que se cede y que han sido constituidas por el contratista cedido. A la presente cesión le son aplicables los artículos 894 y 895 del Código de Comercio y todas las estipulaciones contenidas en el convenio interadministrativo existente entre CEDENTE y CESIONARIO que constituye la causa del presente documento.”* (mayúsculas fijas del original).

5) En ese contexto, el artículo 896 del Código de Comercio dispone que la cesión del contrato comprende la de todas las acciones, *“privilegios y beneficios propios de la naturaleza y condiciones del contrato”*, esto es, conlleva la transferencia de las prerrogativas derivadas del negocio, norma legal cuyo texto es como sigue:

***“ARTÍCULO 895. La cesión de un contrato implica la de las acciones, privilegios y beneficios legales inherentes a la naturaleza y condiciones del contrato; pero no transfiere los que se funden en causas ajenas al mismo, o en la calidad o estado de la persona de los contratantes. (fl. 553 cdno. 6 - se resalta).***

6) De acuerdo con lo expuesto, todas las prerrogativas pactadas en el contrato y aquellas propias de los contratos estatales se entienden cedidas en favor de Empresas Públicas de Cundinamarca SA ESP<sup>1</sup>, entidad pública descentralizada por servicios del

<sup>1</sup> Empresas Públicas de Cundinamarca SA ESP se constituyó mediante la escritura pública número 2069 de 19 de mayo de 2018 como *“sociedad por acciones, constituida como una Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios, del orden Departamental, de carácter oficial”* y su objeto principal es la prestación de servicios públicos en el departamento de Cundinamarca; sus socios al momento de la constitución fueron: (i) el Departamento de Cundinamarca, (ii) la Empresa de Licores de Cundinamarca, (iii) la Empresa Inmobiliaria Cundinamarquesa, (iv) la Lotería de Cundinamarca y (v) la Beneficencia de Cundinamarca.

En la escritura pública de constitución se pactó que la participación accionaria mínima del departamento de Cundinamarca deberá ser al menos del 51%, sin perjuicio de la posibilidad de realizar incrementos de capital y oferta de acciones a terceros. Así se pactó:

***“La Asamblea de Socios podrá disponer los aumentos del capital autorizado hasta por el valor que aquellos tengan, aumento de capital que será preferente a sus accionistas. Para el ingreso de nuevos socios, las acciones podrán ser ofrecida a particulares, entidades públicas, municipios o Empresa de Servicios Públicos, que no participaron en la constitución de la sociedad; de tal manera que la participación accionaria del Departamento de Cundinamarca se mantenga como mínimo en un cincuenta y uno por ciento el 51% (sic).”*** (se resalta).

orden departamental y, por ende, el régimen sustancial que gobierna el contrato materia de la litis no mutó ni se transformó con ocasión de la cesión, es más, no podía suceder ello por el solo hecho de la figura de la cesión realizada.

7) En ese orden de ideas, contrario a lo decidido por la Sala se tiene, por una parte, que el régimen del contrato no es de derecho privado porque no fue celebrado por una

empresa de servicios públicos domiciliarios y, en tal virtud, no es aplicable a este caso el artículo 31 de la Ley 142 de 1994 y, por otra, la cesión lleva ínsita la totalidad de privilegios y prerrogativas propios de la naturaleza del contrato y aquellas que expresamente se pactaron; aceptar lo contrario implicaría entender que el régimen del contrato varió como producto de la cesión, lo cual es contrario a la ley.

8) Las prerrogativas unilaterales propias del estatuto de contratación son reconocidas por la ley en razón de la naturaleza del contrato y sus finalidades inescindiblemente atadas al cumplimiento de los fines del Estado y no por motivo de la naturaleza de la entidad contratante; adicionalmente, las facultades unilaterales pactadas expresamente también se transfieren como producto de la cesión por tratarse de las condiciones acordadas por los extremos contratantes en ejercicio de su autonomía, coadyuvado por el hecho especialmente relevante de que el acto de cesión se hizo en favor de una persona jurídica pública que, en los términos del artículo 2, numeral 1, literal a) de la Ley 80 de 1993 es igualmente *entidad estatal*.

9) De conformidad con lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993 son “*entidades estatales*” todas aquellas, sin importar su denominación, en las que exista participación pública mayoritaria, en todos los órdenes y niveles<sup>2</sup>, por lo cual no es posible afirmar que la naturaleza jurídica de Empresas Públicas de Cundinamarca SA ESP, empresa

<sup>2</sup> Ley 80 de 1993, “*artículo 2. Para los solos efectos de esta ley:*

*1o. Se denominan entidades estatales:*

*a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.” (se resalta).*

oficial descentralizada del orden departamental, resulte incompatible con el ejercicio de las prerrogativas que le fueron cedidas; cosa distinta es que a los contratos que esta celebre directamente se les aplica el derecho privado por expresa disposición legal.

10) Por consiguiente, se impone concluir que el contrato al que se refieren los hechos de la demanda y sobre el cual versa esta controversia se rige integralmente por el estatuto general de contratación pública y, en consecuencia, las decisiones demandadas no estaban viciadas por falta de competencia porque bien podían ejercerse las facultades previstas en la Ley 80 de 1993 como lo hizo la contratante, razón por la cual la decisión aprobada por la mayoría de la Sala no corresponde a la

expresa normatividad que regula la materia.

**FREDYIBARRAMARTÍNEZ**  
**Magistrado**  
**(Firmado electrónicamente)**

*Constancia. El presente salvamento de voto fue firmado electrónicamente por el magistrado en la plataforma SAMAI, en consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta de conformidad con los artículos 1 y 2 de la Ley 2213 de 2022.*