



Santander de Quilichao (Cauca), 13 de enero de 2022

Señora

JUEZA SEGUNDA CIVIL DEL CIRCUITO SANTANDER DE QUILICHAO (C.)

E. S. D.

Vía correo electrónico: j02cctosquil@cendoj.ramajudicial.gov.co

PROCESO	Ejecutivo Singular
EXPEDIENTE	19-698-31-12-002-2020-00060-00
DEMANDANTE	COMPAÑÍA ENERGÉTICA DE OCCIDENTE S.A.S. E.S.P
DEMANDADO	MUNICIPIO DE SANTANDER DE QUILICHAO, CAUCA
ASUNTO	Recurso de reposición contra auto de fecha 14 de diciembre de 2021

VERÓNICA GONZÁLEZ LEHMANN, mayor de edad, domiciliada en la ciudad de Cali, identificada con cédula de ciudadanía No. 67.002.218 y tarjeta profesional de abogado No. 117.517 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando en calidad de apoderada judicial del **MUNICIPIO DE SANTANDER DE QUILICHAO (CAUCA)**, como consta en el poder que se adjunta (Prueba No. 1), estando dentro del término legal para el efecto, de la manera más respetuosa me permito interponer recurso de reposición en contra del auto que admitió la reforma de la demanda y libró mandamiento de pago proferido por su Despacho el catorce (14) de diciembre de 2021, cuya notificación se entiende surtida el día trece (13) de enero de 2022, en los siguientes términos.

CAPÍTULO I SUSPENSIÓN DE TÉRMINOS

La interposición del presente recurso tiene el efecto de interrumpir el término concedido en el mandamiento ejecutivo de pago para que mi representada pague la obligación reclamada o, en su defecto, proponga excepciones de mérito y presente los argumentos y solicitudes de pruebas a que haya lugar.

El artículo 118 del Código General del Proceso establece que *“Cuando se interpongan recursos contra la providencia que concede el término, o del auto a partir de cuya notificación debe correr un término por ministerio de la ley, este se interrumpirá y comenzará a correr a partir del día siguiente al de la notificación del auto que resuelva el recurso”*. (subrayas fuera de texto).

En el remoto evento en que el Mandamiento de Pago subsista al presente recurso, los mencionados términos únicamente empezarán a correr al día siguiente a la notificación del auto que resuelva el presente recurso, para lo cual se tendrá en cuenta lo dispuesto en el Decreto 860 de 2020.

**CAPÍTULO II
LA PROVIDENCIA IMPUGNADA**

El auto que a través del presente escrito se impugna, es la providencia No. 217 de fecha catorce (14) de diciembre de 2021, notificado por estado del dieciseis (16) de diciembre de 2021, por medio del cual admitió la reforma de la demanda, se ordenó correr traslado al demandado y se estableció que la demandada podría ejercitar las mismas facultades que tenía inicialmente, así:

“2. Dar traslado al ente demandado MUNICIPIO DE SANTANDER DE QUILICHAO CAUCA, a través de su alcadesa, por mitad del término inicial, que correrá pasados tres (3) días desde la notificación (para ello enviar e link del expediente digital, en el cual se encuentra el escrito de la reforma)

“TERCERO (3) CORRER traslado de este mandamiento de pago al ente territorial demandado, en la forma prevista en el Art. 91 ibídem. Empleando la virtualidad.¹ Advirtiéndole que tienen un término de cinco (5) días para pagar y diez (10) días para proponer excepciones si a bien lo tienen, términos que corren simultáneamente desde el día siguiente al traslado respectivo”.

3. El demandado podrá ejercitar las mismas facultades que tenía inicialmente”.

En consecuencia, se presenta recurso de reposición contra el mandamiento de pago proferido en contra de mi representada por la supuesta deuda por concepto de capital de suministro de energía eléctrica con destino al Alumbrado Público y establecimientos municipales (Sector Educación: colegios, escuelas, institutos, e instituciones educativas, centros docentes, núcleos escolares, etc; Sector Oficial: Bodegas, Polideportivos, Zona de Carreteras, Coliseo de Ferias, Concejo Municipal, Oficinas Municipales, Alcaldía, Obras Públicas, Concentración de Desarrollo, Secretaría de Tránsito y Transporte, Juntas de Acción Comunal, etc; Puestos y Centros de Salud; e Inspecciones de Policía Municipal) ubicados tanto en zona rural como en el casco urbano, durante los periodos mensuales comprendidos desde el primero (01) de abril de 2015 al treinta y uno (31) de diciembre de 2019 más sus respectivos intereses moratorios.

**CAPÍTULO III
OPORTUNIDAD DE PRESENTAR EL RECURSO**

El presente recurso se presenta oportunamente dentro del término legal el cual vence el día catorce (14) de enero de 2022, teniendo en cuenta que la notificación de la providencia se realizó por estado del dieciseis (16) de diciembre de 2021 y surtiría efectos el tercer día de la notificación, días que corresponden al 11, 12 y 13 de enero de 2022, en tanto el 17 de diciembre fue el día de la rama judicial y no se cuentan términos y el 19 de diciembre de 2021 inició la vacancia judicial hasta el 10 de enero de 2022.

**CAPÍTULO IV
FUNDAMENTOS DEL RECURSO**

El inciso final del artículo 430 del Código General del Proceso, dispone:

“Los requisitos formales del título ejecutivo sólo podrán discutirse mediante recurso de reposición contra el mandamiento ejecutivo. No se admitirá ninguna controversia sobre los requisitos del título que no haya sido planteada por medio de dicho recurso. En consecuencia, los defectos formales del título ejecutivo no podrán reconocerse o declararse por el juez en la sentencia o en el auto que ordene seguir adelante la ejecución, según fuere el caso”.

Así mismo, el numeral tercero del artículo 442 del Código General del Proceso, establece que “los hechos que configuren excepciones previas deberán alegarse mediante reposición contra el mandamiento de pago.”

En atención a las normas antes transcritas, se pasa a exponer los fundamentos o motivos por los cuales el mandamiento ejecutivo de pago debe ser revocado y la demanda rechazada:

1. Inexistencia del título ejecutivo para el cobro de la energía suministrada con destino al alumbrado público y semaforización. La acción ejecutiva pretende ser sustentada en títulos ejecutivos complejos que no cumplen con los elementos de Ley

Dado que a través de los procesos ejecutivos, como el que nos ocupa, se persigue el pago de obligaciones claras, expresas y exigibles, la presentación de un título valor o título ejecutivo constituye un requisito *sine qua non* para que pueda proferirse una orden de pago en contra del demandado y, en este caso, específico, se requiere de un título ejecutivo complejo el cual no se acreditó por la parte demandante, como se probará en este proceso.

La diferencia entre títulos ejecutivos simples y complejos ha sido explicada por la jurisprudencia constitucional a partir del desarrollo de elementos formales y sustanciales, así:

“De estas normas se deriva que los títulos ejecutivos deben gozar de dos tipos de condiciones: formales y sustanciales.

Las primeras exigen que el documento o conjunto de documentos que dan cuenta de la existencia de la obligación “(i) sean auténticos y (ii) emanen del deudor o de su causante, de una sentencia de condena proferida por el juez o tribunal de cualquier jurisdicción, o de otra providencia judicial que tenga fuerza ejecutiva conforme a la ley, o de las providencias que en procesos contencioso administrativos o de policía aprueben liquidación de costas o señalen honorarios de auxiliares de la justicia, o de un acto administrativo en firme.”

Desde esta perspectiva, el título ejecutivo puede ser singular, esto es, estar contenido o constituido en un solo documento, o complejo, cuando la obligación está contenida en varios documentos.

Las segundas, exigen que el título ejecutivo contenga una prestación en beneficio de una persona. Es decir, que establezca que el obligado debe observar a favor de su acreedor una conducta de hacer, de dar, o de no hacer, que debe ser clara, expresa y exigible. Es clara la obligación que no da lugar a equívocos, en otras palabras, en la que están identificados el deudor, el acreedor, la naturaleza de la obligación y los factores que la determinan. Es expresa cuando de la redacción misma del documento, aparece nitida y manifiesta la obligación. Es exigible si su cumplimiento no está sujeto a un plazo o a una condición, dicho de otro modo, si se trata de una obligación pura y simple ya declarada”.

En materia de servicios públicos, la jurisprudencia ha sostenido que, para el cobro vía ejecutiva de las facturas, se requiere la constitución de un título ejecutivo complejo que debe estar compuesto así:

“Conforme al criterio que ha sostenido la Sala, las facturas de servicios públicos y de alumbrado público para que integren un título ejecutivo y por lo tanto presten mérito ejecutivo deben cumplir con los siguientes requisitos: a) La factura de cobro debe ser expedida por la empresa de servicios públicos y firmada por el representante legal;

¹ Corte Constitucional. Sentencia T-747 de 2013.

b) La factura debe cumplir con las exigencias establecidas en el artículo 148 de la ley 142 de 1994; c) La factura debe ponerse en conocimiento del suscriptor y/o usuario, y d) Debe adjuntarse con la factura de cobro, el contrato de servicios públicos para establecer si el título ejecutivo es idóneo.² (subrayas fuera de texto)

En este mismo sentido se pronunció el Consejo de Estado, al sostener:

“Al respecto, prudente es recordar la jurisprudencia emitida por la Sesión Tercera del Consejo de Estado, jurisdicción anteriormente encargada del conocimiento de este tipo de ejecuciones, según la cual:

«En lo que respecta a los procesos ejecutivos derivados de los contratos de prestación de servicios públicos domiciliarios, el título para la ejecución lo conforman el contrato de prestación de servicios o de condiciones uniformes y la factura respectiva, en una interpretación sistemática de los artículos 128, 130 y 148 de la ley 142 de 1994, tal como lo sostuvo la sala en providencia del 89 de octubre de 1997, expediente 12.684.

Igual suerte corren los contratos, convenios o acuerdos que celebren las empresas prestadoras de servicios públicos con los municipios para la prestación de servicios públicos con los municipios para la prestación de alumbrado público, el cual por consiguiente debe acompañarse de la factura del servicio, cuando se pretenda demandar ejecutivamente su cobro. (Auto de 7 de marzo de 2001. Exp. 17001-23-31-000-2001-00337-01 (21503))³ (Subrayas fuera de texto)

Con el mayor de los respetos solicito a la señora Juez que se aparte de la posición adoptada por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de tutela STL14842-2017 del 6 de septiembre de 2017 y del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, Sala Civil Familia, en sentencia del 8 de mayo de 2017, como eventuales antecedentes del caso en estudio, por las razones en derecho que se pasan a explicar a continuación:

Las facturas que se presentan para su cobro en este proceso obedecen a dos conceptos de servicio diferentes. Se pretende cobrar: (a) por una parte, el suministro de energía eléctrica con destino al alumbrado público; y, (b) por otra parte, el suministro de energía eléctrica domiciliaria para los establecimientos municipales. Esta diferencia es fundamental para el análisis de la existencia o no del título ejecutivo complejo y su aporte al presente proceso, sobre todo para acreditar, conforme a la ley y a la jurisprudencia, que el servicio de energía eléctrica con destino al alumbrado público no puede tener como origen contractual el contrato de condiciones uniformes, tal como lo pretende el accionante y lo aceptó el juzgado en el mandamiento de pago que se recurre, adoptando la posición errónea del Tribunal Superior de Popayán y de la Sala Familia de la Corte Suprema de Justicia.

Del suministro de energía con destino al alumbrado público:

La actividad de suministro de energía pública con destino al alumbrado público se define como “...el suministro de energía eléctrica destinado a la prestación del Servicio de Alumbrado Público que el

² Sentencia Consejo de Estado, Sección Tercera, C.P: Dr. German Rodríguez Villamizar, Expediente 44001-23-31-000-2000-0402-01(22235), Auto del doce (12) de septiembre de dos mil dos (2002), demandante Electricaribe S.A.E.S.P. y demandado Municipio de Urumita

³ Sentencia Corte Suprema de Justicia 6970 del 7 de mayo de 2017, M.P: Dr. Ariel Salazar Ramírez, Radicación 11001-02-03-000-2017-01102-00

municipio y/o distrito contrata con una empresa comercializadora de energía mediante un contrato bilateral para dicho fin⁴. (marcas fuera de texto)

El contrato bilateral al que hace referencia la anterior definición, es el “contrato de suministro de energía para el Alumbrado Público [que] corresponde al contrato bilateral suscrito entre el municipio o distrito con las empresas comercializadoras de energía eléctrica⁵” y debe cumplir con la regulación expedida por la Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG) y garantizar la libre concurrencia de los oferentes en igualdad de condiciones⁶.

A su vez, el Servicio de Alumbrado Público, se definió por la regulación y la jurisprudencia, como:

“...el servicio público no domiciliario que se presta con el objeto de proporcionar exclusivamente la iluminación de los bienes de uso público y demás espacios de libre circulación con tránsito vehicular o peatonal, dentro del perímetro urbano y rural de un municipio o distrito. El servicio de alumbrado público comprende las actividades de suministro de energía al sistema de alumbrado público, la administración, la operación, el mantenimiento, la modernización, la reposición y la expansión del sistema de alumbrado público.

La iluminación de las zonas comunes en las unidades inmobiliarias cerradas o en los edificios o conjuntos residenciales, comerciales o mixtos, sometidos al régimen de propiedad respectivo, no hace parte del servicio de alumbrado público y estará a cargo de la copropiedad o propiedad horizontal. También se excluyen del servicio de alumbrado público la iluminación de carreteras que no estén a cargo del municipio o distrito.” (marcas fuera de texto)

Se observa que los fallos del Tribunal del Distrito Judicial de Popayán y de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, han dado al artículo 130 de la ley 142 de 1994 un alcance que el mismo no tiene. Esta norma dispone:

“Artículo 130. Partes del Contrato. Son partes del contrato la empresa de servicios públicos, el suscriptor y/o usuario.

El propietario o poseedor del inmueble, el suscriptor y los usuarios del servicio son solidarios en sus obligaciones y derechos en el contrato de servicios públicos.

Las deudas derivadas de la prestación de los servicios públicos podrán ser cobradas ejecutivamente ante la jurisdicción ordinaria o bien ejerciendo la jurisdicción coactiva por las empresas industriales y comerciales del Estado prestadoras de servicios públicos. La factura expedida por la empresa y debidamente firmada por el representante legal de la entidad prestará mérito ejecutivo de acuerdo con las normas del Derecho Civil y Comercial. Lo prescrito en este inciso se aplica a las facturas del servicio de energía eléctrica con destino al alumbrado público. El no pago del servicio mencionado acarrea para los responsables la aplicación del artículo que trata sobre los “deberes especiales de los usuarios del sector oficial”.

La norma transcrita establece que lo prescrito en el artículo aplica a las facturas del servicio de energía eléctrica con destino al alumbrado público, motivo por el cual se hace necesario dilucidar qué es lo prescrito por el artículo respecto de la factura. En primer lugar (i) la norma establece el cobro ejecutivo

⁴ Artículo 3 Resolución CREG 123 de 2011

⁵ Artículo 2 Decreto 2424 de 2006 y artículo 3 Resolución CREG 123 de 2011

⁶ Artículo 7 del Decreto 2424 de 2006

⁷ Artículo 3 Resolución CREG 123 de 2011

de las deudas por servicios públicos; y, en segundo lugar (ii) la norma establece que la factura expedida por la empresa – entiéndase el comercializador de energía- firmada por el representante legal presta mérito ejecutivo. La norma en ningún momento hace extensivo al suministro de la energía con destino al alumbrado público, la modalidad y naturaleza del contrato de condiciones uniformes (consensual, por adhesión, uniforme), ni las partes del contrato, ni la solidaridad entre el usuario final y el propietario del inmueble porque dichas categorías específicas no corresponden al contrato de suministro del servicio de alumbrado público, sino que son propias del contrato de condiciones uniformes que se celebra entre la empresa y un propietario, suscriptor o usuario que recibe el servicio en una vivienda, establecimiento de comercio o fábrica o empresa con actividad industrial pero NO con destino a la iluminación de parques, vías, espacios públicos y en donde la relación empresa-municipio se enmarca en un contrato de suministro de energía bilateral, de libre discusión de cláusulas, heterogeneidad de condiciones y términos según negociación del contrato, y solemne pues para su perfeccionamiento se requiere que se celebre por escrito.

En cuanto al suministro de energía no domiciliario, el artículo 42 de la Ley 143, establece:

“Las transacciones de electricidad entre empresas generadoras, entre distribuidoras, entre aquéllas y éstas y entre todas ellas y las empresas dedicadas a la comercialización de electricidad y los usuarios no regulados, son libres y serán remuneradas mediante los precios que acuerden las partes. Se incluyen en este régimen las transacciones que se realicen a través de interconexiones internacionales. Las ventas de electricidad a usuarios finales regulados serán retribuidas sin excepción, por medio de tarifas sujetas a regulación. Las compras de electricidad por parte de las empresas distribuidoras de cualquier orden deberán garantizar, mediante contratos de suministro, el servicio a los usuarios atendidos directamente por ellas, por el término que establezca la Comisión de Regulación de Energía y Gas. Tales contratos se celebrarán mediante mecanismos que estimulen la libre competencia y deberán establecer, además de los precios, cantidades, forma, oportunidad y sitio de entrega, las sanciones a que estarán sujetas las partes por irregularidades en la ejecución de los contratos y las compensaciones a que haya lugar por incumplimiento o por no poder atender oportunamente la demanda. PARÁGRAFO. Las personas contratantes enviarán mensualmente a la Comisión de Regulación de Energía y Gas la información relativa a los contratos celebrados.” (marcas fuera de texto).

En cuanto a la tarifa del comercializador para el cobro del servicio de energía con destino al alumbrado público tampoco puede ser aquella que se establece en los CCU, en tanto, como lo ordena la misma norma, dicha tarifa está sometida a un régimen de libre negociación entre las empresas comercializadoras y los municipios o distritos. La misma norma, establece cómo calcular la tarifa máxima en caso que no haya habido acuerdo entre el municipio y el comercializador, tal como está regulado en los artículos 8 del Decreto 2424 de 2006 y 10 y 12 de la Resolución CREG 123 de 2011.

Vale la pena citar a la Comisión de Regulación de Energía y Gas (en adelante la “CREG”), quien siendo consultada por la suscrita, mediante respuesta a un derecho de petición (Prueba No. 2), aclaró que la relación jurídica para el suministro de energía con destino al alumbrado público NO se rige por el Contrato de Condiciones Uniformes, pues respecto de éste y el contrato de suministro de energía con destino al alumbrado público, la ley y la regulación preveen una clara distinción entre ellos, así:

“ La Ley 1150 de 2007 establece que debe existir un contrato para el suministro de energía eléctrica para el alumbrado público, independiente de los contratos de inversiones y AOM.

• La regulación establece que la tarifa de suministro de energía eléctrica para el servicio de alumbrado público está sometida a un régimen de tarifas de libre negociación entre las empresas comercializadoras de energía eléctrica y los municipios y/o distritos.

• El municipio o distrito debe velar por que el proceso contractual y la suscripción del documento respectivo se realicen con la suficiente antelación y en la cantidad de energía necesaria, con el objetivo de evitar las fluctuaciones de los precios de la bolsa de energía.

• En el proceso de compra de energía con destino al servicio de alumbrado público, no existe obligación regulatoria de contratar la prestación de este servicio exclusivamente con el comercializador incumbente asociado con el operador de red del municipio.

• El Contrato de Condiciones Uniformes está establecido en el artículo 128 de la Ley 142 de 1994 de la siguiente manera: "Es un contrato uniforme, consensual, en virtud del cual una empresa de servicios públicos los presta a un usuario a cambio de un precio en dinero, de acuerdo a estipulaciones que han sido definidas por ella para ofrecerlas a muchos usuarios no determinados".

El contrato de condiciones uniformes es un contrato de adhesión, en el cual pueden existir estipulaciones especiales, pero en todo caso implica la prestación del servicio público domiciliario en los términos y condiciones establecidas por la empresa a cualquier persona capaz de contratar que habite o utilice de modo permanente un inmueble.

Conforme lo anterior, y habiendo aclarado la naturaleza y características que diferencian el Contrato de Suministro de energía con destino al alumbrado público del Contrato de Condiciones Uniformes, esta Comisión no considera procedente adoptar regulación diferencial para el contrato de suministro de energía entre un comercializador y una entidad oficial, por cuanto la misma ley y regulación ya prevén una distinción entre estos dos tipos de contratos.⁸

En este orden de ideas se concluye que el suministro de energía eléctrica con destino al alumbrado público es un servicio público no domiciliario, que tiene por objeto la iluminación de los bienes de uso público y demás espacios de tránsito vehicular o peatonal de municipios o distritos, que se materializa en un contrato bilateral pactado entre el ente territorial y el comercializador de energía eléctrica, que dicho contrato debe cumplir con la regulación de la CREG y está sujeto a las leyes 142 y 143 de 1994 en lo que corresponde como servicio consubstancial y conexo al servicio público domiciliario de energía eléctrica.

Por lo anterior, el artículo 130 de la ley 142 de 1994 se debe entender en su contexto y no caprichosamente ser ajustado de manera forzada a una situación que no prevee la legislación, como lo es pretender que la relación entre un comercializador de energía eléctrica y un ente territorial por el suministro de energía eléctrica con destino al alumbrado público se rija por el Contrato de Condiciones Uniformes (CCU) que además de ser un contrato de adhesión, es decir, impuesto por el comercializador, está diseñado para regular relaciones jurídicas masivas con usuarios finales residenciales que lejos están de corresponder a las relaciones para el suministro de energía con destino al alumbrado público, en las que no existe un usuario final.

⁸ Concepto CREG con radicación S-2021-004650 y referencia E-2021-010453 del 26 de octubre de 2021 y concepto CREG 1934 de mayo 6 de 2021

Tan es así, que los CCU aportados por el demandante como supuesta prueba del título ejecutivo complejo, ni siquiera hacen mención al suministro de energía con destino al alumbrado público y sería desnaturalizar el contrato y su régimen aplicable, el seguir manteniendo la posición según la cual, a falta de contrato de suministro de energía con destino al alumbrado público, el comercializador puede simple y sencillamente sostener jurídicamente que la relación de la prestación del servicio no domiciliario de suministro de energía con destino al alumbrado público se rija por el CCU. El servicio público domiciliario de energía eléctrica tiene otro destino, otra regulación, otros usuarios, como se pasa a explicar.

Del servicio público domiciliario de de energía eléctrica:

El servicio de energía eléctrica domiciliario es definido por el artículo 14.25 de la Ley 142 de 1994, así:

“14.25. Servicio público domiciliario de energía eléctrica. Es el transporte de energía eléctrica desde las redes regionales de transmisión hasta el domicilio del usuario final, incluida su conexión y medición. También se aplicará esta Ley a las actividades complementarias de generación, de comercialización, de transformación, interconexión y transmisión”.

El artículo 128 de la Ley 142 de 1994, regula la categoría de contrato de servicios públicos y reconoce la existencia de contratos de condiciones uniformes para la prestación de los servicios públicos domiciliarios, respecto de los cuales se pueden pactar cláusulas especiales; y, contratos especiales para las actividades conexas o consubstanciales a los servicios públicos domiciliarios e incluso contratos estatales.

La norma dispone:

“Artículo 128. Contrato de servicios públicos. Es un contrato uniforme, consensual, en virtud del cual una empresa de servicios públicos los presta a un usuario a cambio de un precio en dinero, de acuerdo a estipulaciones que han sido definidas por ella para ofrecerlas a muchos usuarios no determinados.

Hacen parte del contrato no solo sus estipulaciones escritas, sino todas las que la empresa aplica de manera uniforme en la prestación del servicio. Existe contrato de servicios públicos aún cuando algunas de las estipulaciones sean objeto de acuerdo especial con uno o algunos usuarios.

Los contratos entre quienes presten el servicio de larga distancia nacional e internacional y sus usuarios se someterán a las reglas del contrato de servicios públicos que contiene esta Ley. Las comisiones de regulación podrán señalar, por vía general, los casos en los que el suscriptor podrá liberarse temporal o definitivamente de sus obligaciones contractuales, y no será parte del contrato a partir del momento en que acredite ante la empresa, en la forma en que lo determinen las comisiones, que entre él y quienes efectivamente consumen el servicio existe actuación de policía o proceso judicial relacionado con la tenencia, la posesión material o la propiedad del inmueble. En estos casos se facilitará la celebración del contrato con los consumidores”.

El artículo 4^º de la Resolución CREG 108 de 1997, en el que el demandante fundamenta que es el CCU el documento que complementa la factura para constituir el título ejecutivo complejo, reitera el

⁹ Artículo 4^º. Contrato de servicios públicos. De conformidad con el artículo 128 de la ley 142 de 1994, es un contrato uniforme, consensual, en virtud del cual una empresa de servicios públicos los presta a un usuario a cambio de un precio en dinero, de acuerdo a estipulaciones que han sido definidas por ella para ofrecerlas a muchos usuarios no determinados.

concepto que de contrato de servicios públicos establece el artículo 128 de la Ley 142 de 1994, sin que por ello se pueda entender que ese concepto aplica al contrato de suministro de energía con destino al alumbrado público, por lo cual el demandante yerra en su interpretación.

Es importante aclarar, con fundamento en lo sostenido por la Corte Constitucional, que aunque existe conexidad entre el servicio de energía eléctrica domiciliario (relación entre el comercializador y el usuario final) y el servicio de energía eléctrica con destino a alumbrado público (relación entre el comercializador y el municipio), siendo éste último consubstancial y una especie del primero, ambos tienen regímenes diferentes, sobre todo en lo relacionado con el destino de la energía, los usuarios y las figuras contractuales aplicables a cada caso. Sobre este particular, la mencionada Corte ha dicho:

“...En efecto, mientras que en el servicio público de energía eléctrica ésta llega al domicilio, en el alumbrado público tiene como destino final las vías y espacios públicos del municipio. Sin embargo, para que ambos efectos se produzcan no sólo son igualmente necesarias sino que se ejecutan y comparten las mismas actividades de generación, transmisión, interconexión y distribución de energía. En este sentido es de observar cómo, en la venta de energía que hace la empresa distribuidora o comercializadora al municipio, a fin de prestar el servicio de alumbrado público, está implícita la actividad complementaria de distribución y comercialización de energía eléctrica.

*De este modo, es claro que el alumbrado público constituye un servicio consubstancial al servicio público domiciliario de energía eléctrica, convirtiéndose así en especie de este último. No en vano se denomina servicio de energía eléctrica **con destino** al alumbrado público, **sin perjuicio de las marcadas diferencias entre uno y otro, especialmente en relación con los usuarios y las figuras contractuales a través de las cuales se prestan ambos servicios públicos,**^[6] **a más de la destinación de los mismos, como se vio anteriormente.**” (marcas fuera de texto).*

Sobre las diferencias entre las figuras contractuales a las que hace referencia la Corte en la citada sentencia, me permito transcribir el llamado a pie de página No. 6, que dice:

“El de energía eléctrica es un contrato de servicios públicos “uniforme, consensual, en virtud del cual una empresa de servicios públicos los presta a un usuario a cambio de un precio en dinero, de acuerdo a estipulaciones que han sido definidas por ella para ofrecerlas a muchos usuarios no determinados”, en términos del artículo 128 de la Ley 142 de 1994. Por su parte, el de alumbrado público es un contrato donde predomina la libertad de condiciones fijadas de manera conjunta entre las partes.”

Diferencias que han sido también referenciadas por la CREG en el concepto CREG E-2021-10453 del 26 de octubre de 2021, cuyos apartes pertinentes ya fueron transcritos y el cual se aporta como Prueba No. 2.

En este orden de ideas, para que las facturas presentadas por la CEO en esta acción para el cobro del suministro de energía con destino al alumbrado público presten mérito ejecutivo deben ir acompañadas del contrato de suministro de energía celebrado entre la CEO y el Municipio de Santander de Quilichao, lo cual no fue aportado al presente proceso.

Hacen parte del contrato no solo sus estipulaciones escritas, sino todas las que la empresa aplica de manera uniforme en la prestación del servicio. Existe contrato de servicios públicos aún cuando algunas de las estipulaciones sean objeto de acuerdo especial con uno o algunos usuarios.

En el auto de mandamiento de pago el Juzgado reconoce que para el cobro de las facturas se requiere de la constitución de un título ejecutivo complejo y aduce que dicho título está conformado por (i) las facturas de servicio público; (ii) el contrato de condiciones uniformes allegado por el demandante; y, (iii) contrato de servicios públicos.

Sin embargo, existe una inducción a error en la configuración del título ejecutivo complejo, en tanto como lo ha reconocido la jurisprudencia con fundamento en la ley, el contrato que acompaña a la factura para el cobro de las eventuales deudas por concepto de suministro de energía con destino al alumbrado público, es el contrato de suministro de que trata el artículo 42 de la Ley 143, el artículo 2 Decreto 2424 de 2006 y el artículo 3 Resolución CREG 123 de 2011 y no el CCU establecido por el artículo 128 de la Ley 142.

Se solicita al despacho tener en cuenta los nuevos elementos que se presentan en este caso y que le permiten al juzgador apartarse del fallo del Tribunal de Popayán, que con el mayor respeto por la Corporación, no se ajusta a la normatividad que regula la prestación del servicio no domiciliario de suministro de energía con destino al alumbrado público.

Dado que en el caso que nos ocupa el demandante no aportó el contrato de suministro de energía eléctrica con destino al Alumbrado Público, y por tanto, no acreditó el cumplimiento de los requisitos formales y sustanciales del título ejecutivo, **por lo cual el trámite del presente proceso ejecutivo se torna improcedente debiendo el Despacho revocar el Mandamiento de Pago y, en consecuencia, rechazar la demanda.**

2. La obligación contenida en las facturas no es actualmente exigible pues está sujeta a condición suspensiva. Falta de requisitos sustanciales del título ejecutivo.

En el presente caso, no se presentan todos los elementos esenciales o sustanciales del título ejecutivo, por cuanto la obligación no es actualmente exigible, como se pasa a explicar.

La doctrina ha desarrollado cada uno de los requisitos esenciales de los títulos ejecutivos, en los siguientes términos:

“La obligación es expresa cuando aparece manifiesta de la redacción misma del contenido del título, sea que consista ésta en un solo documento o en varios que se complementen formando una unidad jurídica. Faltará este requisito cuando se pretenda deducir la obligación por razonamientos lógicos jurídicos, considerándola una consecuencia implícita o una interpretación personal indirecta. (...)

“La obligación es clara cuando además de expresa aparece determinada en el título en cuanto a su naturaleza y sus elementos (objeto, término o condición y si fuere el caso su valor líquido o liquidable por simple operación aritmética), en tal forma que de su lectura no quede duda seria respecto a su existencia y sus características. (...)

“Obligación exigible es la que debía cumplirse dentro de un término ya vencido, o cuando ocurriera un condición ya acaecida, o para la cual no se señaló término pero cuyo cumplimiento solo podía hacerse dentro de cierto

tiempo que ya transcurrió, y la que es pura y simple por no someterse a plazo ni a condición (C.C. arts. 1608 y 1536 a 1542)¹⁰." (marcas fuera de texto)

La supuesta obligación de pago adquirida por el Municipio a través del documento denominado "Acta por el cual se establece el pago de facturación corriente a partir de julio de 2015 por el suministro de energía eléctrica al Municipio de Santander de Quilichao", suscrita por el Municipio y la CEO, relacionada en el hecho décimo primero de la demanda, aportada como prueba por el mismo demandante y que obra en el expediente, fue condicionada por las mismas partes al reconocimiento de derechos al municipio en virtud de la escritura pública 1572 del 02 de octubre de 1962, de la siguiente forma:

"Cláusula segunda (...) Parágrafo: las partes acuerdan, que si de los procesos judiciales por sentencia judicial se confirma y reconoce al municipio de Santander de Quilichao, en virtud de la escritura pública 1572 del 02 de octubre de 1962 de la notaria primera de Popayán, este acuerdo no será oponible al municipio y se entenderá por no escrito frente a los derechos confirmados y reconocidos".(marcas fuera de texto).

En tal acta, la CEO reconoció expresamente la existencia de la escritura pública, que la misma estaba siendo objeto de controversias contractuales entre Cedelca y el Municipio y aceptó asumir los efectos de los resultados de dichos procesos judiciales, como se lee de las cláusulas 7 y 8 de la mencionada Acta.

"SEPTIMA: En el evento en que el proeso de acción de controversias contractuales que se encuentra en trámite ante la Sección Tercera del Consejo de Estado, con radicación 19001233100020020034501 promovido por Centrales Eléctricas del Cauca S.A. ESP contra EL MUNICIPIO, mediante el cual se discute la Escritura Pública No. 1752 de 1962 sea fallado a favor del MUNICIPIO, el MUNICIPIO podrá recobrar a CEDELCA S.A. E.S.P. todos los valores cancelados a LA COMPAÑÍA en virtud de la presente acta y los que se llegaren a presentar.

OCTAVA: En el evento en que el proeso de acción de controversias contractuales que se encuentra en trámite ante el Tribunal Contencioso Administrativo del Cauca, con radicación No. 19001233300420120063500 [sic] instaurado por EL MUNICIPIO contra CEDELCA S.A. E.S.P al cual fue vinculado LA COMPAÑÍA, en el que solicita el cumplimiento de lo contenido en la Escritura Pública No. 1572 del 02 de octubre de 1962 o la resolución del mismo con indemnización de perjuicios, sea fallado a favor del MUNICIPIO, EL MUNICIPIO podrá a [sic] recobrar a CEDELCA S.A. E.S.P. o a LA COMPAÑÍA, todos los valores cancelados a LA COMPAÑÍA por el suministro de energía, de acuerdo a lo que dispongan las sentencias respectivas, según corresponda."

En el proceso iniciado por la Cedelca contra el Municipio¹¹, el Consejo de Estado negó la pretensión de nulidad de la escritura por prescripción de la acción motivo por el cual se reconce la vigencia de la escritura pública y de los derechos contenidos en ella. Así mismo, negó las demás pretensiones de Cedelca que correspondían al desequilibrio, resolución del contrato e indemnización de perjuicios, por haber sido superada la primera de ellas a través del pago realizado por la Nación-Ministerio de Minas y que quedó plasmado en el Acuerdo del 27 de noviembre de 2003. En otras palabras, al negar las pretensiones de la CEO falló a favor del Municipio.

A su vez, la misma Corporación en el proceso iniciado por el Municipio contra Cedelca¹² pretendiendo el cumplimiento de la escritura pública ya mencionada, declaró de oficio la excepción de cosa juzgada

¹⁰ Hernando Devis Echandía. Compendio de Derecho Procesal Tomo III. Vol II. P.589

¹¹ Expediente 19001233100020020034501

¹² Expediente 19001233300420120063501

con fundamento en lo ya decidido por el Consejo de Estado en Sentencia del Consejo de Estado del dos (2) de mayo de 2017 expediente 1900123310020020034501.

En esta medida, la CEO no pudo seguir sosteniendo que no le es opinable la escritura pública 1572 del 02 de octubre de 1962 de la notaria primera de Popayán, cuando la misma CEO en el acta en mención reconoció la existencia de la escritura pública, que la misma estaba siendo objeto de controversias contractuales y voluntariamente asumió el resultado de los procesos judiciales ya mencionados, motivo por el cual, aunque la CEO no fue parte procesal de los litigios vía contractual asumió los efectos de los mismos.

La vigencia de lo pactado en la cláusula tercera de la escritura pública 1572 del 02 de octubre de 1962 de la notaria primera de Popayán, fue reconocida por Sentencia del Consejo de Estado del dos (2) de mayo de 2017 expediente 1900123310020020034501 (34.225), la cual se adjunta como (Prueba No. 3) y ratificada por auto que resolvió el recurso de apelación en el proceso iniciado por el Municipio contra Cedelca, expediente 19001233300420120063501 (64449) proferido por la misma Sección el cinco (5) de octubre de 2020 con ponencia del Consejero Dr. Martín Bermúdez Muñoz (Prueba No. 4), de la siguiente forma:

“En estos términos, de entrada huelga advertir que la pretensión de revisión del contrato sólo procede cuando las circunstancias imprevistas que afectan la ecuación se han presentado con posterioridad a la suscripción del contrato³⁹.

Así las cosas, al aterrizar al caso en estudio, en principio, no puede considerarse constitutiva e desequilibrio contractual la dificultad de hacer efectiva la fórmula de pago en los términos pactados en la cláusula tercera del contrato en estudio, toda vez que esa fue la voluntad de las partes en definir la imputación del pago, por lo cual esta fórmula las vincula.

Conviene aclarar que el pago del servicio prestado por la obtención de utilidades y se mantenía en suspenso hasta que estas se produjera, sin que ninguna cláusula hubiere condicionado la prestación del servicio o la resolución del contrato por falta de pago en la forma como quedó redactado. Por el contrario, las Partes aceptaron el suspenso del pago ante la falta de utilidades. En esos términos no se trata de una prestación gratuita del servicio, toda vez que se cobraría de conformidad con las tarifas correspondientes, tan pronto se produjeran las utilidades de las acciones que tiene la demandada en la demandante. En esos términos, no puede considerarse ese pacto contrario per se al ordenamiento jurídico, puesto que surgió como fruto de la autonomía de la voluntad de las partes y dentro de los cauces legales.

En este orden de ideas, la fuente de pago del suministro del servicio público domiciliario de energía eléctrica para establecimientos municipales y de suministro de energía eléctrica con destino al alumbrado público, es y sigue siendo las utilidades de CEDELCA S.A. E.S.P, hecho que es de pleno conocimiento de la CEO, tanto así que en la misma acta reconoció que asumiría los efectos de las resultas de los procesos judiciales.

Se hace importante hacer notar que el Acta a la que se hace referencia, data del año 2015, es un elemento nuevo que debe tener en cuenta el juez al analizar el presente caso, dado que no fue de conocimiento del Tribunal Superior de Popayán ni la Corte Suprema al proferir aquella sentencia que se pretende hacer valer como antecedente judicial en el presente caso y que emana de las propias partes aquí vinculadas, es decir, de la CEO y del Municipio.

Por lo anterior, la exigibilidad del pago está condicionado a la generación de utilidades por parte de CEDELCA a favor del Municipio, no porque haya habido una cesión de la escritura sino porque la CEO en el Acta del año 2015 le reconoció voluntariamente validez a la misma, motivo por el cual se debe atender a la generación o no de utilidades por parte de CEDELCA, las razones por las cuales eventualmente no generó utilidades y la imperiosa necesidad de que CEDELCA sea parte del presente proceso como demandada.

3. Falta de integración del contradictorio. La demanda no comprende a todos los litisconsortes necesarios.

Teniendo en cuenta que existe un tercero (CEDELCA S.A. E.S.P) que tiene como compromiso generar los recursos que son fuente de pago de los servicios de suministro de energía eléctrica para dependencias y de energía eléctrica con destino al alumbrado público cuyo pago se demanda en este proceso, con base en la escritura pública No. 1572 del 02 de octubre de 1962 de la notaria primera de Popayán y por los motivos expuestos en el numeral 2 anterior, se hace necesario que CEDELCA S.A. E.S.P. comparezca a este proceso como litisconsorte necesario del Municipio para integrar el contradictorio, en los términos establecidos en el artículo 61 del Código General del Proceso.

Así mismo, de conformidad con la información suministrada por mi poderdante, a este proceso se debe vincular a la Gobernación del Cauca como litisconsorte necesario en tanto dicha entidad territorial es solidariamente responsable por el pago de los servicios de energía eléctrica del Municipio suministrada a las instituciones educativas del mismo, en virtud de lo dispuesto en los artículo 15 y 20 de la Ley 715 de 2001, como se explica a continuación:

El Municipio de Santander de Quilichao cuenta con 114.832 habitantes aproximadamente, de los cuales 19.000 niños, niñas y jóvenes se encuentran dentro del sistema educativo, en el sector público en las zonas urbana y rural, hay 21 instituciones educativas y 5 centros educativos, conformados por 117 sedes educativas.

Los municipios certificados, de acuerdo con el artículo 20 de la Ley 715 de 2001, son aquellos que cumplen con la capacidad técnica, administrativa y financiera para administrar de manera autónoma el sistema educativo en su territorio.

El artículo 4° de la Ley 115 de 1994 (o Ley General de Educación) de Colombia señala como objetivos de la educación colombiana la garantía de la calidad de la educación y el acceso al servicio público educativo, tareas en las que se responsabiliza a la nación, a los departamentos y a los municipios.

Mediante el Decreto 4807 de diciembre 20 de 2011, se fijaron las condiciones de aplicación de la gratuidad educativa para los estudiantes de educación preescolar, primaria, secundaria y media de las instituciones estatales educativas y se dictan otras disposiciones para su implementación.

Sin embargo, el municipio de Santander de Quilichao no se encuentra certificado en Educación por cuanto depende de la Secretaría de Educación del Departamento del Cauca, como está estipulado en la Ley 715 de 2001, a saber:

“Capítulo VI: Distribución de recursos del sector educativo:

Artículo 15. Destinación. Los recursos de la participación para educación del Sistema General de Participaciones se destinarán a financiar la prestación del servicio educativo atendiendo los estándares técnicos y administrativos, en las siguientes actividades:

15.2. Construcción de la infraestructura, mantenimiento, pago de servicios públicos y funcionamiento de las instituciones educativas.

Artículo 16. Criterios de distribución. La participación para educación del Sistema General de Participaciones será distribuida por municipios y distritos atendiendo los criterios que se señalan a continuación. En el caso de municipios no certificados los recursos serán administrados por el respectivo Departamento.”

A su vez, el Decreto 1075 del 26 de mayo de 2015, por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del sector Educación, consagra en su artículo 2.3.1.6.3.11. Utilización de los recursos que:

“Los recursos sólo pueden utilizarse en los siguientes conceptos, siempre que guarden estricta relación con el Proyecto Educativo Institucional”:

(...)

7. Pago de servicios públicos domiciliarios, telefonía móvil e Internet, en las condiciones fijadas por la entidad territorial”.

En este orden de ideas se tiene que al ser el Municipio demandando un ente territorial no certificado en materia de educación, es la Gobernación del Cauca la llamada a suministrar los recursos para el pago de algunos conceptos del servicio de educación, entre ellos, los servicios públicos domiciliarios, razón por la que dicha entidad territorial debe ser vinculada como litisconsorte necesario en la parte pasiva de este proceso judicial.

Dado que la demanda no incluyó ni a CEDELCA S.A. E.S.P. ni a la Gobernación como demandandos, no comprendió a todos los litisconsortes necesarios, la presente excepción debe prosperar en atención a lo normado en el numeral 9 del artículo 100 del Código General del Proceso.

4. Inexistencia del título ejecutivo para el cobro de la energía eléctrica suministrada con destino a las dependencias del Municipio. La acción ejecutiva pretende ser sustentada en títulos ejecutivos complejos que no cumplen con los elementos de Ley

En el auto de mandamiento de pago el Juzgado reconoce que para el cobro de las facturas se requiere de la constitución de un título ejecutivo complejo y aduce que dicho título está conformado por (i) las facturas de servicio público; (ii) el contrato de condiciones uniformes allegado por el demandante; y, (iii) el acta de pago de facturación mensual, conforme a los documentos aportados por el demandante.

Sin embargo, la configuración del título ejecutivo complejo para el cobro del suministro de energía para las dependencias, requiere que la factura sea acompañada de un contrato de condiciones especiales y no del contrato de condiciones uniformes, el cual no aplica al Municipio demandado en su calidad de usuario no regulado sino un como se pasa a explicar.

El artículo 14.33 de la ley 142 define al usuario como aquella “*persona natural o jurídica que se beneficia con la prestación de un servicio público, bien como propietario del inmueble en donde este se presta, o como receptor directo del servicio. A este último usuario se denomina también consumidor*”.

La ley 143 de 1994 que regula, entre otros, el régimen de comercialización de electricidad en el territorio nacional y la Resolución CREG 025 de 1995, define la actividad de comercialización como la compra de energía eléctrica para la venta a sus usuarios finales, regulados o no regulados.

El artículo 11 de la citada Ley, define el usuario no regulado como aquella persona natural o jurídica, con una demanda máxima superior a 2 Mw por instalación legalizada, cuyas compras de electricidad se realizan a precios acordados libremente. El Municipio demandado es un usuario no regulado pues su consumo supera los 2 Mw (55.000kvhm), cuyo consumo se solicita verificar mediante dictamen pericial a las facturas de consumo aportadas por el demandante.

En cuanto al suministro de energía a usuarios no regulados, el artículo 42 de la Ley 143, establece:

“Las transacciones de electricidad entre empresas generadoras, entre distribuidoras, entre aquéllas y éstas y entre todas ellas y las empresas dedicadas a la comercialización de electricidad y los usuarios no regulados, son libres y serán remuneradas mediante los precios que acuerden las partes. Se incluyen en este régimen las transacciones que se realicen a través de interconexiones internacionales. Las ventas de electricidad a usuarios finales regulados serán retribuidas sin excepción, por medio de tarifas sujetas a regulación. Las compras de electricidad por parte de las empresas distribuidoras de cualquier orden deberán garantizar, mediante contratos de suministro, el servicio a los usuarios atendidos directamente por ellas, por el término que establezca la Comisión de Regulación de Energía y Gas. Tales contratos se celebrarán mediante mecanismos que estimulen la libre competencia y deberán establecer, además de los precios, cantidades, forma, oportunidad y sitio de entrega, las sanciones a que estarán sujetas las partes por irregularidades en la ejecución de los contratos y las compensaciones a que haya lugar por incumplimiento o por no poder atender oportunamente la demanda. PARÁGRAFO. Las personas contratantes enviarán mensualmente a la Comisión de Regulación de Energía y Gas la información relativa a los contratos celebrados.” (marcas fuera de texto).

La Ley y la regulación son claras e inequívocas en determinar que la relación entre comercializadores de energía eléctrica, como lo es la CEO, y los usuarios no regulados, como lo es el Municipio de Santander de Quilichao, se rige por un contrato de suministro y es este contrato de suministro el que debe acompañar la factura para que dichos documentos puedan constituir el título ejecutivo que le permita a la CEO cobrar por vía ejecutiva, lo cual no sucede en el presente caso.

Por lo anteriormente expuesto, el llamado que hace el demandante a la aplicación de lo dispuesto en el artículo 4 de la Resolución 108 de la CREG, para interpretar que la prestación del servicio de energía para Establecimientos Municipales se rige por el contrato de condiciones uniformes, no debe prosperar en tanto, dicha norma aplica para usuarios regulados, que no es el caso del Municipio.

Nos permitimos traer a colación un cuadro diferenciador entre los contratos de prestación de servicios con usuarios regulados y con usuarios no regulados, elaborado por la doctrina¹³, que permite aclarar el tema:

Conceptos diferenciadores	Contrato de condiciones uniformes - usuario regulado-	Contrato de suministro de energía - usuario no regulado-
Marco de Intervención Estatal.	Libertad Regulada	Libertad vigilada.
Función socio económica del contrato	Es inherente a la finalidad social del Estado y obligatoria su prestación a todas las personas	El suministro depende de la voluntad, capacidad de pago y situación particular de las partes contratantes. El estado está impedido para obligar a celebrar estos contratos.
Autonomía de la voluntad.	Está limitada por las condiciones uniformes del contrato y reglada por arts. 128 y S.S. Ley 142 de 1994	Existe libre negociación de las cláusulas del contrato y se aplican normas del contrato de suministro del Código de Comercio.
Solemnidades	Consensual	Debe constar por escrito para su ejecución y despacho por el ASIC, de conformidad con la Resolución CREG 024 de 1995.
Objeto	El precio depende de las tarifas fijadas por la CREG. Las cantidades de energía se determinan por el consumo y no mediante cláusulas del contrato.	Es posible pactar en el contrato las cantidades de energía y el precio.
Divulgación de Tarifas	Se deben publicar en diario de amplia circulación	No se exige publicación de precios.
Características	Es de adhesión y masificado (uniforme).	Sus cláusulas se discuten libremente en un mismo plano de igualdad y son autónomas e independientes respecto a cada usuario en particular.
Sujetos.	Usuarios con menos de 0.1 MW o 55 MW/h	Calificado: Es necesario un consumo mayor a 0.1 MW o 55 MW/h

En el caso que nos ocupa el demandante no aportó el contrato de suministro de energía eléctrica, y por tanto, no acredita el cumplimiento de los requisitos formales y sustanciales del título ejecutivo, **por lo cual el trámite del presente proceso ejecutivo se torna improcedente debiendo el Despacho revocar el Mandamiento de Pago y, en consecuencia, rechazar la demanda.**

CAPÍTULO V PETICIÓN

En concordancia con lo anterior, solicito al Honorable Despacho, **REVOCAR** el auto de fecha catorce (14) de diciembre de 2021, por medio del cual se admitió la reforma de la demanda y se ordenó librar mandamiento de pago en contra de mi representada por las facturas del suministro de energía eléctrica con destino al Alumbrado

¹³ Juan José Arango Mejía, artículo la "Distorsión de lo evidente: autonomía de la voluntad vs. prerrogativa estatal en la comercialización de la energía eléctrica", Letras Jurídicas De Empresas Públicas De Medellín 50 Años ISSN: 0122-7564 Ed: Empresas públicas de Medellín v.7 fasc.2 p.145 - 174 ,2001

Público y establecimientos municipales desde el primero (01) de abril de 2015 al treinta y uno (31) de diciembre de 2019 y por los intereses moratorios de los mismos hasta el pago total de la obligación y en consecuencia, rechazar la demanda ejecutiva interpuesta por parte de la CEO.

CAPÍTULO VI PRUEBAS Y ANEXOS

Solicitó que se tengan como pruebas las siguientes, que se remiten como mensaje de datos:

1. Documentales:

- 1.1. Las aportadas por el demandante en la demanda
- 1.2. Poder para actuar remitido mediante correo electrónico desde el correo de notificaciones de mi representada (Prueba No. 1)
- 1.3. Concepto CREG con radicación S-2021-004650 (Prueba No. 2)
- 1.4. Sentencia del Consejo de Estado del dos (2) de mayo de 2017 expediente 1900123310020020034501, la cual se adjunta (Prueba No. 3)
- 1.5. Sentencia del Consejo de Estado del cinco (5) de octubre de 2020 expediente 19001233300420120063501, la cual se adjunta (Prueba No. 4)

2. Dictamen Pericial

En los términos establecidos en el artículo 226 del Código General del Proceso, se solicita al despacho decretar la práctica de un dictamen técnico que permita establecer si el Municipio se cataloga como un usuario no regulado del servicio de energía eléctrica domiciliario, con fundamento en los consumos que figuran en las facturas aportadas al proceso y demás requisitos establecidos en la ley.

3. Son anexos del presente recurso:

- 3.1. Los aportados como pruebas
- 3.2. Poder para actuar
- 3.3. Copia del Acta de Posesión del primero de enero de 2020 de la Notaría Única del Círculo Notarial de Santander de Quilichao en la que se nombra a LUCY AMPARO GUZMÁN GONZÁLEZ, en su calidad de Alcalde Municipal – periodo 2020-2023

CAPITULO VII NOTIFICACIONES

La parte demandante recibirá notificaciones en la indicada en la demanda.

El MUNICIPIO DE SANTANDER DE QUILICHAO, recibirá notificaciones en el Edificio Municipal, ubicado en la calle 4 No. 9-34 de Santander de Quilichao, email: notificacionesjudiciales@santanderdequilichao-cauca.gov.co



La suscrita apoderada recibirá notificaciones en la Calle 107 A No. 11A-69 de la ciudad de Bogotá y en el correo electrónico : vgonzalez@pytcorporativo.com

El demandante y su apoderado en las direcciones indicadas por ellos en la demanda reformada.

De la señora Juez, atentamente.

VERONICA GONZALEZ LEHMANN

C.C. 67.002.218

T.P. 117.517 del C. S. Jra.

Prueba No. 1

De: notificacionesjudiciales <notificacionesjudiciales@santanderdequilichao-cauca.gov.co>

Asunto: envío poderes para representación judicial 2020-0060 y 2020-0072

Fecha: 9 de febrero de 2021, 6:27:40 p. m. COT

Para: <vgonzalez@pytcorporativo.com>

Buenas Tardes Doctora Verónica:

Anexo poderes de representación judicial, dentro de los procesos ejecutivos promovidos por la Compañía Energética de Occidente en el Juzgado segundo Civil del Circuito.

Quedo atento a sus comentarios

Atentamente,

3 adjuntos

image001.png
100K

 **poder ejecutivo 2020-0060.pdf**
338K

 **poder ejecutivo 2020-0072.pdf**
333K



REPÚBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DEL CAUCA
MUNICIPIO DE SANTANDER DE QUILICHAO
ALCALDÍA MUNICIPAL
NIT. 891500269-2

OFICINA ASESORA JURÍDICA

Santander de Quilichao (C). 9 de febrero de 2021

Señor

JUEZ SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO SANTANDER DE QUILICHAO (C.)

E. S. D.

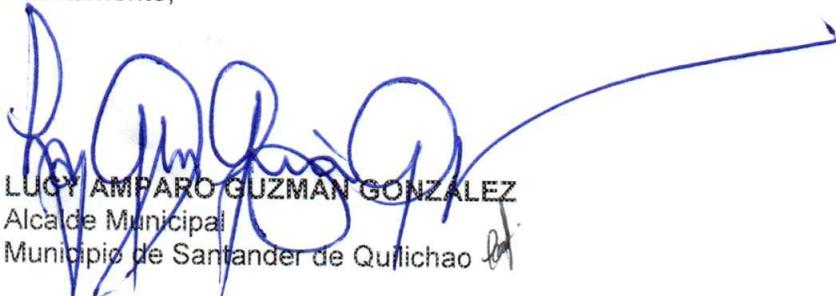
PROCESO: EJECUTIVO SINGULAR
EXPEDIENTE: 19-698-31-12-002-2020-00060-00
DEMANDANTE: COMPAÑÍA ENERGÉTICA DE OCCIDENTE S.A.S. E.S.P
DEMANDADO: MUNICIPIO DE SANTANDER DE QUILICHAO, CAUCA
REFERENCIA: PODER ESPECIAL

LUCY AMPARO GUZMÁN GONZÁLEZ, identificada con la cédula de ciudadanía N° 52.146.525 de Bogotá, en mi calidad de Alcalde Municipal – periodo 2020-2023 del Municipio de Santander de Quilichao, según Acta de Posesión del primero de enero de 2020 de la Notaría Única del Círculo Notarial de Santander de Quilichao que se anexa, confiero poder especial amplio y suficiente a la doctora **VERÓNICA GONZALEZ LEHMANN** mayor de edad, identificada con cédula de ciudadanía No. 67.002.218 y Tarjeta profesional No. 117.517 del Consejo Superior de la Judicatura y correo electrónico vgonzalez@pytcorporativo.com, para que represente al Municipio de Santander de Quilichao, dentro del proceso de la referencia en la defensa de sus intereses.

La apoderada cuenta con todas las facultades inherentes para el ejercicio del presente mandato, en especial las de oponerse a la acción incoada, formular excepciones, presentar los fundamentos fácticos y jurídicos que desvirtúen las afirmaciones del accionante, interponer recursos, solicitar o aportar pruebas, subsanar las omisiones que permita la ley, presentar solicitudes respetuosas, transigir, sustituir, desistir, renunciar, reasumir, conciliar, solicitar caución y en general todas aquellas necesarias para el buen cumplimiento de su gestión consagradas en el artículo 77 del C.G.P.

Sírvase honorable Juez, aceptar este mandato especial y reconocerle personería suficiente a la Doctora **VERÓNICA GONZÁLEZ LEHMANN**, en los términos del presente escrito.

Atentamente,


LUCY AMPARO GUZMAN GONZALEZ
Alcalde Municipal
Municipio de Santander de Quilichao

Acepto,



VERÓNICA GONZÁLEZ LEHMANN.

C.C. 67.002.218

T.P. 117.517 del C.S. de la J.

ACTA DE POSESION

En el municipio de Santander de Quilichao , Departamento del Cauca, Republica de Colombia , ante mi JUAN CARLOS RAMOS DOMINGUEZ, Notario Unico del Circulo notarial de Santander de Quilichao Cauca , hoy 31 de diciembre del año dos mil diez y nueve (2019) Comparecio la Dra LUCY AMPARO GUZMAN GONZALEZ , mujer Colombiana, identificada con la cedula de ciudadanía Nro.52.146.525 expedida en Bogota D.C, con el fin de posesionarse en el Cargo de ALCALDESA DEL MUNICIPIO DE SANTANDER DE QUILICHAO , DEPARTAMENTO DEL CAUCA, electa para el periodo constitucional legal 2020 -2023 . Impuesta la DRA LUCY AMPARO GUZMAN GONZALEZ, de la responsabilidad adquirida y en tal virtud el suscrito NOTARIO UNICO DEL CIRCULO DE SANTANDER DE QUILICHAO CAUCA, procede a recepcionar el juramento de ley correspondiente .

PREGUNTADA .DRA LUCY AMPARO GUZMAN , JURA USTED ANTE DIOS, y promete ante el pueblo cumplir fielmente la Constitucion y las leyes de Colombia, las Ordenanzas del Cauca, correspondientes en su condición de primera autoridad del MUNICIPIO DE SANTANDER DE QUILICHAO ,DEPARTAMENTO DEL CAUCA, CONTESTO: SI LO JURO . SI ASI LO HICIERE, DIOS Y LA COMUNIDAD LO PREMIEN Y SI NO, EL Y ELLA LO DEMANDEN. Asi mismo LA ALCALDESA NOMBRADA Y POSESIONADA manifesto BAJO LA GRAVEDAD DEL JURAMENTO, no estar incurso en causal alguna de inhabilidad general o especial, de incompatibilidad o prohibición de las establecidas en la ley 734 de 2002, no me encuentro incurso en procesos penales, ni sancionada, ni fiscales, ni disciplinarias de conformidad con la ley 1474 de 2011. Que los bienes que poseo son habidos de manera licita . Se exhibieron y allegaron copias de los siguientes documentos.

A) fotocopia de la cedula de ciudadanía Nro.52.146.525 expedida en Bogota D.C. b)Copia de la credencial expedida por los miembros de la Comision Escrutadora ORGANIZACIÓN

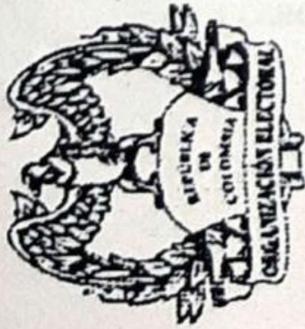
ELECTORAL-REGISTRADURA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL. nombrada por el periodo constitucional 1º de enero de 2020 al 31 de diciembre de 2023. C) certificado de poliza previalcaldias No.1000221 d) certificado de la EPS- SANITAS. d) Certificado de la Contraloria donde consta que la DRA LUCY AMPARO GUZMAN GONZALEZ no se encuentra reportada como responsable fiscal. E) certificado de la Policia Nacional. F) fotocopia de antecedentes disciplinarios; g) copia del certificado de la Procuraduria Nacional LA ALCALDESA DRA LUCY AMPARO GUZMAN GONZALEZ , inicia funciones fiscales y legales a partir del 1º de enero de 2020 , ante mi el Notario Unico de Santander de Quilichao Cauca . No siendo otro el motivo de la presente diligencia, se firma por los que en esta diligencia han intervenido. Se entrega copia a la interesada.

LA POSESIONADA,


 DRA LUCY AMPARO GUZMAN GONZALEZ
 CC No. 52.146.525 DE BOGOTA D.C.

EL NOTARIO,


 DR JUAN CARLOS RAMOS DOMINGUEZ
 NOTARIO UNICO



REPUBLICA DE COLOMBIA
ORGANIZACIÓN ELECTORAL
REGISTRADURIA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL

E-27

**REGISTRADURÍA
NACIONAL DEL ESTADO CIVIL**



LOS MIEMBROS DE LA COMISIÓN ESCRUTADORA MUNICIPAL

**LIBRE
DECLARAMOS**

Que, LUCY AMPARO GUZMAN GONZALEZ con C.C. 52146525 ha sido elegido(a) ALCALDE por el Municipio de SANTANDER DE QUILICHAO - CAUCA, para el periodo de 2020 al 2023, por el PARTIDO LIBERAL COLOMBIANO.

En consecuencia, se expide la presente CREDENCIAL, en SANTANDER DE QUILICHAO (CAUCA), el martes 29 de octubre del 2019.

Edith Cristina Trujillo Vargas
EDITH CRISTINA TRUJILLO
VARGAS

Elcy Jimena Valencia Castriellon
ELCY JIMENA VALENCIA
CASTRIELLON

Jose Luis Aguilar Gonzalez
JOSE LUIS AGUILAR GONZALEZ

MIEMBROS DE LA COMISIÓN ESCRUTADORA

SECRETARIO(S) DE LA COMISIÓN ESCRUTADORA

COLOMBIA UNIDA DE SANTANDER DE QU...
 Esta Fotocopia concuerda con el Original
 tuve a la vista el 02 ENO 2020
 Santander de Quinchá Cauca
 DR. JUAN... DOMINGUEZ
 UNICO

REPUBLICA DE COLOMBIA
 IDENTIFICACION PERSONAL
 CEDULA DE CIUDADANIA

52.146.525

NUMERO

GUZMAN GONZALEZ

APELLIDOS

LUCY AMPARO

NOMBRES

Lucy Amparo Guzman Gonzalez
 FIRMA



INDICE DERECHO

FECHA DE NACIMIENTO 04-FEB-1974

POPAYAN (CAUCA)

LUGAR DE NACIMIENTO

1.63

ESTATURA

A+

G.S. RH

F

SEXO

26-MAR-1992 BOGOTA D.C.

FECHA Y LUGAR DE EXPEDICION

Almabatriz Rengifo Lopez
 REGISTRADORA NACIONAL
 ALMABATRIZ RENGIFO LOPEZ



A-1100100-36140253-F-0052146525-20051027

0500005300N 02 178255243

De: oficiales creg oficiales.creg@creg.gov.co 
Asunto: Respuesta a comunicación. Radicado CREG S-2021-004650
Fecha: 26 de octubre de 2021, 5:42 p. m.
Para: correo@certificado.4-72.com.co, vgonzalez@pytcorporativo.com

OC

Cordial saludo:

Adjuntamos a la presente la comunicación en el asunto, S-2021-004650
Por favor no responder a este correo. Respuestas, solicitudes o inquietudes por favor remitir correo a creg@creg.gov.co

Atentamente,



creg@creg.gov.co
(57)(1) 6032020 | Ext. 300
Bogotá D.C. | Colombia.

"Antes de imprimir piense en su responsabilidad con el medio ambiente"

"Este mensaje y sus anexos pueden contener información confidencial. Si usted no es el destinatario del mensaje (o la persona responsable de entregar al destinatario este mensaje), se le notifica que cualquier revisión, divulgación, retransmisión, distribución, copiado u otro uso o acto realizado con base en lo relacionado con el contenido de este mensaje y sus anexos, están prohibidos. Si usted recibió este correo electrónico por error, por favor notifique inmediatamente a quien lo envió, y bórralo de su sistema de correo"



S-2021-004650
.pdf

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN "B"
Consejero Ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO

Bogotá D.C., dos (2) de mayo de dos mil diecisiete (2017)

Proceso número: 19001233100020020034501 (34.225)

Actora: Centrales Eléctricas del Cauca S.A. E.S.P.

Demandado: Municipio de Santander de Quilichao

Acción: Controversias contractuales

Temas: Caducidad de la pretensión de nulidad absoluta de un contrato de la administración pública sometido a derecho privado; desequilibrio contractual y resolución del contrato por incumplimiento.

Sin que se observe nulidad de lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia del 10 de mayo de 2007, proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca (fls. 240 a 249, c. ppal, segunda instancia), mediante la cual se resolvió (fl. 248, c. ppal, segunda instancia):

1. Declarar que en la ejecución del contrato celebrado el 2 de octubre de 1962 entre el MUNICIPIO DE SANTANDER DE QUILICHAO y CENTRALES ELÉCTRICAS DEL CAUCA S.A. –CEDELCA-, se presentaron circunstancias que afectaron el equilibrio económico y financiero respecto de la cláusula tercera, por lo que CEDELCA prestará el servicio de alumbrado público y energía eléctrica dentro del marco jurídico y económico previsto en las normas que rigen la prestación de este servicio.

2. Como consecuencia de lo anterior y con el fin de restablecer el equilibrio económico del contrato, el Municipio de Santander de Quilichao pagará a CENTRALES ELÉCTRICAS DEL CAUCA S.A. E.S.P. –CEDELCA-, los valores que por prestación del servicio de energía eléctrica y alumbrado público se hayan causado con ocasión del contrato celebrado el 2 de octubre de 1962, teniendo en cuenta las normas aplicables a estas obligaciones.

3. Se niegan las demás pretensiones de la demanda.

4. Sin costas.

5. Por Secretaría, liquidense los gastos del proceso.

SÍNTESIS DEL CASO

La sociedad Centrales Eléctricas del Cauca S.A. E.S.P. solicita, como pretensión principal, que se declare la nulidad absoluta del contrato contenido en la Escritura Pública n.º 1.572 del 2 de octubre de 1962, celebrado entre aquella y el Municipio de Santander de Quilichao. Como consecuencia de lo anterior, pide el pago por el servicio de energía eléctrica prestado; como primera pretensión subsidiaria, pretende que se declare la ruptura del equilibrio contractual; la segunda pretensión subsidiaria, se encamina a la resolución del contrato. Cada una de esas

1. Declárese la procedencia de INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS, teniendo como fuente de dicha obligación el convenio suscrito entre CEDELCA S.A. E.S.P. y el municipio de SANTANDER DE QUILICHAO.

2. Como consecuencia de la declaración de INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS del contrato condénese al municipio de Santander de Quilichao a pagar a la demandante CENTRALES ELÉCTRICAS DEL CAUSA S.A. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS, las siguientes cantidades liquidadas de dinero:

a. La cancelación del servicio de energía eléctrica que asciende a TRES MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y SEIS MILLONES SEISCIENTOS VEINTIÚN MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y SEIS PESOS MCTE (3.356.621.836). Discriminados de la siguiente manera:

b. Por concepto de alumbrado público la suma de (dos mil ochocientos cinco millones quinientos dieciséis mil quinientos veinticuatro pesos MCTE (\$2.805.516.524) por concepto de Hospital Francisco de Paula Santander y Establecimientos Públicos la suma de QUINIENTOS CINCUENTA Y UN MILLONES CIENTO CINCO MIL TRESCIENTOS DOCE PESOS MCTE (\$551.105.312) por parte del Municipio de Santander de Quilichao con los respectivos intereses, a título indemnizatorio.

c. El valor de los intereses moratorios, a título indemnizatorio, causados desde el 02 de noviembre de 1962, hasta el día de ejecutoria del fallo definitivo, liquidados sobre la cantidad que arroje la pretensión expresada en el literal precedente.

d. Que a la sentencia definitiva se le dé cumplimiento en los términos de los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

e. Que se condene a la parte demandada a pagar el valor de los gastos.

1.3. Concepto de la violación

La parte actora, en relación con el cargo de nulidad del contrato contenido en la Escritura Pública n.º 1.572 del 2 de octubre de 1962, en los hechos de la demanda sostuvo que "con la vigencia de la Ley 142 de 1994, cualquier contrato que se celebre de prestación de servicios públicos, debe suscribirse a título oneroso, por así disponerlo la citada ley, sin que se admitan excepciones de ninguna índole, por lo que un contrato que se ejecute motivado por la gratuidad del mismos, resulta viciado, por no haber causa lícita en el mismo y si el objeto del mismo prevé la falta de remuneración por el servicio, siendo esto prohibido por la ley, estamos ante la causal de nulidad absoluta de objeto ilícito" (fl. 46, c. ppal).

2. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Municipio de Santander de Quilichao (fls. 76 a 89, c. ppal) señaló que desde la vigencia de la Ley 178 de 1959, esa entidad territorial es accionista de CEDELCA S.A. E.S.P., tal como lo disponía el artículo 10 de la referida ley. Precisó que esas acciones provienen de dos fuentes: una, de la referida Ley 178 y, otra, de la cláusula segunda del contrato contenido en la Escritura Pública n.º 1.572 del 2 de octubre de 1962. En esa dirección, explicó que en los términos de la cláusula tercera del referido contrato, el pago del servicio prestado por CEDELCA tendría como

posible fuente el reparto de utilidades de las acciones del Municipio, pero siempre bajo la claridad de que ese ejercicio fuera positivo. Como quiera que el susodicho contrato se encuentra vigente, es preciso estarse a lo pactado en él frente al ejercicio de las utilidades como forma de pago.

La parte demandada señaló que el 31 de diciembre de 1997, CEDELCA impuso al Municipio un contrato de condiciones uniformes para la prestación del servicio público domiciliario de energía eléctrica, con lo cual se desconoció el acuerdo suscrito en 1962, cuya vigencia fue resguardada en los términos del artículo 10 de la resolución n.º 043 de 1995 de la Comisión de Regulación de Energía y Gas. Por lo expuesto, advirtió que el referido contrato de condiciones uniformes fue demandado ante esta jurisdicción.

La entidad territorial demandada señaló que la obtención de utilidades es un ejercicio aleatorio y, por lo tanto, esa misma naturaleza le imponía a la actora la obligación de soportar la suerte del mismo. En todo caso, la actora tampoco demostró su diligencia en la administración de la empresa, para de esa forma respaldar su reclamación, en tanto la falta de obtención de utilidades bien puede estructurarse en una deficiente gestión. En esa dirección, concluyó que los contratos aleatorios tampoco pueden revisarse cuando sobrevienen circunstancias imprevistas o extraordinarias, tal como lo prescribe el artículo 868 del Código de Comercio.

El municipio demandado afirmó que a través del contrato cuestionado en este proceso, el municipio se limitó a asegurar la prestación del servicio público de energía para todos los habitantes de su territorio. Igualmente, reiteró que el artículo 10 de la resolución n.º 043 de 1998, expedida por la CREG, impuso a las empresas y a las entidades territoriales el respeto de los acuerdos o convenios suscritos para la prestación de los servicios públicos, siempre que no fueren contrarios a las disposiciones legales aplicables a la materia.

La parte demandada explicó que no ha suscrito ningún contrato con la actora, con el fin de modificar el acuerdo contenido en la Escritura Pública n.º 1.572 de 1962, razón por la cual se encuentra plenamente vigente; aclaró que las obligaciones que la actora señala como incumplidas por parte del Municipio, en realidad hacían parte del débito contractual de la primera. Aseveró que cumplió con todas las obligaciones a su cargo.

Por último, propuso como excepciones (i) la ineptitud sustantiva de la demanda, en tanto la primera pretensión de la demanda identificó de manera errada el contrato cuestionado, además que las pretensiones consecuencias y subsidiarias resultan del todo contradictorias con los fundamentos de hecho; (ii) caducidad de la acción contractual, en tanto la nulidad absoluta, en los términos del literal e) del numeral 10 del artículo 44 de la Ley 446 de 1998 es de dos años o máximo de cinco, en atención al plazo de ejecución del contrato. En consecuencia, como el contrato se firmó hace más de 40 años, es claro que el fenómeno de la caducidad se encuentra consumado. De igual forma, frente a las demás pretensiones, y, por último, (iii) la excepción de contrato no cumplido, si se tiene en cuenta que quien tenía que generar utilidades era CEDELCA y toda vez que el contrato aún se encuentra vigente y, por consiguiente, el cobro pactado en él, era obligación de las partes esperar a la obtención de utilidades. Como quiera que la parte actora no lo hizo así, desconoció lo pactado.

3. LOS ALEGATOS

En esta oportunidad, la parte demandada, con fundamento en el material probatorio allegado, reiteró los fundamentos de sus intervenciones (fs. 192 a 194, c. ppal).

La parte actora precisó que el 27 de noviembre de 2004 suscribió un acuerdo con el Municipio de Santander de Quilichao para cancelar lo adeudado por concepto de la prestación del servicio de energía y alumbrado público. En esa oportunidad, la entidad territorial demandada aceptó lo adeudado y, además, reconoció que el servicio público se prestó de manera continua e ininterrumpida. En esos términos, estimó que se imponía la prosperidad de las pretensiones formuladas (fs. 205 a 207, c. ppal).

El Ministerio Público (fs. 213 a 220, c. ppal) estimó caducada la pretensión de nulidad absoluta del contrato contenido en la Escritura Pública n.º 1.572 del 2 de octubre de 1962, toda vez que transcurrieron más de cinco años desde su suscripción y la presentación de la demanda; en cuanto a la primera pretensión subsidiaria, esto es, el desequilibrio económico, sostuvo que no estaba demostrada la ocurrencia de situaciones imprevistas. Por el contrario, al momento de contratar y pactar la fórmula de pago, bien pudo la parte actora prever razonablemente la proyección de utilidad en los ejercicios posteriores; en cuanto a la segunda pretensión subsidiaria, adujo que no estaba probado el incumplimiento del Municipio que diera lugar a la resolución del contrato; sobre la tercera pretensión señaló que resultaba improcedente por las razones arriba expuestas, y, finalmente, señaló que en la Escritura Pública n.º 1.572 de 1962, la accionante no se obligó a prestar el servicio público de energía al sector rural, razón por la cual no tenía la obligación de prestarlo y si lo hizo su cobro debe hacerse a través del respectivo contrato de condiciones uniformes.

II. LA SENTENCIA APELADA

Mediante sentencia del 10 de mayo de 2007 (fs. 240 a 249, c. ppal, segunda instancia), el *a quo* accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda. Para el efecto, sostuvo:

5. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL (...)

5.2. Las excepciones propuestas

Considera el Tribunal que las excepciones de inepta demanda y caducidad de la acción contractual por el Municipio de Santander de Quilichao no están llamadas a prosperar por cuanto se trata de aspectos que fueron analizados al momento de la admisión de la demanda, encontrándose ajustados a derecho³.

Frente a la excepción de contrato no cumplido, se tiene que constituye el punto central de la litis, y solamente en la medida en que la entidad demandada demuestre esta circunstancia eximente de responsabilidad, podrá definirse este aspecto, por tanto no puede prosperar como excepción.

5.4. Consideraciones de la Sala (...)

En el sub lite se tiene que la empresa CENTRALES ELÉCTRICAS DEL CAUCA S.A. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS suscribió un convenio con el Municipio

³ Vale aclarar que en el auto admisorio de la demanda del 14 de junio de 2002, el *a quo* se limitó a decir que la demanda estaba ajustada a derecho y, en consecuencia, se admitía (fl. 64, c. ppal).

de Santander de Quilichao-Cauca, contenido en la Escritura Pública número 1572 del 2 de octubre de 1962, por medio del cual el Municipio mencionado adquirió unas acciones de la empresa CEDELCA, en la cantidad de un millón setecientos ochenta y cuatro mil quinientas setenta y un pesos con setenta y ocho centavos (\$1.784.571.78) moneda corriente, pagados en dinero y con la transferencia del dominio de la Central Hidroeléctrica de Mondomo a Cedeica S.A. E.S.P., por su parte esta última se obligó para con el Municipio a suministrarle, entre las seis (6) de la tarde y las seis (6) de la mañana, el servicio de alumbrado público de la ciudad de Santander y demás dependencias municipales y el servicio de energía permanente del Hospital "Francisco de Paula Santander" y de los establecimientos de educación municipales, como así lo cumplió y lo sigue cumpliendo, con cargo a las utilidades que se liquiden a favor del Municipio por el aporte total de las acciones suscritas y pagadas que el Municipio de Santander posea como accionista de CEDELCA, y que el saldo que resultare a favor del Municipio se reinvertirá en acciones de CEDELCA y si hubiere saldo en contra de este se deferirá para su posterior cancelación con futuras utilidades.

Desde la fecha de la suscripción es decir el 2 de octubre de 1962, de acuerdo con los registros contables en libros auxiliares a 31 de octubre de 2004, y actas de Asambleas General de Accionistas durante los periodos posteriores a 1962, se encuentra, según certificación expedida por el Jefe de la Unidad de Apoyo de Contabilidad de la Empresa CEDELCA, que Centrales Eléctricas del Cauca S.A. E.S.P., no ha aprobado distribución de utilidades a ninguno de sus accionistas, por esta razón no existe liquidación de dividendos a favor del Municipio de Santander de Quilichao.

Además, en aras de preservar el orden público y económico, y para evitar perjuicios graves e indebidos a los usuarios o a terceros, la Superintendencia de Servicios Públicos declaró la toma de posesión de la Empresa aquí demandante, que se produjo por el incumplimiento reiterado de los índices de eficiencia, los indicadores de gestión y las normas de calidad definidos por la Superintendencia de Servicios Públicos (...) y por no poder prestar el servicio público con la continuidad y calidad debidas.

Lo anterior hace ver con claridad que CEDELCA atraviesa una serie de dificultades para prestar debidamente sus servicios, situación que se agrava aún más cuando por sus servicios no ha recibido retribución alguna, como ocurre en el caso que nos ocupa, que desde el año en que se suscribió el contrato motivo de la presente acción, la Empresa no ha generado utilidades para distribuir, sino para cubrir pérdidas acumuladas, circunstancia que para la Empresa implica un sacrificio pecuniario desproporcionado y gravemente perjudicial el cumplir con las prestaciones que tiene con el Municipio de Santander de Quilichao.

Por otra parte, la nueva normatividad de servicio públicos domiciliarios (Leyes 142 y 143 de 1994) no sólo modificó la estructura de funcionamiento de la industria eléctrica, sino también el rol del Estado en esta industria, pasando de ser un ente prestador del servicio a asumir el papel de regulador, controlador y supervisor de dicho mercado. Así desde el año de 1991, las empresas del sector eléctrico están sometidas a nuevas condiciones y prioridades, muy diferentes a las que se

planteaban para el año de 1962, fecha en que se suscribió el convenio contenido en la Escritura Pública n.° 1572, situación que hace más gravoso el cumplimiento de sus obligaciones con el Municipio de Santander de Quilichao.

Las consideraciones expuestas permiten concluir que las circunstancias que afectaron al contrato suscrito entre CEDELCA y el MUNICIPIO DE SANTANDER DE QUILICHAO no provienen de alguna de las partes contratantes, sino de factores ajenos a estas, y que no se previeron ni pudieron preverse, para la fecha de su celebración, condiciones que finalmente conllevan a que conforme a derecho se opte por restablecer el valor económico en el presente contrato, por lo que así se declarará, procediéndose a revisar la cláusula tercera del mismo.

III. SEGUNDA INSTANCIA⁴

Inconforme con la decisión de primera instancia, el 18 de mayo de 2007, la parte demandada interpone recurso de apelación (fl. 251, c. ppal, segunda instancia). En la sustentación del recurso, la apelante sostuvo (fls. 255 a 266, c. ppal, segunda instancia):

(i) El contrato contenido en la Escritura Pública n.° 1.572 de 1962 es un contrato aleatorio, en tanto el pago del servicio público contratado quedó sujeto a la obtención de utilidades, es decir, a un fenómeno futuro e incierto.

(ii) Los fundamentos del *a quo* consultan razones de conveniencia y no de derecho, en tanto argumentan como fundamento de su decisión la precaria situación económica de la actora, sin considerar a su vez si esa situación fue generada por la misma negligencia de la demandada, además de la aceptación libre y voluntaria de la fórmula de pago pactada en el contrato en estudio. Igualmente, señala que tampoco se precisaron los hechos imprevistos que dieron lugar al desequilibrio declarado.

(iii) El incumplimiento fue de CEDELCA, toda vez que fueron ineficientes en el manejo de la empresa, tal como lo demuestra la falta de utilidades desde la suscripción del contrato n.° 1.752 de 1962. En todo caso, como la empresa no se encuentra liquidada, aún puede verificarse la obtención de utilidades y, por ende, la habilitación de lo pactado desde 1962.

(iv) El contrato n.° 1.752 de 1962 está vigente y es válido, hasta el punto que el juez de primera instancia no se pronunció sobre el particular. Además, no contradice la normatividad vigente sobre la prestación de servicios públicos. En efecto, se trata de un contrato oneroso, tal como se entiende de sus estipulaciones, y el artículo 10 de la resolución n.° 043 de 1995 de la CREG

⁴ Las partes guardaron silencio cuando se corrió traslado para alegar de conclusión en esta instancia (fl. 272 y 273, c. ppal, segunda instancia, el término para el efecto corrió entre el 29 de agosto y el 11 de septiembre de 2007). Sin embargo, aproximadamente siete años después de vencido el término para alegar, el 8 de septiembre de 2014, la parte actora presentó un memorial donde reiteró la solicitud de nulidad absoluta del contrato, la cual a su juicio debía proceder de forma oficiosa, en tanto el contrato demandado suponía la prestación gratuita del servicio público de energía y, además, de manera indefinida y exclusiva (fls. 233 a 236, c. ppal, segunda instancia).

prescribió que los contratos celebrados con anterioridad a esa normatividad continuaban vigentes, siempre que no resultaran contrarios a la misma.

(v) Estima probada la excepción de contrato no cumplido, a diferencia del *a quo* que se limitó a declararla improcedente como excepción, pero sin que se pronunciara de fondo sobre ella. En efecto, además de que no se precisaron las circunstancias que dieron lugar al desequilibrio declarado por el *a quo*, la actora incumplió con su carga de diligencia para la obtención de utilidades, sin las cuales resulta improcedente el cobro que se pretende hacer efectivo.

IV. CONSIDERACIONES

1. PRESUPUESTOS PROCESALES

1.1. La jurisdicción, competencia y acción procedente

Toda vez que dentro de la controversia está demandada una entidad pública, el Municipio de Santander de Quilichao, la misma es de conocimiento de esta jurisdicción. Ahora, esta Corporación es la competente para conocer del presente asunto, toda vez que el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo, subrogado por el artículo 2 del Decreto 597 de 1988 y modificado por el artículo 37 de la Ley 446 de 1998, le asigna el conocimiento en segunda instancia, entre otros asuntos, de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por parte de los tribunales administrativos⁵.

Por último, a través de la acción de controversias contractuales, que fue la ejercida por la parte actora, es procedente enjuiciar la legalidad de los contratos, así como las demás pretensiones formuladas en la demanda.

1.2. La legitimación en la causa

Las partes se encuentran legitimadas, toda vez que son extremos del contrato contenido en la Escritura Pública n.º 1.572 del 2 de octubre de 1962.

1.3. La caducidad

Teniendo en cuenta que se trata de diferentes pretensiones, la Sala considera necesario abordar el estudio de la caducidad de cada una de ellas en forma independiente, así:

1.3.1. La pretensión de nulidad absoluta del contrato contenido en la Escritura Pública n.º 1.752 del 2 de octubre de 1962 se encuentra prescrita.

⁵ El numeral 5 del artículo 40 de la Ley 446 de 1998, que modificó el artículo 132 del Código Contencioso Administrativo, dispuso que los tribunales administrativos conocerían de los asuntos contractuales, cuya cuantía fuera superior a los 500 s.m.l.m.v., para la fecha de la presentación de la demanda. En ese orden, como la pretensión mayor es por \$3.356.621.836, es claro que resultaba superior a los \$154.500.000 que se exigían para que tuviera vocación de doble instancia (el salario mínimo para el 2002, cuando se presentó la demanda, era de \$309.000). En consecuencia, es esta Corporación la competente para conocer del presente asunto.

De entrada debe precisarse que suscrito el 2 de octubre de 1962, el vicio de nulidad absoluta se concretó en ese momento, en tanto esa clase de irregularidades se materializan con la suscripción o celebración del respectivo contrato, en tanto atienden a la omisión de *"algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos"* (artículo 1741 del Código Civil). En consecuencia, la norma procesal aplicable para determinar la oportunidad para presentar la acción resultaba ser la vigente para la fecha en que fue firmado el susodicho contrato.

En ese orden, se tiene que la Ley 167 de 1941, Código Contencioso Administrativo vigente para la fecha de la celebración del contrato, no regulaba los temas contenciosos contractuales del Estado. Claro está que sí se ocupaba de la revisión de los contratos del orden nacional, departamental y municipal por parte del Consejo de Estado y los tribunales administrativos (artículos 242 a 260). Para ese entonces, la cuestión estaba asignada a la jurisdicción ordinaria, con fundamento en lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 151 de la Constitución Política de 1886 que daba competencia a la Corte Suprema de Justicia respecto de los *"negocios contenciosos en que constituyeran litigio entre dos o más departamentos"*.

Lo anterior tuvo su desarrollo en el Código de Procedimiento Civil de la época⁶ que fijó la competencia de los asuntos contenciosos contractuales y extracontractuales en los jueces ordinarios⁷. Ahora, aun cuando el artículo 52 del Acto Legislativo 1 de 1945 suprimió la facultad del numeral 3 del artículo 151 de la Constitución Política de 1886, que servía a su vez como fundamento de la competencia de los jueces ordinarios frente a los temas contractuales, entre otros, la competencia de esos asuntos sólo fue precisada con la expedición del Decreto Ley 528 de 1964, que la radicó en cabeza de la jurisdicción contencioso administrativa⁸.

⁶ Ley 105 de 1931.

⁷ Verbigracia el numeral 1 del artículo 109 del citado ordenamiento que radicó en los jueces civiles, en primera instancia, los contenciosos en que fuera parte un municipio y en el que se ventilaran cuestiones de mero derecho privado.

⁸ Cfr. SAAVEDRA BECERRA, Ramiro, *La responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública*, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2011, 2ª reimpresión, pp. 118 y 119. El autor explica: *"Por otra parte, la necesidad de poner el derecho administrativo colombiano en sintonía con las tendencias dominantes y en especial con la escuela del "servicio público" con la cual se identificaban algunos juristas y también de sistematizar las diversas normas expedidas desde 1913, llevaron al gobierno a presentar al Congreso en 1939 un proyecto de ley que se convertía en el nuevo Código Contencioso Administrativo (Ley 167 de 1941). Aunque, una vez más, el marco constitucional impidió la adecuada extensión de las competencias, al menos fue posible reglamentar mejor el procedimiento contencioso administrativo. Tiempo después la Corte Suprema de Justicia habría de declarar inexecutable algunas de las nuevas competencias del juez administrativo, o de interpretarlas restrictivamente. Posteriormente, el Acto Legislativo 1 de 1945, entre otras innovaciones, suprimió (art. 52), la norma constitucional que daba competencia a la Corte respecto de "los negocios contenciosos en que tuviera parte la nación o que constituyeran litigio entre dos o más departamentos", sobre la cual se fundaban los artículos del Código de Procedimiento Civil que fijaba la competencia de los jueces ordinarios en materia contencioso contractual y de la responsabilidad extracontractual de las personas públicas. Aun así, hasta 1964 la jurisprudencia ordinaria, en frecuente conflicto con la*

En suma, antes de la expedición del Decreto Ley 528 de 1964 las normas procesales aplicables para la solución de los conflictos derivados de los contratos de la administración pública resultaban ser las propias del derecho privado.

En ese orden, atendiendo al artículo 2536 del Código Civil, vigente para la época en que se suscribió la Escritura Pública n.º 1.572 del 2 de octubre de 1962, el término de la prescripción de la acción ordinaria era de 20 años. Así las cosas, como entre la suscripción del contrato demandado, 2 octubre de 1962, y la presentación de la demanda, 4 de marzo de 2002 (fl. 52, c. ppal), se superó con creces el término de prescripción, se impone declararla, en tanto se encuentra probada y, además, fue alegada por la parte demandada.

Ahora, si bien la Sección ha sostenido que la facultad oficiosa del juez para declarar la nulidad absoluta del contrato no está sometida al término de caducidad de la acción, en tanto *"el ejercicio de una potestad difiere sustancialmente del ejercicio del derecho de acción, por virtud del cual se acude a la jurisdicción para pedir la declaración judicial..."*; no obstante, sí se impone la limitación contenida en el artículo 1742 del Código Civil *"que prevé el saneamiento de la nulidad por prescripción extraordinaria de 20 años⁹, aún cuando la misma se haya generado por objeto o causa ilícitos"¹⁰.*

Efectivamente, el citado artículo 1742 dispone que los vicios de nulidad absoluta, diferentes de los de objeto y causa ilícitos, podrán sanearse por ratificación. Pero cualquier vicio, entre ellos los excluidos anteriormente para el saneamiento por ratificación, se saneará por prescripción extraordinaria¹¹.

Ahora, aun cuando la Sala ha sostenido que es posible el pronunciamiento oficioso del juez para declarar la nulidad absoluta del contrato sin consideración al término de caducidad,

contencioso administrativa, entendió que tales normas legales seguían vigentes a pesar de la abrogación de la regla constitucional en que se fundaban, pues esta abrogación solo significa la desconstitucionalización del problema, por lo cual, para poder afirmar la competencia del juez administrativo, era necesario reformar la ley. Estas discrepancias hicieron que la Ley 27 de 1963 revistiera de facultades extraordinarias al Presidente de la República "para delimitar la competencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, a fin de dar exacto cumplimiento al numeral 3 del artículo 141 de la Constitución Nacional". En consecuencia, el Presidente expidió el Decreto-Ley 528 de 1964, que extendió los poderes del juez administrativo con la formulación de una cláusula general de competencia a su favor dentro de la cual quedaron cobijadas las controversias sobre responsabilidad de la administración, así como las relativas a los contratos administrativos".

⁹ Cita original: *"Se precisa que si bien es cierto que la ley 791 de 2002, art. 1, redujo estos términos a 10 años, la misma no es aplicable al caso que se analiza, puesto que el contrato materia de evaluación se celebró con anterioridad a su vigencia".* La Sala hace suya esa precisión, en tanto resulta aplicable al presente asunto.

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de julio de 2005, exp. 12.249, M.P. Alier Hernández Enríquez; reiterada por la misma Sección en sentencia del 16 de febrero de 2006, exp. 13.414, M.P. Ramiro Saavedra Becerra.

¹¹ En su parte pertinente, la norma prescribe: **"OBLIGACIÓN DE DECLARAR LA NULIDAD ABSOLUTA. (...)** Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria".

también precisó que esa posibilidad estaba atada al término de 20 años de prescripción señalado en el artículo 1742 del Código Civil, arriba citado. En ese orden, como el contrato cuestionado en esa oportunidad fue celebrado el 8 de abril de 1999, es claro que para el momento en que se produjo el fallo de esta Corporación ni siquiera había transcurrido el referido término de prescripción y, por consiguiente, estaba habilitada la potestad oficiosa del juez, como en efecto se hizo¹².

En conclusión, es claro que sobre la pretensión de nulidad absoluta del contrato n.º 1.572 de 1962 se configuró el fenómeno de la prescripción y así habrá que declararlo.

Por último, conviene precisar que en algunos precedentes esta Corporación ha señalado que mientras esté en vigencia el contrato se puede solicitar la nulidad absoluta del mismo. Efectivamente, en reciente oportunidad, la Subsección C, sostuvo¹³:

Para la Sala no se encuentra probada la excepción de caducidad de la acción contractual, toda vez que con fundamento en la jurisprudencia de la Corporación que fijó la hermenéutica del postulado contenido en el inciso final del artículo 136 del C.C.A. –modificado por el decreto 2304 de 1989–, mientras el contrato se encuentre en ejecución no resulta viable señalar que ha operado el fenómeno de la caducidad de la acción en relación con la pretensión puntual de nulidad absoluta del mismo.

En efecto, esta Sección sobre el particular puntualizó:

"1) La demanda que se presenta pretende la declaratoria de inexistencia de un convenio interadministrativo celebrado el 27 de agosto de 1969 entre el ICEL, LA ELECTRIFICADORA DE BOLÍVAR S.A. y EMPRESAS PÚBLICAS MUNICIPALES DE CARTAGENA, porque sobre el mismo pesa una causal de nulidad absoluta, cual es la ausencia de competencia del representante de una de las partes –el municipio de Cartagena– para suscribirlo. Si bien resulta antitécnica la petición de declaratoria de inexistencia, es evidente para la Sala que lo pretendido es la declaratoria de nulidad absoluta de ese convenio.

"2) La ley 80 de 1993 al señalar la posibilidad de demandar la nulidad absoluta de un contrato, no indicó un término para el efecto. Frente a la ausencia de disposición en tal sentido debe acudirse a la regla del art. 136 del C.C.A., que señala en dos años el término para intentar la acción contractual.

"3) Al no existir norma que expresamente señale desde que momento se empieza a contar ese término, debe entenderse que ha de serlo desde la terminación y liquidación del contrato.

¹² Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de septiembre de 2015, exp. 33.139, M.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 9 de mayo de 2011, exp. 17.863, M.P. Enrique Gil Botero.

"4) En este caso el contrato no se ha terminado, aún continúa en su ejecución; en consecuencia, no es posible que haya operado el fenómeno de la caducidad de la acción, frente a la petición de nulidad absoluta de un contrato que aún se ejecuta.

"(...)"¹⁴

En similar sentido, y ya en vigencia de la regulación contenida en la ley 446 de 1998, la jurisprudencia de la Corporación discurre así:

"En este orden de ideas, como la demanda está orientada a declarar la nulidad absoluta de un contrato de donación, que al parecer se celebró contraviniendo un mandato constitucional, no resulta admisible pensar en un rechazo de la demanda con base en el fenómeno jurídico de la caducidad de la acción, menos aún teniendo en cuenta la naturaleza del bien objeto de disposición, ya que de ser un bien fiscal su dominio o posesión es susceptible de transferencia, pero no puede adquirirse por prescripción (art. 407 num. 4 del C.P.C); por lo tanto, en casos como el que ocupa la atención de la Sala, resulta aplicable el criterio de que el simple transcurso del tiempo no tiene la virtualidad de sanear la ilegalidad de una actuación estatal para convertirla en lícita.¹⁵ Adicionalmente, el párrafo 1° del art. 136 del C.C.A. establece que la acción de nulidad podrá ejercitarse en cualquier tiempo a partir de la expedición del acto."¹⁶

En ese orden de ideas, al margen de que el ordenamiento aplicable fuera el contenido en el decreto 2304 de 1989, o el vigente consagrado en la ley 446 de 1998, lo cierto es que es posible señalar sin ambigüedad alguna que cuando se invoca la nulidad absoluta sobreviniente de un contrato estatal, no es posible computar el término de caducidad –bien sea de 2 o más años– desde que entró en vigencia el nuevo ordenamiento superior, sino que, en este tipo de situaciones muy especiales y específicas el término de caducidad aplicable sólo iniciará su conteo hasta tanto no se produzca la terminación del contrato estatal.

En efecto, cuando la pretensión está fundamentada en la posibilidad de decretar la nulidad absoluta de un contrato por la entrada en vigencia –con posterioridad a la suscripción del negocio– de un precepto de rango superior, deviene inadmisibile aplicar en sentido rígido las disposiciones sobre caducidad porque el legislador no contempló ni reguló esa situación concreta, razón por la que corresponde a esta Corporación fijar la interpretación que más se acompase con los lineamientos superiores, esto es, la que respete en mayor medida el efecto útil de los principios constitucionales y, concretamente, el acceso efectivo a la administración de justicia.

¹⁴ Cita original: Consejo de Estado, Sección Tercera, auto de 9 de octubre de 1997, exp. 13.907, M.P. Daniel Suárez Hernández.

¹⁵ Cita original: Ver al respecto el auto del 25 de octubre de 1999, expediente No. 16153, actor: Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca.

¹⁶ Cita original: Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 13 de diciembre de 2001, exp. 20609, M.P. Ricardo Hoyos Duque.

De otro lado, precisa señalar que el pronunciamiento sobre la referida excepción se hace oficiosamente, en tanto en primera instancia no se pronunciaron al respecto. Lo anterior es posible por cuanto se trata de un presupuesto procesal necesario para definir los puntos sobre los cuales el juez puede pronunciarse de fondo frente a la *litis* planteada¹⁸. Por esa misma razón, la segunda instancia conserva la facultad oficiosa de revisar la caducidad o la prescripción, en la medida que no se vulnere el principio de la *no reformatio in pejus*. Ese principio, no se afecta en el *sub lite*, en tanto la declaratoria de prescripción de la pretensión de anulación absoluta del contrato en estudio no varía *per se* la sentencia de primera instancia frente a la declaratoria de desequilibrio contenida en ella. Cosa distinta es que se pueda variar al analizar ese punto de fondo, habida cuenta de que fue objeto de apelación.

Sin embargo, frente a los presupuestos procesales pueden presentarse varias situaciones:

(i) *Que no se resuelva en primera instancia sobre el presupuesto procesal.* En este supuesto, el juez *ad quem* conserva la facultad oficiosa para declarar no satisfecho el respectivo presupuesto procesal, así no haya sido objeto de la apelación, sin que ello comporte la violación del principio de la *no reformatio in pejus*, según lo contempla el artículo 164 del Código Contencioso Administrativo cuando prevé que "*el silencio del inferior no impedirá que el superior estudie y decida todas las excepciones de fondo, propuestas o no, sin perjuicio de la reformatio in pejus*", esto es, el *ad quem* debe verificar que todos los presupuestos procesales se cumplan¹⁹, en tanto tales presupuestos son necesarios para un pronunciamiento de fondo y si no están cumplidos mal haría la segunda instancia en confirmar una decisión que resuelve de fondo la cuestión, cuando ello era improcedente.

(ii) *Que se resuelva en primera instancia sobre el presupuesto procesal en el sentido de declararlo cumplido, pero realmente está incumplido.* En ese hipotético, aun cuando el objeto de la apelación no se concrete en ese particular, como cuando solo apela la parte actora para que

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 9 de febrero de 2012, exp. 21.060, M.P. Mauricio Fajardo Gómez. En esa oportunidad, precisó: "*Ahora bien, en relación con la mencionada regla general, según la cual aquellos temas no propuestos en el recurso de alzada estarían llamados a excluirse del conocimiento del juez ad quem, conviene precisar que dicha regla general no es absoluta, puesto que la misma debe entenderse y admitirse junto con las excepciones que se derivan, por ejemplo, i) de las normas o los principios previstos en la Constitución Política; ii) de los compromisos vinculantes asumidos por el Estado a través de la celebración y consiguiente ratificación de Tratados Internacionales relacionados con la protección de los Derechos Humanos y la vigencia del Derecho Internacional Humanitario, o iii) de las normas legales de carácter imperativo, dentro de las cuales se encuentran, a título puramente ilustrativo, aquellos temas procesales que, de configurarse, el juez de la causa debe decretar de manera oficiosa, no obstante que no hubieron sido propuestos por la parte impugnante como fundamento de su inconformidad para con la decisión censurada*".

¹⁹ Cfr. Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia del 1 de noviembre de 2007, exp. 15728, C.P. María Inés Ortiz Barbosa. Sobre el deber del *ad quem* de verificar los presupuestos procesales, se dijo: "*Es necesario advertir en primer lugar que en cualquiera de las instancias, es deber del fallador verificar el cumplimiento de los presupuestos de la acción que ejercita el demandante con el fin de despejar la existencia de hechos que impidan decidir sobre el fondo de las pretensiones de la demanda, de manera que ante la presencia de alguno, debe declararlo aún de manera oficiosa, en la sentencia*".

se aumente la condena, el juez *ad quem* conserva la facultad oficiosa para estudiar nuevamente el presupuesto procesal, en tanto como se dijo en el hipotético anterior, mal haría el juez en avalar una decisión de fondo, cuando esta resultaba improcedente, como lo ha precisado la Sala en anterior oportunidad²⁰.

(iii) Que se resuelva en primera instancia sobre el presupuesto procesal en el sentido de declararlo incumplido, pero realmente está cumplido. En este supuesto, el juez *ad quem* solo podrá pronunciarse sobre el particular, si la parte afectada con la decisión la cuestiona en la alzada, toda vez que en los términos del artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, el *"superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto de la apelación"*.

Podría pensarse como irrealizable este supuesto, en tanto siempre que se declara incumplido un presupuesto procesal, como el de la caducidad de la acción, regularmente la parte actora apela; sin embargo, puede ocurrir que sean dos pretensiones, en donde frente a la pretensión (A) el juez *a quo* declare la caducidad y se pronuncie de fondo frente a la pretensión (B). En este hipotético, el apelante único es la parte actora y esta no cuestiona la decisión de caducidad en relación con la pretensión (A), sino que se limita a cuestionar la decisión de fondo del *a quo* respecto de la pretensión (B), verbi gracia cuando pide el incremento de los perjuicios, en caso de una sentencia condenatoria de primera instancia, o que sí existe responsabilidad frente a la pretensión (B), en el evento de una sentencia absolutoria de primera instancia. En cualquiera de esas situaciones, el *ad quem* no podrá pronunciarse sobre la caducidad de la pretensión (A), a pesar de que encuentre que no había caducidad, en tanto eso no fue objeto de la apelación.

La limitante es mucho más evidente cuando, en el hipotético del párrafo anterior, la apelante única es la demandada, quien generalmente apelará por las decisiones que le fueron desfavorables. En esa medida, pronunciarse de oficio sobre la caducidad de la acción de una de las pretensiones que el juez de primera instancia consideró caducada, cuando ello no fue objeto de la apelación interpuesta por la demandada, pone en evidencia una vulneración al principio de la *no reformatio in pejus*.

Vale precisar que la falta de técnica en el recurso de alzada no puede ser impedimento para que el juez *ad quem* asuma el conocimiento de las cuestiones que le corresponda. Por ejemplo, cuando la parte actora a la cual le fue declarada la caducidad, no cuestiona expresamente esa decisión, pero pide en su alzada un pronunciamiento de fondo sobre la pretensión caducada, ello supondrá que el superior necesariamente tendrá que pronunciarse sobre la caducidad, en tanto si bien no se puede enmendar en la parte que no fue objeto de la apelación, también lo es que la excepción a esa regla se da cuando *"en razón de la reforma [de la sentencia apelada] fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquélla"* (artículo 357 del Código de Procedimiento Civil).

²⁰ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 27 de marzo de 2014, exp. 25281, M.P. Danilo Rojas Betancourth. En esa oportunidad se advirtió: *"En aplicación de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 29 de la Constitución Política y el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, la Sala podrá revisar aquellos aspectos relacionados con los presupuestos procesales necesarios para emitir sentencia [...] que son necesarios para emitir decisión de mérito, entonces la Sala se pronunciará sobre dicho punto, a pesar de que el mismo no fue materia de la alzada que motiva esta segunda instancia"*.

1.3.1. Respecto de las demás pretensiones, se tiene que se estructuran alrededor de la cláusula tercera de la Escritura Pública n.º 1.572 de 1962, en tanto constituye una de las fuentes del desequilibrio y de la resolución del contrato, así como de la indemnización de perjuicios deprecada. Lo anterior, a juicio de la actora, habida cuenta que la forma en como quedó redactada impide el pago efectivo del servicio público prestado por la actora.

En esos términos, en el caso en particular, como se trata de un acuerdo vigente y no está demostrada una fecha diferente de su concreción, es claro que los efectos de la referida estipulación aún se están produciendo y, por lo tanto, el cómputo de la caducidad tampoco ha iniciado.

2. EL PROBLEMA JURÍDICO

La cuestión del presente asunto se concreta en establecer si se produjo un desequilibrio financiero del contrato contenido en la Escritura Pública n.º 1.572 del 2 de octubre de 1962. De forma subsidiaria habrá que establecer si hay lugar a la resolución del referido contrato. En cualquiera de las dos pretensiones, de llegar a prosperar, deberá determinarse la procedibilidad de la indemnización de perjuicios deprecada.

Por último, de no prosperar ninguna de las anteriores pretensiones, la Sala abordará el estudio de la última pretensión subsidiaria donde simplemente se solicita que se declare procedente la indemnización de perjuicios.

3. EL CASO CONCRETO

3.1. De los hechos probados

Es dable aclarar que las pruebas documentales que aquí se citan y analizan fueron aportadas y decretadas en las oportunidades procesales correspondientes; además, los documentos que obran en copia simple y auténtica, es posible valorarlos en los términos de la jurisprudencia de esta Sección²¹.

Vale precisar que los hechos probados relacionados en los numerales 3.1.5 a 3.1.14. de esta providencia, se extraen de los documentos aportados por la parte actora durante la audiencia de conciliación judicial realizada ante el *a quo* el 26 de julio de 2004 (fs. 186 a 188, c. ppal). En esa oportunidad, participó, además del magistrado ponente, la contraparte y el Ministerio Público. En esos términos, se trata de medios de prueba conocidos por las partes y allegados al proceso durante una actuación procesal admitida legalmente²². En consecuencia, se valorarán sin otra consideración.

²¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de agosto de 2013, exp. 25.022, M.P. Enrique Gil Botero.

²² El artículo 26 de la Ley 640 de 2001 dispone: "*PRUEBAS EN LA CONCILIACIÓN JUDICIAL. En desarrollo de la audiencia de conciliación judicial en asuntos de lo contencioso administrativo, el Juez o Magistrado, de oficio, o a petición del Ministerio Público, podrá decretar las pruebas necesarias para establecer los presupuestos de hecho y de derecho del acuerdo*

De todo ese conjunto probatorio se tiene:

3.1.1. Mediante Escritura Pública n.º 744 del 31 de marzo de 1955 de la Notaría Quinta de Bogotá se constituyó la sociedad Centrales Eléctricas del Cauca, CEDELCA S.A., cuya denominación actual corresponde a la denominación de Centrales Eléctricas del Cauca S.A. Empresa de Servicios Públicos S.A. (reforma introducida a través de la Escritura Pública n.º 2425 del 25 de agosto de 1995 de la Notaría Primera de Popayán). Para el 4 de marzo de 2002, su capital autorizado era de \$27.200.000.000, para un total de 2.720.000.000 acciones (fs. 2 a 7, c. ppal, certificado de existencia y representación de la Cámara de Comercio del Cauca del 4 de marzo de 2002). A través de la Escritura Pública n.º 1604 del 13 de mayo de 1996 se reformaron los estatutos de la referida empresa. Como consecuencia de esas modificaciones, su naturaleza jurídica quedó como la de una empresa de servicios públicos mixta (fs. 8 a 31, c. ppal).

3.1.2. El 2 de octubre de 1962, el Municipio de Santander de Quilichao y la empresa Centrales Eléctricas del Cauca S.A., CEDELCA, suscribieron el contrato contenido en la escritura pública n.º 1.572, del cual se destaca (fs. 32 a 37, c. ppal):

PRIMERO.- Que el compareciente GILBERTO TRUJILLO V., obra en el otorgamiento de esta escritura en su carácter de Personero Municipal de Santander y en ejercicio de la autorización a él conferida por el Acuerdo n.º 2 de abril de 1962, providencia declarada exequible por la Gobernación del Departamento del Cauca el día 13 de abril del citado año, parte que en adelante se denominará EL MUNICIPIO; y que el compareciente IRAGORRI HORMAZA obra en el otorgamiento de este instrumento en su carácter de Gerente Primer Suplente en ejercicio de Centrales Eléctricas del Cauca S.A. Cedelca persona jurídica domiciliada en Popayán, constituida por escritura número setecientos cuarenta y cuatro (744) de treinta y uno (31) de marzo de mil novecientos cincuenta y cinco (1955) de la Notaría Quinta del Circuito de Bogotá, y autorizada para iniciar operaciones por Resolución n.º 824 de 26 de agosto de 1955 de la Superintendencia de Sociedades Anónimas, y debidamente facturado por la Junta Directiva de la mencionada Compañía mediante proposición aprobada en su reunión verificada en Popayán el día 31 de agosto de 1962, parte para los efectos de este contrato se denominará CEDELCA. SEGUNDO.- Que en el carácter ya dicho proceden a formalizar el convenio jurídico que a continuación se determina: a) EL MUNICIPIO suscribe ciento setenta y ocho mil cuatrocientos cincuenta y ocho (178.458) acciones de CEDELCA de valor nominal de diez pesos (\$10) cada una, títulos nominativos que paga, transfiriendo, como en efecto transfiere a CEDELCA, en representación del MUNICIPIO, el dominio y la posesión que este tiene actualmente radicados en la Central Hidroeléctrica de Mondomo, jurisdicción del Municipio de Santander (Cauca), planta integrada por: canal, túnel, represa, desarenador, tanque de presión, tubería, edificios, maquinarias, línea de transmisión, redes de distribución, terrenos y demás anexidades y dependencias de dicha Central Hidroeléctrica, bienes evaluados judicialmente, y por la Asamblea General de Accionistas de Cedelca, según documentos que luego se agregan al protocolo, en la cantidad de un millón

conciliatorio. Las pruebas se practicarán dentro de los treinta (30) días siguientes a la audiencia de conciliación".

setecientos ochenta y cuatro mil quinientos setenta y un pesos con setenta y ocho centavos (\$1.784.571.78) moneda corriente, y el resto en dinero. TERCERO.- Por su parte CEDELCA se obliga para con el MUNICIPIO: a) A suministrarle, entre las seis (6) de la tarde y las seis (6) de la mañana, el servicio de alumbrado público de la ciudad de Santander y demás dependencias municipales y el servicio de energía permanente del Hospital "Francisco de Paula Santander" y de los establecimientos de educación municipales a las tarifas que para el efecto fije el Ministerio de Fomento y con cargo a las utilidades que se liquiden a favor del Municipio por el aporte total de las acciones suscritas y pagadas conforme al presente contrato, y demás que el Municipio de Santander posea como accionista de CEDELCA. El saldo que resultare a favor del Municipio se reinvertirá en acciones de CEDELCA por su valor nominal; y, si hubiere saldo en contra de éste se deferirá para su posterior cancelación con futuras utilidades. PARÁGRAFO.- Es entendido que el Municipio debe suministrar y reponer oportunamente toda la bombillería necesaria y adecuada, para poder utilizar el servicio de alumbrado a que se refiere este punto. b) A efectuar las reparaciones indispensables a la Central Hidroeléctrica de Mondomo para obtener que se preste un servicio ininterrumpido y eficiente. c) A efectuar por su cuenta todos los trabajos relacionados con la unificación y rectificación de redes de transmisión y distribución, de acuerdo con planes aprobados por el Instituto de Aprovechamiento de Aguas y Fomento Eléctrico, trabajos que se efectuarán en un plazo máximo de tres (3) años contaderos a partir de la fecha en que se haga entrega a CEDELCA de la Hidroeléctrica de Mondomo. D) A completar la red en el sector urbano de la ciudad de Santander, incluyendo la línea neutra que falta para independizar el alumbrado público, de manera que el servicio de alumbrado pueda efectuarse de las (6) de la tarde a las seis (6) de la mañana. e) A interconectar la Central Hidroeléctrica de Mondomo con las de Ovejas, Asnazú y Río Palo, a fin de garantizar eficiente servicio tanto a los suscriptores del Municipio de Santander como de otras localidades del Norte del Departamento. f) A efectuar estudios tendientes a la electrificación rural para ser realizados tan pronto como haya generación suficiente de energía y lo permitan los recursos financieros de la Empresa. CUARTO. Que los linderos de los inmuebles integrantes de la Central Hidroeléctrica de Mondomo en donde está construida la obra civil y los edificios de dicha central, son los siguientes [se describen los linderos. La cláusula quinta relacionada los documentos integrantes del instrumento suscrito y, finalmente, se consignan el pago de los derechos notariales y otros gastos].

3.1.3. El 20 de diciembre de 1999, mediante resolución 009925, la Superintendencia de Servicios Públicos tomó posesión de los negocios, bienes y haberes de CEDELCA S.A. E.S.P., habida cuenta de la imposibilidad de esta empresa de prestar el servicio público con la continuidad y calidad debidas. La medida se adoptó con el fin de garantizar la prestación del servicios (fs. 230 a 239, c. ppal).

3.1.4. El 21 de octubre de 2002, el Jefe la Unidad de Apoyo de Contabilidad de CEDELCA S.A. E.S.P. certificó que revisados los libros auxiliares de cuenta, el Municipio de Santander de Quilichao posee \$72.095.395 acciones en la referida empresa; además, señaló que en "los registros contables en libros auxiliares con corte a 31 de julio de 2002, Centrales Eléctricas del Cauca S.A. E.S.P. no ha cancelado dividendos de ninguna especie a sus accionistas" (fl. 90, c. ppal).

3.1.5. El 12 de octubre de 2002, el Alcalde de la demandada solicitó al Ministro de Hacienda y Crédito Público implementar un plan de alivio que permita contar con recursos para evitar la liquidación de las electrificadoras (fl. 126, c. ppal).

3.1.6. El 24 de abril de 2003, mediante circular n.º 025, el Ministerio de Minas y Energía informó a los representantes legales de los entes territoriales sobre el destino de los recursos provenientes del artículo 107 de la Ley 788 de 2002²³, en los siguientes términos (fl. 129, c. ppal):

Como es de su conocimiento, mediante la Ley 788 de 2002 y ratificado tanto lo ordenado por esta ley como la intención del Gobierno Nacional en aras de normalizar las deudas oficiales de los entes territoriales con las Empresas Distribuidoras y Comercializadoras de Energía Eléctrica del país, queremos acudir

²³ Es disposición prescribía: "El párrafo primero del artículo treinta y cinco transitorio de la ley 756 de 2002 quedará así: *Parágrafo 1o. Por una sola vez, el porcentaje restante del treinta por ciento (30%) de los recursos de que trata el inciso primero del presente artículo, descontadas las participaciones a que se refieren los párrafos segundo y tercero del presente artículo, serán destinados de la siguiente manera: // a) El noventa por ciento (90%) exclusivamente al pago de la deuda vigente a junio 30 de 2002, debidamente reconocida y causada por el suministro de energía eléctrica, incluyendo alumbrado público, a los departamentos y municipios, así como a los centros educativos, a las instituciones de salud, a las empresas de acueducto y de saneamiento básico, que en su totalidad dependan o estén a cargo de dichas entidades territoriales. El monto de los recursos a disponer será certificado por el Ministerio de Minas y Energía con fundamento en la información que presenten las entidades del sector eléctrico. // Los recursos podrán ser girados directamente a los acreedores. // El Gobierno Nacional dentro de los 90 días siguientes a la promulgación de esta ley, hará la reglamentación pertinente, de conformidad con lo establecido por las normas que regulan la material <sic> en especial la Ley 383 de 1997, Ley 9a. de 1989, Ley 142 de 1994. // Los desembolsos se efectuarán una vez expedido el decreto reglamentario del presente artículo y sujeto a la disponibilidad fiscal. Dicho decreto deberá ser expedido dentro de un término de tres meses prorrogables por otros tres meses; // b) El 10% restante irá exclusivamente a normalizar eléctricamente los sectores urbanos de invasión, subnormalidad y desplazamiento. // Las empresas distribuidoras de energía en cada región deberán aportar a título gratuito los diseños de interventoría técnica para la ejecución de los respectivos proyectos de normalización eléctrica. Este será un requisito indispensable para la asignación de los recursos. Los proyectos de normalización eléctrica podrán contemplar la acometida a la vivienda del usuario, incluyendo el contador o sistema de medición del consumo. // Las autoridades de las entidades territoriales de acuerdo con su respectiva competencia tendrán un plazo de 30 días calendario, siguientes a la entrada en operación del respectivo proyecto de normalización eléctrica, para expedir los actos administrativos necesarios que asignen en forma provisional o definitiva el respectivo estrato a fin de que la empresa distribuidora de energía pueda facturar en forma individualizada el consumo de cada usuario. // La no expedición de los actos administrativos de estratificación provisional o definitiva será causal de mala conducta y obligará a la entidad territorial a pagar la respectiva factura que presente la empresa distribuidora de energía sin detrimento de las acciones de repetición a que haya lugar por causa de esta omisión. // Considérense como inversión social los gastos a que se refiere el presente artículo". Este artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-1114 del 25 de noviembre de 2003, exp. D-4585 M.P. Jaime Córdoba Triviño.*

a sus oficinas y autonomía para que inicie el trámite pertinente y necesario de acuerdo a las normas de presupuesto vigentes, para incorporar la deuda que usted ha certificado y que reposa en documentos en el Ministerio de Minas y Energía al presupuesto de su respectivo ente territorial contablemente del ingreso como los gastos o pagos que se van a efectuar con los recursos asignados. Como bien sabe usted, para poder acceder a estos recursos, se hace necesaria esta incorporación, por lo que rogamos iniciar los trámites presupuestales pertinentes con la mayor brevedad.

En caso de presentar alguna inquietud respecto a los montos a incluir rogamos acudir directamente a las empresas de energía a quienes les fueron [ilegible].

3.1.7. El 9 de junio de 2003, a través de la circular n.º 035, el Ministerio de Minas y Energía insistió en el requerimiento arriba formulado a los entes territoriales (fl. 127, c. ppa).

3.1.8. El 26 de junio de 2003, el Alcalde del Municipio de Santander de Quilichao en comunicación D-374 dirigida al Ministro de Hacienda y Crédito Público, le informó (fl. 125, c. ppa):

La Administración Municipal de Santander de Quilichao, Cauca, hace, Señor Ministro, conocer la satisfacción en relación con la gestión que el Gobierno Nacional tiene de invertir recursos para el salvamento financiero de las empresas de servicios públicos, en el caso de nuestro Departamento, la empresa Centrales Eléctricas del Cauca CEDELCA S.A. E.S.P.

Adjunto a la presente se remite una relación de los montos facturados por la Empresa como servicio de energía a instalaciones públicas y alumbrado público del Municipio, que consuetudinariamente estas y otras administraciones se han opuesto a su cancelación por considerar que son derechos estos, amparados por el convenio contractual contenido en la Escritura Pública n.º 1572 de octubre 02 de 1962.

Doctor Alberto Carrasquilla, bajo las consideraciones arriba formuladas, la administración a mi cargo deja a su consideración la cancelación de estos valores facturados al municipio de Santander de Quilichao.

3.1.9. El 9 de septiembre de 2003, mediante comunicación 479622, radicada en la entidad demandada el 16 de septiembre del mismo año, el representante legal de CEDELCA solicitó al Municipio de Santander de Quilichao lo siguiente (fl. 128, c. ppa):

Ante el Ministerio de Minas y Energía registramos el reconocimiento de la deuda del Municipio de Santander de Quilichao a Cedecca, por concepto de energía eléctrica y alumbrado público hasta 30 de junio de 2002, por un valor de \$4.337.794.2999.

El Ministerio de Minas y Energía y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público procederán a cancelar ese valor registrado a nuestra Empresa, de acuerdo con el artículo 107 de la Ley de Reforma Tributaria (788 del 27 de diciembre de 2002), parágrafo 1, ordinal a).

Para que este pago sea efectivo, es indispensable que el presupuesto del Municipio de Santander de Quilichao sea adicionado para el presente año 2003, en la suma de \$4.337.794.299, para pagos de servicios públicos de energía.

Le solicito de la manera más urgente, proceder a realizar esta adición presupuestal e informarle por escrito a la Gerencia de Cedelca S.A. E.S.P.

Comentado [DVMM1]: Reconocen la deuda...

3.1.10. Mediante comunicaciones de octubre de 2003, recibidas por el municipio demandado el 11 de octubre y el 11 de noviembre del mismo año, el Ministerio de Minas y Energía le comunicó al ente territorial que registraron la deuda que tenía con CEDELCA por valor de \$4.337.794.299 y que procederían a efectuar la resolución de distribución de los recursos del artículo 107 de la Ley 788 de 2002 con base en ese monto. En consecuencia, reiteró el cumplimiento de las circulares 25 y 35 del 24 de abril y 9 de junio, en el sentido de proceder a la incorporación del monto de la deuda en el presupuesto de la aquí demandada (fs. 130 y 131, c. ppa).

3.1.11. El 23 de noviembre de 2003, el artículo 107 de la Ley 788 de 2002 fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional²⁴, debido a la violación del principio de unidad de materia²⁵.

3.1.12. El 27 de noviembre de 2003, el Municipio de Santander de Quilichao y CEDELCA suscribieron el siguiente acuerdo (fs. 132 y 133, c. ppa):

Comentado [DVMM2]: Suscripción de un acuerdo.

PRIMERA: Que entre CEDELCA S.A. E.S.P. y el Municipio de Santander de Quilichao se suscribió la Escritura Pública n.º 1572 del 2 de octubre de 1962 y en la

²⁴ Sentencia C-1114 del 25 de noviembre de 2003, exp. D-4585, M.P. Jaime Córdoba Triviño. En esa ocasión, el Alto Tribunal sostuvo: "Como puede advertirse, entonces, el artículo 107 citado contiene varias reglas de derecho que entran a hacer parte del régimen nacional de regalías. No se trata, por lo tanto, de una disposición que regule la materia tributaria de que trata la Ley 788 de 2002. Tampoco puede decirse que entre las reglas de derecho consagradas en ese artículo y la materia tributaria exista una relación de conexidad objetiva y razonable. Por el contrario, se trata de un artículo que desarrolla un tema que no guarda relación alguna con la materia de que trata la ley de que hace parte. Por lo tanto, se está ante una disposición expedida con claro desconocimiento del principio de unidad de materia y que, por lo mismo, debe ser retirada del ordenamiento jurídico". Vista en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/c-1114-03.htm>. El 14 de abril de 2016.

²⁵ Si bien la sentencia en cita no obra en el expediente, la Sala considera admisible su valoración, en atención a lo dispuesto por el artículo 10 de la Ley 527 de 1999 que admite como medios de pruebas los mensajes de datos, entendidos como "la información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada por medios electrónicos". El mismo criterio ha sido aplicado antes por el pleno de la Sección Tercera y las Subsecciones B y C de la misma Sección, como una forma de propender por la utilización de las nuevas tecnologías en la dinámica de las relaciones intersubjetivas, y por supuesto en la actividad probatoria dentro de los procesos judiciales. Al respecto véanse la sentencia de 24 de octubre de 2013, exp. 26.690 y el auto de 6 de diciembre de 2012, exp. 45.679, ambos con ponencia del Consejero Jaime Orlando Santofimio y la del 27 de marzo de 2014, exp. 27364, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

cláusula tercera de la citada escritura se estableció la prestación del alumbrado público a la ciudad de Santander de Quilichao y demás dependencias municipales y el servicio de energía permanente del Hospital Francisco de Paula Santander y de los establecimientos de educación municipales por parte CEDELCA S.A. E.S.P. con cargo a las utilidades que se liquiden a favor del municipio por el aporte total de las acciones suscritas y pagadas conforme al contrato contenido en la escritura n.° 1572 de octubre 2 de 1962, y demás que el municipio de Santander posea como accionista de Cedelca S.A. E.S.P. Como hasta ahora CEDELCA S.A. E.S.P. no ha generado utilidades esta obligación no ha podido ser pagada por el municipio de Santander de Quilichao con las utilidades respectivas. SEGUNDO: El gobierno nacional en desarrollo del artículo 107 de la Ley 788 de 2002 o Ley de Reforma Tributaria reconoció parte de la cartera de las entidades territoriales a favor de las electrificadoras, por lo que, tratándose del Municipio de Santander de Quilichao, el Alcalde Municipal acepta que la suma de cuatro mil trescientos treinta y siete millones setecientos noventa y cuatro mil doscientos noventa y nueve pesos (\$4.337.794.299) Mcte facturada por CEDELCA S.A. E.S.P. por los consumos estipulados en la cláusula tercera de la escritura citada, a 30 de junio de 2002, que será aportada por el gobierno nacional sea imputada para el reconocimiento de dicha cartera, conforme la citada ley, de tal forma que una vez reconocida y pagada por el Gobierno Nacional, no podrá luego cobrarse a cargo de las utilidades de las acciones que el Municipio de Santander de Quilichao posee en la electrificadora. PARÁGRAFO: La empresa Cedelca S.A. E.S.P. se compromete a solicitar la suspensión provisional de los procesos ejecutivos adelantados contra el Municipio de Santander de Quilichao por concepto de esta facturación, a partir de la firma de este documento y la solicitud de desistimiento de los mismos procesos en el momento en que la empresa Cedelca S.A. E.S.P. reciba del gobierno nacional los citados recursos. TERCERO: El alcalde municipal de Santander de Quilichao autoriza a la empresa CENTRALES ELÉCTRICAS DEL CAUCA S.A. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS a desarrollar todas las actuaciones necesarias para obtener el reconocimiento de la obligación señalada por parte del Gobierno Nacional.

3.1.13. El 4 de diciembre de 2003, mediante Acuerdo n.° 011, el Concejo Municipal de Santander de Quilichao adicionó su presupuesto de ingresos para la vigencia de 2003 en la suma de \$4.337.794.299, con el fin de cumplir con lo dispuesto en el artículo 107 de la Ley 788 de 2002 y, en consecuencia, pagar la obligación arriba referida. En el mismo acuerdo se aclaró que lo reconocido por el municipio "es el monto de la facturación con corte a 30 de junio de 2002 por concepto de la prestación del servicio de alumbrado público y suministro de energía" (fs. 122 y 123, c. ppal)²⁶.

3.1.14. Mediante resolución 181726 del 12 de diciembre de 2003, el Ministerio de Minas y Energía, en cumplimiento de lo dispuesto en el literal a) del artículo 1 de la Ley 859 de 2003, distribuyó los recursos disponibles para el pago del capital adeudado a las empresas de

²⁶ El citado Acuerdo fue publicado el 5 de diciembre de 2003 (fl. 138, c. ppal, certificación del Personero Municipal de Santander de Quilichao).

servicios públicos, entre otras, CEDELCA y al Municipio de Santander de Quilichao (ffs. 145 a 150, c. ppal)²⁷.

3.1.15. Para el 30 de abril de 2007, CEDELCA tampoco había distribuido utilidades y tenía unas pérdidas por \$14.706.400.471,29 (ff. 229, c. ppal, certificación del Jefe de la Unidad de Apoyo de Contabilidad de CEDELCA).

Comentado [DVMM3]: Sin utilidades

3.1.16. El 17 de noviembre de 2016, la Sala decretó prueba de oficio para que se allegara copia integral del expediente 34.055 que cursa ante esta Sección, con el fin de verificar la incidencia de las pruebas allí obrantes en el presente proceso.

En el referido expediente se pretende la nulidad absoluta del contrato de condiciones uniformes del año 1997, toda vez que según el municipio de Santander de Quilichao le fue impuesto por CEDELCA sin atender las condiciones previamente pactadas en la escritura pública 1562 del 2 de octubre de 1962, cuestionada en el presente proceso, en donde se fijaron las condiciones para la prestación del servicio de alumbrado público en el municipio de Santander de Quilichao y el servicio domiciliario de energía eléctrica a las distintas dependencias municipales.

Dentro de las copias allegadas se tiene que el 31 de diciembre de 1997, CEDELCA S.A. E.S.P. elaboró el contrato de condiciones uniformes para la prestación del servicio público domiciliario de energía eléctrica con el municipio de Santander de Quilichao (ff. 144, c. 5).

Comentado [DVMM4]: ccu

3.2. LA CUESTIÓN DE FONDO: LOS EFECTOS DEL ACUERDO DEL 27 DE NOVIEMBRE DE 2003

3.2.1. De entrada debe advertirse que todas las pretensiones subsidiarias circunscribieron sus reclamaciones económicas al valor de \$3.356.621.836, por concepto del servicio de energía prestado al Municipio de Santander de Quilichao, causado desde la fecha de la suscripción del contrato en estudio, esto es, el 2 de octubre de 1962. Vale advertir que para la pretensión de desequilibrio se definió esa misma cantidad y el periodo reclamado partió desde la aludida fecha de suscripción del contrato hasta la presentación de la demanda.

Vale precisar que ese monto se fijó en cumplimiento del auto inadmisorio del 15 de abril de 2002 proferido por el *a quo* en el que le solicitó a la actora que fijara el monto de sus reclamaciones (ffs. 55 y 56, c. ppal); sin embargo, la corrección se circunscribió a realizar lo ordenado, pero sin dejar a salvo otras reclamaciones distintas a las incorporadas en las nuevas pretensiones corregidas.

En ese orden, aun cuando el fundamento de esa pretensión económica varió en las pretensiones subsidiarias de la demanda, en tanto para la primera pretensión subsidiaria el fundamento lo fue el desequilibrio contractual, al tiempo que para la segunda lo fue el incumplimiento contractual, y para la tercera lo fue la indemnización de perjuicios, todas ellas se concretaron en la misma declaración consecencial económica, esto es, la cancelación del servicio de energía eléctrica prestado al municipio demandado.

²⁷ Los valores de la distribución contenida en la resolución en comento fueron reajustados a través de la resolución 180324 del 24 de marzo de 2004 (ffs. 151 a 154, c. ppal).

Así las cosas, es preciso llamar la atención sobre el hecho de que en el acuerdo del 27 de noviembre de 2003, las partes de la presente *litis* fijaron, en cumplimiento de lo pactado en la cláusula tercera de la escritura pública n.º 1572 del 2 de octubre de 1962 (relativa al pago del servicio público de energía prestado por CEDELCA con cargo a las utilidades que se liquidaran a favor del Municipio de Santander de Quilichao por las acciones suscritas y pagadas y las que llegare a adquirir), que el pago por ese concepto, al 30 de junio de 2002, sería la suma de \$4.337.794.299.

Incluso, las partes en el mismo acuerdo de 2003 señalaron que *“una vez reconocida y pagada por el Gobierno Nacional, no podrá luego cobrarse a cargo de las acciones que el Municipio de Santander de Quilichao posee en la electrificadora”* (fl. 132, c. ppal), con lo cual se finiquitó la deuda que tenían las partes en relación con lo estipulado en la cláusula tercera, al menos por el período allí indicado, esto es, hasta el 30 de junio de 2002, es decir, por una fecha posterior a la presentación de la demanda y con un valor superior al reclamado en la misma.

En esos términos, toda vez que con posterioridad a la demanda las partes llegaron a un acuerdo sobre lo reclamado en relación con la prestación del servicio, la controversia se considera jurídicamente superada, a través de un acuerdo que tiene plenos efectos vinculantes y que como lo ha dicho esta Corporación la única forma de desconocerlo es la demostración de vicios del consentimiento²⁸, que sólo pueden ser alegados por la parte interesada, tal como lo prescribe el artículo 1743 del Código Civil²⁹, en tratándose de nulidades relativas como las que suponen el error, la fuerza y el dolo³⁰, disposición que a su vez proscribe que el juez pueda declararlos oficiosamente y ni siquiera puede el Ministerio Público alegarlos.

En esa línea, precisa recordar que el inciso final del artículo 305 del Código de Procedimiento Civil prescribe que en *“las sentencias se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en alegato de conclusión, y cuando este no proceda, antes de que entre el expediente al Despacho para sentencia, o que la ley permita considerarlo de oficio”*. En

²⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de febrero de 2009, exp. 15.757, M.P. Ramiro Saavedra Becerra.

²⁹ El tenor literal del aparte pertinente del artículo en cita es el siguiente: **“DECLARACIÓN DE NULIDAD RELATIVA>** La nulidad relativa no puede ser declarada por el juez o prefecto sino a pedimento de parte; ni puede pedirse su declaración por el Ministerio Público en el solo interés de la ley; ni puede alegarse sino por aquéllos en cuyo beneficio la han establecido las leyes, o por sus herederos o cesionarios; y puede sanearse por el lapso de tiempo o por ratificación de las partes (...).”

³⁰ Ese artículo señala: **“NULIDAD ABSOLUTA Y RELATIVA>** La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas. // Hay así mismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces. // Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato”.

la misma dirección, el artículo 164 del Código Contencioso Administrativo permite al superior estudiar y decidir todas las excepciones de fondo que se encuentren probadas.

Vaiga precisar que si bien para cuando se firmó el susodicho acuerdo (27 de noviembre de 2003), la Corte Constitucional había declarado inexecutable el artículo 107 de la Ley 788 de 2002, mediante sentencia C-1114 del 25 de noviembre de 2003, norma que fundamentó el referido acuerdo, lo cierto es que esa decisión todavía no se encontraba en firme, puesto que debía notificarse a través de edicto, tal como lo impone el inciso 2º artículo 16 del Decreto 2067 de 1991³¹. Igualmente, la Corte Constitucional ha precisado que la firmeza de sus decisiones de constitucionalidad sólo ocurre tres días después de su notificación³². En consecuencia, la ejecutoria de la sentencia referida se produjo en fecha posterior a la firma del acuerdo, es decir, bajo el amparo de la Ley 788 de 2002.

En todo caso, es oportuno aclarar que los reparos constitucionales quedaron superados con la expedición de la Ley 859 del 26 de diciembre de 2003³³, que reprodujo el contenido del artículo

³¹ Dicho aparte prescribe: *“La Sentencia se notificará por edicto con los considerandos y las aclaraciones y los salvamentos de voto correspondientes, debidamente suscritos por los magistrados y el Secretario de la Corte, dentro de los seis días siguientes a la decisión”.*

³² Auto n.º 283 del 2 de octubre de 2009, solicitud de nulidad de la sentencia C-588 de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. En esa oportunidad, la Corte Constitucional recordó: *“12º Que, tratándose de las sentencias de constitucionalidad, la notificación tiene una gran importancia que se manifiesta cuando se solicita la nulidad del pronunciamiento judicial, pues la oportunidad de presentar la correspondiente solicitud tiene como referente la notificación, dado que, de conformidad con la jurisprudencia, el término para impugnar la sentencia “es de tres días después de la notificación”.*

³³ El artículo 1 de esa ley dispuso: *“El parágrafo 1º del artículo 35 cinco (sic) transitorio de la Ley 756 de 2002 quedará así: Parágrafo 1º. Por una sola vez, el porcentaje restante del treinta por ciento (30%) de los recursos de que trata el inciso primero del presente artículo, descontadas las participaciones a que se refieren los parágrafos segundo y tercero del presente artículo, serán destinados de la siguiente manera: // a) El noventa por ciento (90%) exclusivamente al pago de la deuda vigente con corte a junio 30 de 2002, debidamente reconocida y causada por el suministro de energía eléctrica y servicio de alumbrado público, a las entidades territoriales, así como a los centros educativos, a las instituciones de salud, a las empresas de acueducto y de saneamiento básico, que en su totalidad dependan o estén a cargo de dichas entidades territoriales. // Las empresas prestadoras del servicio de energía eléctrica y de alumbrado público que accedan a los recursos dispuestos en esta ley deberán condonar la totalidad de los intereses de mora y hasta el cincuenta por ciento (50%) de los intereses corrientes que los entes territoriales y sus institutos descentralizados adeudan por concepto de servicio de energía. // La distribución de los recursos a que hace referencia el presente literal, será realizada por el Ministerio de Minas y Energía con fundamento en las certificaciones suscritas por los representantes legales de las entidades territoriales o entes descentralizados, y las empresas acreedoras. Dichas empresas y las entidades territoriales serán responsables por la veracidad y materialidad de las cifras reportadas en las certificaciones. // De las deudas certificadas a junio 30 de 2002, deberán descontarse los abonos que se hayan efectuado con posterioridad a esta fecha. // Los recursos deberán ser girados directamente a los acreedores por parte de la Comisión Nacional de Regalias de conformidad con la distribución efectuada por*

107 de la primera ley en cita. En suma, el acuerdo logrado el 27 de noviembre de 2003 tiene plenos efectos vinculantes.

En esos términos, la Sala revocará la sentencia de primera instancia en su numeral segundo, para en su lugar negar las pretensiones de restablecimiento de la demanda, toda vez que las mismas ya se encuentran superadas por acuerdo entre las partes.

3.2.2. Ahora, en relación con las pretensiones de desequilibrio contractual, incumplimiento e indemnización, la Sala procede a resolverlas así:

3.2.2.1. Frente al desequilibrio contractual, vale la pena recordar que esta Corporación ha precisado que el equilibrio económico del contrato, dado el interés jurídico que con sus efectos pretende tutelar, se encuentra presente en todo tipo de relación comercial que da origen a un vínculo contractual, con independencia del régimen normativo que lo informe³⁴.

En esa misma dirección, la Sección, al ocuparse del particular, concluyó³⁵:

Ahora bien, sea que se trate de un contrato estatal sometido al imperio del Estatuto de Contratación Estatal o sea que se trate de aquellos que por corresponder a una regla de excepción a su aplicación, como ocurre en el caso que ahora se examina, se encuentre sometido a las normas del derecho privado o a disposiciones

el Ministerio de Minas y Energía; // b) El diez por ciento (10%) restante irá exclusivamente a normalizar eléctricamente los sectores rurales y urbanos de invasión, subnormalidad y desplazamiento. // Las empresas distribuidoras de energía en cada región deberán aportar a título gratuito los diseños de interventoría técnica para la ejecución de los respectivos proyectos de normalización eléctrica. Este será un requisito indispensable para la asignación de los recursos. Los proyectos de normalización eléctrica podrán contemplar la acometida a la vivienda del usuario, incluyendo el contador o sistema de medición del consumo. // Las autoridades de las entidades territoriales de acuerdo con su respectiva competencia tendrán un plazo de treinta (30) días calendario, siguientes a la entrada en operación del respectivo proyecto de normalización eléctrica, para expedir los actos administrativos necesarios que asignen en forma provisional o definitiva el respectivo estrato a fin de que la empresa distribuidora de energía pueda facturar en forma individualizada el consumo de cada usuario. // La no expedición de los actos administrativos de estratificación provisional o definitiva será causal de mala conducta y obligará a la entidad territorial a pagar la respectiva factura que presente la empresa distribuidora de energía sin detrimento de las acciones de repetición a que haya lugar por causa de esta omisión. // Considérense como inversión social los gastos a que se refiere el presente artículo. // Parágrafo. La transferencia de los dineros por parte de la Comisión Nacional de Regalías a las entidades a que hace referencia el literal a) del parágrafo 1° del artículo 1° de la presente ley no causarán ningún costo de auditoría financiera; por control excepcional la Contraloría General de la República ejercerá este”.

³⁴ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección, sentencia del 27 de marzo de 2014, exp. 29214, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

³⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 27 de noviembre de 2013, exp. 31431, Mauricio Fajardo Gómez.

especiales, lo cierto es que la equivalencia económica de las prestaciones contractuales constituye un principio medular que se encuentra inmerso en la legislación en materia de contratación estatal y que además lo recogen varias disposiciones del aludido derecho privado³⁶, razón por la cual debe estar presente en todas las relaciones negociales³⁷, máxime cuando uno de los extremos que la integran es una entidad de naturaleza estatal por cuya intervención se desprende que el negocio envuelve una finalidad pública, de manera que por vía de principio el equilibrio económico del contrato también está llamado a permeare las relaciones contractuales sometidas al régimen de los particulares³⁸ en donde una de ellas sea una persona jurídica de derecho público.

³⁶ Cita original: "ARTÍCULO 868. REVISIÓN DEL CONTRATO POR CIRCUNSTANCIAS EXTRAORDINARIAS. Cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir su revisión. // El juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato. // Esta regla no se aplicará a los contratos aleatorios ni a los de ejecución instantánea." (Código de Comercio).

³⁷ Cita original: BENÍTEZ CAORCI, Juan J. "La Revisión del Contrato". Segunda Edición 2010. Editorial Temis Bogotá Pag. 71-72. "A través de una referencia panorámica se detecta que la tutela del débil aparece como una de las más significativas líneas evolutivas del derecho civil contemporáneo. Por consiguiente ha surgido una nueva moral contractual mediante la intervención del juez en el contrato para hacer reinar un mínimo de equidad en las relaciones negociales. En el nuevo concepto de contrato, la equidad y la justicia vienen a ocupar el centro de gravedad en sustitución del mero juego de fuerzas volitivas e individualistas que en la sociedad de consumo, comprobadamente son llevadas al predominio, de la voluntad del más fuerte sobre el más vulnerable, resultando inaceptable el desequilibrio irrazonable de la ingeniería contractual, valorizándose el equilibrio intrínseco de la relación en su totalidad, redefiniéndose por tanto lo que es razonable en materia de concesiones del contratante más débil permitiendo así la existencia de un equilibrio mínimo en la relación contractual".

³⁸ Cita original: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 21 de febrero de 2012, Exp. 2006-00537, M.P. William Namén Vargas. "A la revisión del contrato mercantil refiere el artículo 868 del Código de Comercio, sin definirla. El aspecto para caracterizarla atañe a sus condiciones, requisitos o presupuestos y consecuencias normativas. // En tomo a sus exigencias, delantadamente requiérese la existencia y validez del contrato. La inexistencia y la invalidez excluyen la teoría de la imprevisión y la revisión contractual por desequilibrio prestacional en tal virtud, sin perjuicio de los ajustes pertinentes en las prestaciones consecuenciales por nulidad. (...) // El artículo 868 del Código de Comercio, dispone la regla para contratos de ejecución sucesiva, escalonada, periódica o diferida, cuyas prestaciones se proyectan en espacio temporal distante a su celebración, y pueden afectarse por circunstancias sobrevenidas, previas a su cumplimiento futuro y terminación. Exceptúa los contratos aleatorios y los de ejecución instantánea. De suyo, los eventos alteradores de la simetría prestacional, han de acontecer después de celebrado el contrato, durante su ejecución y previamente a su extinción. Por esto, el precepto excluye el de ejecución instantánea, al agotarse en un solo acto coetáneo, simultáneo, sincrónico e inmediato con su existencia, coincidiendo celebración y

En esos términos, de entrada huelga advertir que la pretensión de revisión del contrato sólo procede cuando las circunstancias imprevistas que afectan la ecuación se han presentado con posterioridad a la suscripción del contrato³⁹.

cumplimiento. Empero, el contrato puede crear prestaciones instantáneas, otras sucesivas, y los contratantes podrán diferir el cumplimiento mientras no contradigan el tipo contractual, ni la ley lo prohíba, ad exemplum, en el mutuo la obligación a cargo del mutuario de restituir el préstamo y pagar intereses, puede ejecutarse al celebrarse o en lapso posterior. La revisión del contrato, en rigor se justifica por una prestación de cumplimiento futuro, cuya ejecución se hace después, en lapso ulterior a su existencia, así la determinación del desequilibrio prestacional o la excesiva onerosidad derive no de esa prestación unitaria sino de todo el contrato. Compréndase, entonces, la imposibilidad práctica de una alteración sobrevenida cuando la prestación se cumple o ejecuta al instante de su existencia, extinguiéndose en el mismo acto, también revisar o terminar lo que no existe. En torno a los contratos aleatorios, la realidad muestra la probable alteración sobrevenida de la equivalencia prestacional, o su excesiva onerosidad en el cumplimiento. Contraría la lógica descartar su presencia ulterior, en especial, tratándose de aleas anormales, ajenas o extrañas al tipo concreto de contrato aleatorio o a su estructura, disciplina legal o a la negociación, previsión, dosificación, distribución y asunción de los riesgos. En estos eventos, procede corregir toda alteración ulterior, imprevista e imprevisible, por fuera o más allá del riesgo propio o alea normal de estos negocios, naturalmente no bajo la regla comentada sino a través de los otros mecanismos singulares (v. gr., la revisión ex art. 1060 del C. de Co, en el seguro), ya los inherentes a la definición o regulación del tipo contractual específico, ora los generales de la buena fe, la equidad y justicia contractual, por cuanto en ningún contrato puede imponerse a una parte soportar al infinito todos los riesgos, menos los anormales so pretexto de la incertidumbre prestacional, el azar, albur o contingencia. // Dentro de los requisitos, está la sobreviniencia de las circunstancias determinantes de la asimetría prestacional. Han de acontecer después de la celebración, durante la ejecución y antes de la terminación del contrato. La sobreviniencia de las circunstancias es immanente al cambio o mutación del equilibrio prestacional en la imprevisión. Las causas preexistentes, aún ignoradas al celebrarse el contrato y conocidas después por la parte afectada, no obstante otra percepción (p.ej., art. 6.2.2, "(a) dichos eventos acontecen o llegan a ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato;" Principios Unidroit, 2010), envuelven desequilibrio congénito, y escapan a la revisión ex artículo 868 del Código de Comercio, a cuyo tenor se autoriza cuando son "posteriores a la celebración de un contrato".

³⁹ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 3 de mayo de 2001, exp. 12.083, M.P. María Elena Giraldo Gómez. En esa oportunidad, la Sección precisó: "Ahora sobre otro punto deben diferenciarse "el reajuste y revisión de precios" por las partes de "la actualización o indexación monetaria"; mediante ésta se trata de preservar la equivalencia o representación monetaria del valor del contrato con el valor representativo real al momento del pago; recuérdese que en la mayoría de la veces por el transcurso del tiempo uno es el momento de ejecución y otro es el momento del pago. La actualización compensa, mediante la corrección, el efecto inflacionario de la moneda, generalmente, hasta el momento en el que se efectúe el pago. Se dice generalmente porque habrán casos en los cuales no procederá la indexación, por situaciones imputables al contratista. (...) // Queda claro entonces que la revisión de precios por las partes es consecuencia de su propia previsión en el contrato y de acuerdo con la fórmula acordada, cuando ocurra en la realidad la variación de los costos determinantes de los precios. Esto no significa que si durante la ejecución del contrato varían los costos determinantes de los

Así las cosas, al aterrizar al caso en estudio, en principio, no puede considerarse constitutiva de desequilibrio contractual la dificultad de hacer efectiva la fórmula de pago en los términos pactados en la cláusula tercera del contrato en estudio, toda vez que esa fue la voluntad de las partes en definir la imputación del pago, por lo cual esta fórmula las vincula.

Conviene aclarar que el pago del servicio prestado pasaba por la obtención de utilidades y se mantenía en suspenso hasta que estas se produjeran, sin que ninguna cláusula hubiera condicionado la prestación del servicio o la resolución del contrato por la falta de pago, en la forma como quedó pactado. Por el contrario, las partes aceptaron el suspenso del pago ante la falta de utilidades. En esos términos, no se trata de una prestación gratuita del servicio, toda vez que este se cobraría de conformidad con las tarifas correspondientes, tan pronto se produjeran las utilidades de las acciones que tiene la demandada en la demandante. En esos términos, no puede considerarse ese pacto contrario *per se* al ordenamiento jurídico, puesto que surgió como fruto de la autonomía de la voluntad de las partes y dentro de los cauces legales.

Sin embargo, tampoco puede desconocerse que cuando la ejecución misma desborda toda razonabilidad para las partes, como ocurre en el *suo iure* en el sentido de incorporar una carga desmedida para una de ellas como lo es la prestación de servicio por más de 40 años sin ninguna contraprestación económica, se impone la reconducción de la relación jurídica. De lo contrario se pondría en riesgo la prestación misma del servicio público con el detrimento que ello comportaría para la comunidad y las finanzas públicas.

Esa reconducción se impone por el ordenamiento jurídico. En efecto, la Constitución Política de 1991 estableció que la prestación de los servicios públicos es una finalidad inherente al Estado, pero bajo una lógica expansionista que permite para el efecto la participación de las comunidades organizadas y de los particulares, pero siempre bajo la regulación, el control y la vigilancia del primero y con el cobro de unas tarifas que garanticen la recuperación de los costos, la solidaridad y redistribución de los ingresos.

Esa concepción constitucional tuvo su desarrollo en las Leyes 142 y 143 de 1994. La primera de ellas, en el artículo 34 prohíbe a las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios las prácticas discriminatorias, abusivas y restrictivas, en particular, la "prestación gratuita o a precios o tarifas inferiores al costo, de servicios adicionales a los que contempla la tarifa" (artículo 34.2); por su parte, el artículo 49 de la Ley 143 de 1994 impone el deber a las autoridades públicas de apropiarse los recursos pertinentes para el pago de los servicios de electricidad, so pena de sanciones⁴⁰. Esas mismas cargas, se reprodujeron en el artículo 7 de la

precios que no podían ser previsibles al momento de ofertar o de celebrar el contrato - que eran imprevisibles - el afectado no pueda reclamar el restablecimiento económico".

⁴⁰ Esa disposición prescribe: "La Nación, las demás entidades territoriales, las entidades descentralizadas de aquéllas y éstas, así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas u órganos que integran la estructura del Estado, en todos los órdenes y niveles, incorporarán en sus respectivos presupuestos apropiaciones suficientes para satisfacer las obligaciones económicas contraídas por el uso del servicio público de electricidad, las cuales se deberán cancelar en las fechas en que se hagan exigibles. // Es deber del Contralor General de la República y de los contralores departamentales, y municipales, según el caso, cerciorarse de que los funcionarios que tienen la responsabilidad de preparar los

Resolución 043 de 1995 de la Comisión de Regulación de Energía, vigente para la época de los hechos⁴¹. Igualmente, el artículo 10 de la citada resolución dispone el respeto de los convenios que se hubieren celebrado con entidades territoriales que se encuentren vigentes, pero siempre que no contradigan las normas aplicables a la materia⁴².

En ese orden, es preciso advertir que las estipulaciones, como la cláusula tercera que aquí se estudia, deben atemperarse a las nuevas exigencias del régimen de competencia de los servicios públicos domiciliados. Permitir que una empresa preste el servicio sin ningún tipo de remuneración como lo supone la realidad contractual que aquí se pone de manifiesto, pone en riesgo la prestación misma del servicio y rompe el esquema de competencia de los servicios públicos impuesto por la nueva normatividad.

En efecto, si bien, en principio, la no producción de utilidades de las acciones del municipio demandado puede considerarse un hecho atribuible a la propia actora, como responsable directa de la actividad empresarial⁴³, lo cierto es que esa circunstancia se muestra como una

proyectos de presupuesto, de ejecutar las apropiaciones y de cancelar las obligaciones incorporen y realicen los pagos derivados de ellas. A quienes no lo hagan, se les sancionará en la forma prevista en las normas vigentes, inclusive solicitando su destitución a la autoridad nominadora competente, sin perjuicio de las responsabilidades civil y penal que puedan corresponderles”.

⁴¹ Ese artículo señala: “El municipio se someterá a los procedimientos para los pagos por concepto del servicio público de energía que tenga establecidos la empresa de servicios públicos con quien acuerde el suministro, para los usuarios oficiales. Estos procedimientos incluyen los definidos para los plazos de vencimientos y sanciones por mora en los pagos. // De acuerdo con las Leyes 142 y 143, la Nación, las demás entidades territoriales, las entidades descentralizadas de aquella y éstas, así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas u órganos que integran la estructura del Estado, en todos los órdenes y niveles, incorporarán en sus respectivos presupuestos apropiaciones suficientes para satisfacer las obligaciones económicas contraídas por el uso del servicio de alumbrado público, las cuales se deberán cancelar en las fechas en que se hagan exigibles. // Es deber del Contralor General de la República y de los contralores departamentales y municipales, según el caso, cerciorarse de que los funcionarios que tienen la responsabilidad de preparar los proyectos de presupuesto, de ejecutar apropiaciones y de cancelar las obligaciones, incorporen y realicen los pagos derivados de ellas. A quienes no lo hagan se les sancionará en la forma prevista en las normas vigentes, inclusive solicitando su destitución a la autoridad nominadora competente, sin perjuicio de las responsabilidades civil y penal que puedan corresponderles”.

⁴² Prescribe el artículo en comento: “Los municipios y las empresas distribuidoras o comercializadores de energía eléctrica tendrán plazo hasta el 30 de junio de 1996 para adecuar sus mecanismos administrativos de operación, y aplicar la presente resolución. No obstante, las empresas distribuidoras continuarán prestando el servicio en los términos acordados en los convenios que hubieren celebrado con las entidades territoriales que se encuentren vigentes y no resulten contrarias a las disposiciones legales aplicables a esta materia”.

⁴³ Está probado que el municipio demandado era apenas un socio minoritario, toda vez que para el 4 de marzo de 2002, el capital autorizado de CEDELCA era de \$27.200.000.000, para un total de 2.720.000.000 acciones (fl. 6, c. ppal, certificado de existencia y representación de la

constante a lo largo de la ejecución contractual por más de 40 años, frente a la cual el nuevo ordenamiento jurídico está llamado a incidir en la relación contractual, toda vez que este responde a una lógica de competencia y de prohibición de gratuidad, que aunque salvaguarda las relaciones contractuales anteriores, lo hace siempre que se ajusten a esas nuevas directrices legales del servicio público. En ese orden, si bien la estipulación contractual carece de reproche jurídico, lo cierto es que la realidad de su ejecución contractual se muestra insostenible, puesto que el servicio no ha tenido ninguna contraprestación económica, lo cual conllevaría a su reajuste, so pena de poner en riesgo la prestación del servicio público, en tanto la lógica de competencia tiene como eje la prestación onerosa de ese servicio, sin perjuicio de los subsidios estatales que el mismo ordenamiento jurídico admite.

Además, se trata de una empresa intervenida debido a su precaria situación económica. En ese escenario, que está plenamente demostrado, se muestra forzosa la modificación del contrato en estudio, al presentarse una situación extraordinaria posterior a su suscripción que ha impactado de forma excesivamente onerosa a la actora. Por lo anterior, se impone su revisión, toda vez que de esa forma se impacta positivamente en la viabilidad de la empresa, lo que de paso puede prevenir cualquier afectación del servicio público para los habitantes del municipio de Santander de Quilichao, en cumplimiento de mandatos superiores que el juez del contrato no puede pasar por alto.

En ese orden, es posible como lo dispone el artículo 868 del Código de Comercio⁴⁴ que el juez adopte los reajustes necesarios para viabilizar la ecuación o, en su defecto, terminarla. En consecuencia, la Sala debería confirmar la sentencia impugnada, en el sentido de declarar probado el desequilibrio de la ecuación financiera, para adecuar la estipulación de la cláusula tercera del acuerdo de 1962, que se convirtió en inviable como fórmula de pago, a la nueva normatividad vigente. Sin embargo, como las partes ya procedieron en esa dirección, según da cuenta el contrato de condiciones uniformes celebrado el 31 de diciembre de 1994 (fl. 144, c. 5), se impone revocar la decisión del a quo, en tanto la cuestión ya está superada y, su lugar, negar las pretensiones de la demanda.

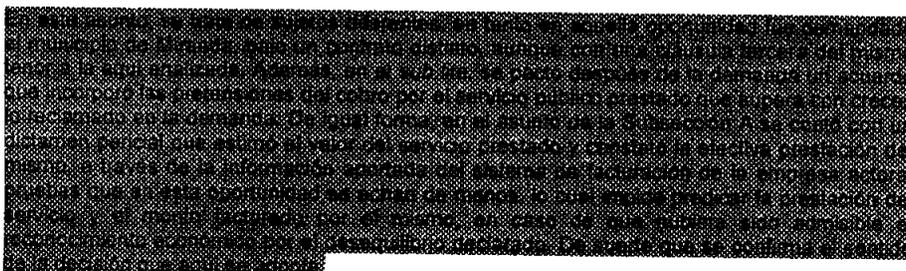
Comentado [DVMM5]: ccu

Cámara de Comercio del Cauca del 4 de marzo de 2002), de las cuales 178.458 acciones eran del municipio de Santander de Quilichao (fl. 33, c. ppal), es decir, representaba un porcentaje de participación bastante pequeño, como para endilgarle el fracaso de la empresa.

⁴⁴ Esa norma señala: "REVISIÓN DEL CONTRATO POR CIRCUNSTANCIAS EXTRAORDINARIAS. Cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir su revisión. // El juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato. // Esta regla no se aplicará a los contratos aleatorios ni a los de ejecución instantánea". Vale advertir que el régimen contractual del presente contrato es el del derecho privado, como quedó expuesto al estudiar la prescripción de la acción, además que las Leyes 142 y 143 de 1994 ratificaron ese entendimiento (artículos 31 y 8, parágrafo, respectivamente).

Igualmente, vale referir que aunque el contrato de 1997 también fue objeto de cuestionamiento judicial sobre su validez, es preciso señalar que dentro del expediente 34055 ya se definió su suerte en el sentido de mantener sus plenos efectos jurídicos vinculantes⁴⁵.

Para finalizar, precisa advertir que la Subsección A en reciente oportunidad resolvió un asunto donde también se discutía sobre el alcance de una cláusula similar a la aquí en estudio. En esa ocasión, sostuvo que la cuestión tenía que ver con la imposibilidad que sobrevino de aplicar la cláusula por la prohibición de gratuidad que introdujeron las Leyes 142 y 143 de 1994, conclusión parecida a la del presente asunto, pero bajo dos imputaciones distintas. Por lo tanto, consideró que como desde el 31 de enero de 1997 la entidad adeudaba la prestación del servicio de conformidad con lo dispuesto en las citadas leyes, bajo la pretensión subsidiaria tercera de indemnización, condenó al municipio de Miranda al pago de los servicios prestados⁴⁶.



En esos términos, se tratan de asuntos diferentes, en donde si bien existe una cláusula similar y aunque las dos providencias coinciden en que esa cláusula debe inaplicarse una por la vía de la imposibilidad jurídica y la otra por la del desequilibrio, lo cierto es que ambas sentencias tienen elementos probatorios diferentes que determinan que la condena que se dio en una no se repita en la otra.

3.2.2.2. De otro lado, no habrá lugar al reconocimiento de los restablecimientos reclamados, toda vez que como se dijo en la primera parte de esta providencia, ellos fueron resueltos por los contratantes a través del acuerdo del 27 de noviembre de 2003, sin que se pueda ir más allá de las pretensiones económicas reclamadas en esta oportunidad. En esos términos, habrá que estarse a lo reconocido en el mentado acuerdo.

Aunque el referido acuerdo no menciona el tema de los intereses moratorios, tampoco se dejó salvedad sobre el particular, razón por la cual habrá que estarse a lo allí indicado; además, la obligación original estaba condicionada y no se verificó el supuesto para predicar la mora de la contraparte, razones de más para negar el reconocimiento de esos intereses.

⁴⁵ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 2 de mayo de 2017, exp. 34055, M.P. Ramiro Pazos Guerrero.

⁴⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 10 de febrero de 2016, exp. 44.196, M.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

3.2.2.3. Tampoco está demostrado que al 20 de diciembre de 2000 la Planta Eléctrica de Mondomo estuviera evaluada en la suma de \$85.400.000 y que generara el 0.45% de la energía que consumía el municipio demandado, con lo cual, a juicio de la demandante se desequilibró la ecuación financiera. Lo anterior si se tiene en cuenta que la experticia solicitada por la parte actora fue desestimada por el *a quo*, ante la inexistencia de expertos en la jurisdicción del juez comisionado, sin que la parte actora recurriera esa decisión (fl. 118, c. ppal), tan sólo en etapa de alegaciones de primera instancia insistió en la práctica de esa prueba (fls. 207 y 208, c. ppal).

3.2.2.5. De igual forma no están demostradas las circunstancias tiempo, modo y lugar en las que ocurrió el fenómeno del niño y de qué forma afectaron la ejecución del contrato en estudio, para llegar a concluir que la prestación del servicio de energía se volvió más onerosa.

3.2.2.6. Por último, aun cuando está demostrado que el 20 de diciembre de 1999, mediante resolución n.º 009925, la Superintendencia de Servicios Públicos tomó posesión de los negocios, bienes y haberes CEDELCA, esa decisión sólo se fundamentó en la grave situación económica de la actora, nada se dice sobre la destrucción de ciertos bienes necesarios para la producción de energía por parte de grupos al margen de la ley o el incremento de los usuarios finales del servicio, debido a la extensión de la población destinataria del mismo. Igualmente, en el expediente se echan de menos elementos probatorios que permitan demostrar esas circunstancias y de existir, tampoco se probó el efecto económico en el contrato en estudio.

3.2.2.7. Frente a las demás pretensiones subsidiarias, la Sala se detendrá en su análisis así:

De entrada debe recordarse que el pago de los servicios de energía, en los términos de la cláusula tercera, debido a la inexistencia de utilidades, quedaron subsumidos por el acuerdo del 27 de noviembre de 2003 del Municipio demandado, razón por lo cual se remite a lo expuesto sobre el particular en esta providencia. De suerte que no están llamadas a prosperar las pretensiones de incumplimiento y de indemnización de perjuicios solicitadas.

Ahora, frente a los presuntos incumplimientos del municipio demandado por el no suministró de las tasas aprobadas para la prestación del servicio de energía; la omisión de entrega de la documentación exigida por el Sistema de Intercambios Comerciales del Sector Eléctrico y el incumplimiento de las obras que se comprometió en la cláusula tercera del contrato en estudio, es preciso señalar que las pruebas aportadas no permiten dilucidar esas imputaciones.

Tampoco se probó la prestación del servicio eléctrico para la zona rural. En consecuencia, no es posible condenar a la demandada por la falta de cancelación de un servicio cuya prestación no fue demostrada.

Por último, como la pretensión de indemnización de perjuicios, tercera subsidiaria, se fundamentó en similares argumentos a los del desequilibrio e incumplimiento, habrá que estarse a lo expuesto sobre el particular en esta providencia.

En consecuencia, la Sala revocará la sentencia del *a quo* para, en su lugar, declarar la prescripción de la pretensión de nulidad absoluta del acuerdo de 1962 y negar las demás pretensiones.

3.3. No habrá lugar a condena en costas, por cuanto no se dan los supuestos de que trata el art. 171 del Código Contencioso Administrativo, reformado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

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

F A L L A

PRIMERO: REVOCAR la sentencia del 10 de mayo de 2007, proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, para en su lugar disponer:

***PRIMERO: DECLARAR** probada de oficio la excepción de prescripción de la acción presentada por CEDELCA S.A. E.S.P. dirigida a obtener la declaratoria de nulidad absoluta del contrato contenido en Escritura Pública n.º 1.572 del 2 de octubre de 1962.*

***SEGUNDO: NEGAR** las demás pretensiones de la demanda.*

SEGUNDO: SIN COSTAS, toda vez que en la presente instancia no aparecen probadas.

TERCERO: En firme esta providencia, **DEVUÉLVASE** la actuación al Tribunal de origen.
NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

RAMIRO PAZOS GUERRERO
Presidente

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO
Magistrada

DANILO ROJAS BETANCOURTH
Magistrado



Radicación: 19001-23-33-004-2012-00635-01 (64449)

Demandante: Municipio de Santander de Quilichao

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN B**

Magistrado ponente: MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ

Bogotá D.C., cinco (5) de octubre de dos mil veinte (2020)

Referencia: Controversias contractuales – Ley 1437
Radicación: 19001-23-33-004-2012-00635-01 (64449)
Demandante: Municipio de Santander de Quilichao
Demandado: Centrales Eléctricas del Cauca S.A. E.S.P. Cedelca S.A. E.S.P.
Tema: Se confirma la providencia que declaró probada de oficio la excepción de cosa juzgada.

AUTO

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra el auto proferido el 8 de julio de 2019 por el Tribunal Administrativo del Cauca en el que declaró probada la excepción de cosa juzgada. Se dispuso textualmente:

<<PRIMERO: DECLARAR PROBADA de oficio la excepción de COSA JUZGADA, según las consideraciones que anteceden. SEGUNDO: DECLARAR la terminación del proceso, cancélese su radicación>>

La Sala es competente para resolver el presente recurso, en aplicación de lo establecido por los artículos 125 y 243 del CPACA, en virtud de los cuales es de su resorte dictar los autos a través de los cuales se resuelven los recursos de apelación interpuestos contra las providencias que pongan fin al proceso¹.

I. Antecedentes

A.- Posición de la parte demandante

1.- El 8 de noviembre del 2012 el Municipio de Santander de Quilichao (en adelante <<el Municipio>>) presentó demanda contractual contra la sociedad Centrales Eléctricas del Cauca S.A. E.S.P., Cedelca S.A. E.S.P. (en adelante <<Cedelca>>), en la cual formuló las siguientes pretensiones:

¹ Numeral 3 del artículo 243 del CPACA.



"A. PRIMER GRUPO DE PRETENSIONES PRINCIPALES Y CONSECUENCIALES

1. *Que se declare la existencia del contrato celebrado entre CENTRALES ELÉCTRICAS DEL CAUCA S.A. E.S.P. y el MUNICIPIO DE SANTANDER DE QUILICHAO, contenido en la escritura pública No. 1572 del 2 de octubre de 1962 de la Notaría Primera de Popayán, mediante el cual CENTRALES ELÉCTRICAS DEL CAUCA S.A. E.S.P. se comprometió a <<suministrar, entre las seis (6) de la tarde y las seis (6) de la mañana el servicio de alumbrado público de la ciudad de Santander y demás dependencias municipales y el servicio de energía permanente del Hospital San Francisco de Paula Santander y los establecimientos de educación municipal a las tarifas que para el efecto fije el Ministerio de Fomento y con cargo a las utilidades que se liquiden a favor del Municipio por el aporte total de las acciones suscritas y pagadas, conforme al presente contrato, y demás que el Municipio de Santander posea como accionista de CEDELCA; el saldo que resultare a favor del Municipio de reinvertirá en acciones de CEDELCA por su valor nominal y si hubiere saldo en contra de éste se deferirá para su posterior cancelación con futuras utilidades>>.*
2. *Que se declare, que CENTRALES ELÉCTRICAS DEL CAUCA S.A. E.S.P., ha incumplido el acuerdo pactado en la escritura pública No. 1572 del 02 de octubre del 1962, por negarse injustificadamente a suministrar a las entidades y dependencias del MUNICIPIO DE SANTANDER DE QUILICHAO el servicio de alumbrado público y energía permanente, servicio que, a partir del 16 de septiembre de 2010, viene siendo facturado y cobrado por la COMPAÑÍA ENERGÉTICA DE OCCIDENTE S.A.S. E.S.P.*
3. *Que se condene a CENTRALES ELÉCTRICAS DEL CAUCA S.A. E.S.P, a darle cumplimiento al acuerdo contenido en la escritura pública No. 1572 del 02 de octubre de 1962 de la Notaría Primera de Popayán, debiendo suministrar a las entidades y dependencias del MUNICIPIO DE SANTANDER DE QUILICHAO el servicio de alumbrado público y energía permanente, sin solución de continuidad en los términos convenidos en la citada escritura pública.*
4. *Que se condene a CENTRALES ELÉCTRICAS DEL CAUCA S.A. E.S.P., a pagar al MUNICIPIO DE SANTANDER DE QUILICHAO, todos los valores que por el servicio de alumbrado público, energía permanente y demás conceptos, le facturen al municipio, sus dependencias o entidades municipales, LA COMPAÑÍA ENERGÉTICA DE OCCIDENTE S.A.S. E.S.P. o las empresas que a futuro presten estos servicios, durante todo el tiempo en que*



Radicación: 19001-23-33-004-2012-00635-01 (64449)

Demandante: Municipio de Santander de Quilichao

CENTRALES ELÉCTRICAS DEL CAUCA S.A. E.S.P. haya dejado de prestar directamente tales servicios, precisando que el tiempo transcurrido entre el 15 de septiembre de 2010 – fecha en que facturó el servicio al Municipio – y la fecha de presentación de la solicitud de conciliación prejudicial, los valores por el servicio de alumbrado público y energía permanente ascienden a la suma de \$1.344'726.297,20 o la suma que resulte probada.

5. Que se condene a CENTRALES ELÉCTRICAS DEL CAUCA S.A. E.S.P., a pagar al MUNICIPIO DE SANTANDER DE QUILICHAO, todos los perjuicios que se le hubieren causado por el incumplimiento al convenio contenido en la escritura pública No. 1572 del 02 de octubre de 1962 de la Notaría Primera de Popayán, en especial por el costo financiero de los dineros que le hayan sido embargados en el cobro de estos servicios, los honorarios de abogados que hubiese tenido que contratar para su defensa judicial y todos los demás perjuicios que se llegaren a causar y se demuestren en el proceso, los cuales a la fecha se estiman en la suma de DOSCIENTOS MILLONES DE PESOS MCTE. (\$200'000.000), o la suma que resulte probada.
6. Que se condene a CENTRALES ELÉCTRICAS DEL CAUCA S.A. E.S.P. a actualizar conforme a la variación del índice de precio al consumidor certificado por el DANE, las condenas que le sean impuestas en la sentencia, desde cuando el MUNICIPIO DE SANTANDER DE QUILICHAO debió sufragar el pago de estos servicios o desde cuando CENTRALES ELÉCTRICAS DEL CAUCA S.A. E.S.P. debió hacerlo y hasta la ejecutoria de la sentencia.
7. Que se condene a CENTRALES ELÉCTRICAS DEL CAUCA S.A. E.S.P., al pago de los intereses moratorios que se causen a partir de la ejecutoria de la sentencia y hasta el pago efectivo de las condenas que se llegaren a imponer.
8. Que se condene a CENTRALES ELÉCTRICAS DEL CAUCA S.A. E.S.P. al pago de las costas procesales, agencias en derecho del presente proceso.
9. Que se condene a CENTRALES ELÉCTRICAS DEL CAUCA S.A. E.S.P. a darle cumplimiento a la sentencia dentro de los treinta (30) días siguientes a su ejecutoria.

B. SEGUNDO GRUPO DE PRETENSIONES SUBSIDIARIAS Y CONSECUENCIALES

En caso de que no se acceda al primer grupo de pretensiones principales, presento como subsidiarias las siguientes:



1. *Que se declare la existencia del contrato celebrado entre CENTRALES ELÉCTRICAS DEL CAUCA S.A. E.S.P. y el MUNICIPIO DE SANTANDER DE QUILICHAO, contenido en la escritura pública No. 1572 del 2 de octubre de 1962 de la Notaría Primera de Popayán, mediante el cual CENTRALES ELÉCTRICAS DEL CAUCA S.A. E.S.P. -CEDELCA S.A. E.S.P.- se comprometió a <<suministrar, entre las seis (6) de la tarde y las seis (6) de la mañana, el servicio de alumbrado público de la ciudad de Santander y demás dependencias municipales y el servicio de energía permanente del Hospital San Francisco de Paula Santander y de los establecimientos de educación municipal a las tarifas que para el efecto fije el Ministerio de Fomento y con cargo a las utilidades que se liquiden a favor del Municipio por el aporte total de las acciones suscritas y pagadas, conforme al presente contrato, y demás que el Municipio se reinvertirá en acciones de CEDELCA por su valor nominal y si hubiere saldo en contra de este se deferirá para su posterior cancelación con futuras utilidades>>.*
2. *Que se declare, que CENTRALES ELÉCTRICAS DEL CAUCA S.A. E.S.P., ha incumplido el acuerdo pactado en la escritura pública No. 1572 del 02 de octubre de 1962, dejando de suministrar a las entidades y dependencias del MUNICIPIO DE SANTANDER DE QUILICHAO el servicio de alumbrado público y energía permanente, los cuales a partir del 16 de septiembre de 2010 viene siendo facturados y cobrados al municipio por LA COMPAÑÍA ENERGÉTICA DE OCCIDENTE S.A.S. E.S.P.*
3. *Que se declare la resolución o terminación del contrato contenido en la escritura pública No. 1572 del 02 de octubre de 1962 de la Notaría Primera de Popayán celebrado entre CENTRALES ELÉCTRICAS DEL CAUCA S.A. E.S.P. y el MUNICIPIO DE SANTANDER DE QUILICHAO, por el incumplimiento doloso o con culpa grave de CENTRALES ELÉCTRICAS DEL CAUCA S.A. E.S.P.*
4. *Que se condene a CENTRALES ELÉCTRICAS DEL CAUCA S.A. E.S.P. a restituir al MUNICIPIO DE SANTANDER DE QUILICHAO en el término de cinco (5) días contados a partir de la ejecutoria de la sentencia, el dominio y posesión que tiene sobre la Central Hidroeléctrica de Mondomo, junto con todos sus bienes muebles, tales como maquinaria, equipos, accesorios y demás que le llegaron a integrar, oficiando a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos correspondiente para el registro de la decisión judicial.*
5. *Que se condene a CENTRALES ELÉCTRICAS DEL CAUCA S.A. E.S.P. -CEDELCA S.A. E.S.P.- a pagar al MUNICIPIO DE SANTANDER DE QUILICHAO, todos los valores que por el*



Radicación: 19001-23-33-004-2012-00635-01 (64449)

Demandante: Municipio de Santander de Quilichao

servicio de alumbrado público y energía permanente le facturen al municipio, sus dependencias o entidades municipales, LA COMPAÑÍA ENERGÉTICA DE OCCIDENTE S.A.S. E.S.P. o quienes a futuro presten estos servicios, durante el tiempo que transcurra entre el momento en que CENTRALES ELÉCTRICAS DEL CAUCA S.A. E.S.P. dejó de prestar el servicio y el momento de la restitución efectiva de la Central Hidroeléctrica de Mondomo al MUNICIPIO DE SANTANDER DE QUILICHAO. En el tiempo transcurrido entre el 15 de septiembre del 2010 -fecha en que se facturó el servicio al Municipio- y la fecha de presentación de la solicitud de conciliación prejudicial, los valores por el servicio de alumbrado público y energía permanente ascienden a la suma de \$1.344'726.297,20 o la suma que resulte probada.

6. *Que se condene a CENTRALES ELÉCTRICAS DEL CAUCA S.A. E.S.P. a pagar al MUNICIPIO DE SANTANDER DE QUILICHAO, todos los perjuicios que se le hubieren causado por el incumplimiento al convenio contenido en la escritura pública No. 1572 del 02 de octubre de 1962 de la Notaría Primera de Popayán, en especial por el costo financiero de los dineros que le hayan sido embargado en el cobro de estos servicios, los horarios de los abogados que hubiese tenido que contratar para su defensa judicial, los gastos que demande la contratación de un nuevo proveedor del servicio de alumbrado público y energía permanente, los gastos de adecuación, reparación, modernización y colocación en funcionamiento de la planta hidroeléctrica de Mondomo y todos los demás perjuicios que se llegaren a causar y se demuestren en el proceso; los cuales a la fecha se estiman en la suma de DOS MIL MILLONES DE PESOS (\$2.000'000.000), o la suma que resulte probada.*
7. *Que se condene a CENTRALES ELÉCTRICAS DEL CAUCA S.A. E.S.P. a actualizar conforme a la variación del índice de precios al consumidor certificado por el DANE, las condenas que le sean impuestas en la sentencia, desde cuando el MUNICIPIO DE SANTANDER DE QUILICHAO debió sufragar el pago de estos servicios y hasta la ejecutoria de la sentencia.*
8. *Que se condene a CENTRALES ELÉCTRICAS DEL CAUCA S.A. E.S.P. al pago de los intereses moratorios que se causen a partir de la ejecutoria de la sentencia y hasta la fecha de pago efectivo.*
9. *Que se condene a CENTRALES ELÉCTRICAS DEL CAUCA S.A. E.S.P. al pago de las costas procesales, agencias en derecho del presente proceso.*

10. *Que se ordene a CENTRALES ELÉCTRICAS DEL CAUCA S.A. E.S.P. a darle cumplimiento a la sentencia dentro de los treinta (30) días siguientes a su ejecutoria*².

2.- El Municipio fundamentó sus pretensiones en las siguientes afirmaciones:

2.1.- El 30 de diciembre de 1959, como consecuencia de la expedición de la Ley 178 de 1959, el Municipio demandante adquirió la condición de accionista de Cedelca.

2.2.- El 2 de octubre de 1962, mediante escritura pública No. 1572 suscrita en la Notaría Primera de Popayán, las partes formalizaron un convenio en virtud del cual el Municipio suscribió 178.458 acciones de Cedelca y las pagó con la transferencia del dominio y la posesión que tenía sobre la Central Hidroeléctrica de Mondomo. También entregó dinero para completar el pago de las acciones suscritas.

2.3.- De conformidad con la cláusula tercera del convenio mencionado, Cedelca debía *<<suministrar (...) el servicio de alumbrado público a la ciudad (...) y el servicio de energía permanente (...) a las tarifas que para el efecto fije el Ministerio de Fomento con cargo a las utilidades que se liquiden a favor del Municipio por el aporte total de las acciones suscritas y pagadas (...) el saldo que resultare a favor del Municipio [demandante] se reinvertirá en acciones de CEDELCA>>*, es decir que, *<<si no había utilidades [para el Municipio] el pago de la energía se defería, para su posterior cancelación, con futuras utilidades>>*.

2.4.- Indicó que había un proceso en curso iniciado por Cedelca contra el Municipio para que se anulara el acuerdo antes referido o, en subsidio, para que se revisara.

2.5.- El 28 de junio del 2010 Cedelca y la Compañía Energética de Occidente S.A.S. celebraron un contrato *<<para realizar la gestión administrativa, operativa, técnica y comercial, inversión, ampliación de coberturas, rehabilitación y mantenimiento preventivo y correctivo de la infraestructura eléctrica, así como las demás actividades necesarias para la prestación de los servicios de distribución y comercialización de energía eléctrica en el departamento del Cauca, con un plazo de 25 años>>*³.

2.6.- En consecuencia, la prestación del servicio de alumbrado público y energía eléctrica debía transferirse a la Compañía Energética de Occidente S.A.S. E.S.P., dado que existía un compromiso previo entre Cedelca y el Municipio. No obstante, las cláusulas del mismo no consideraron dicha obligación.

² Folios 134 a 137 del cuaderno 1.

³ Folio 139 del cuaderno 1.



2.7.- El 16 de septiembre del 2010, la Compañía Energética de Occidente S.A.S. E.S.P. empezó a facturar el servicio de alumbrado público y energía eléctrica al Municipio.

2.8.- En mayo del 2011 se notificó al Municipio una demanda ejecutiva instaurada en su contra por la Compañía Energética de Occidente S.A.S. E.S.P.

2.9.- Cedelca fue requerida por el Municipio para que diera cumplimiento a lo acordado en la escritura pública inicialmente mencionada. Al respecto contestó que dicho acuerdo había sido objeto de controversia en sede judicial y aún no se había proferido la decisión definitiva. Consideró que esta circunstancia no era óbice para que la demandada se exonerara de sus obligaciones, pues el convenio seguía vigente.

B.- La admisión de la demanda

3.- El 14 de enero del 2013 el Tribunal Administrativo del Cauca admitió la demanda. Además, vinculó a la Compañía Energética de Occidente S.A. E.S.P. y ordenó notificar personalmente a ésta y a Cedelca.

C.- La posición de Cedelca

4.- El 25 de junio del 2013, la Compañía Energética de Occidente y Cedelca presentaron la contestación de la demanda. La primera de ellas sólo propuso excepciones de mérito. Cedelca formuló las excepciones previas de caducidad y pleito pendiente.

4.1.- En relación con la excepción de pleito pendiente, Cedelca resaltó que cuando se presentó la demanda de la referencia, estaba en curso otra acción contractual por medio de la cual se perseguía la declaratoria de nulidad absoluta de la Escritura Pública 1572 de 1962 y el rompimiento del equilibrio contractual. Así mismo, pretendía <<el cobro por suministro de energía para alumbrado público en razón a la ineficacia de la contraprestación pactada en la escritura>>⁴.

4.2.- Señaló que estaba en curso el recurso de apelación presentado contra la sentencia de primera instancia que declaró la *nulidad del contrato* e indicó que era clara la injerencia de dicho proceso en éste. Advirtió que el hecho de continuar con el proceso podría dar lugar a la emisión de dos fallos contradictorios. Con base en lo anterior, solicitó la suspensión del proceso hasta tanto se definiera la controversia mencionada.

⁴ Folio 491 del cuaderno 2.

D.- La audiencia inicial

5.- El 10 de septiembre de 2014 se llevó a cabo la audiencia inicial en la que las partes acordaron suspender el proceso <<hasta que se resuelva en segunda instancia la demanda con el radicado 2002034500, fallada en primera instancia por el Tribunal Administrativo del Cauca, con sentencia de 10 de mayo del 2007>>⁵, solicitud que fue aceptada por el tribunal.

6.- Mediante escritos presentados los días 20 de septiembre de 2017 y 28 de febrero de 2018, la Compañía Energética de Occidente S.A. E.S.P. y el Municipio, respectivamente, solicitaron *levantar la suspensión del proceso* y anexaron copia de la sentencia proferida por esta Corporación el 2 de mayo del 2017, en el proceso radicado No. 19001233100020020034501 (34225) con ponencia del consejero Ramiro Pazos Guerrero.

7.- Por su parte, el 26 de septiembre de 2017, Cedelca solicitó continuar con las actuaciones correspondientes, allegó copia de la sentencia proferida por esta Corporación el 2 de mayo del 2017 en el proceso radicado con el No. 19001-23-31-000-2002-01234-01 (34055), también con ponencia del consejero Ramiro Pazos Guerrero y expuso argumentos relativos a la semejanza entre el proceso 2002-00345 y el de la referencia.

8.- El 8 de julio del 2019 el Tribunal Administrativo del Cauca reanudó la audiencia inicial para pronunciarse sobre las excepciones previas. Retomó el análisis de la excepción de pleito pendiente propuesta por Cedelca. Preciso que en ese momento procesal ya no era procedente declarar probada la *excepción de pleito pendiente* porque no existía otro proceso en curso, *en la medida que el proceso radicado con el No. 2002-00345 ya había terminado con sentencia de segunda instancia ejecutoriada*. En su lugar, declaró de oficio la *excepción de cosa juzgada*, decisión que fundamentó en lo siguiente:

8.1.- Existía *identidad de causa* entre este proceso y el proceso 2002-000345, debido a que en el presente asunto, el municipio demandante alude la existencia del convenio contenido en la Escritura Pública No. 1572 de 1962 y *pretende que se ordene a la sociedad demandada el cumplimiento de la cláusula tercera del mismo*, relativa a la forma de pago por la prestación del servicio de energía eléctrica en las dependencias del ente territorial, lo que debía efectuarse con las utilidades de las acciones de las que era titular. En el proceso radicado No. 2002-000345 Cedelca (demandada en este proceso) solicitó que *se declarara el desequilibrio contractual en virtud de la cláusula tercera de la Escritura Pública No. 1572 de 1962*, que determinó la forma de pago del servicio prestado.

⁵ Folio 632 del cuaderno principal.



Radicación: 19001-23-33-004-2012-00635-01 (64449)

Demandante: Municipio de Santander de Quilichao

8.2.- Existía *identidad de hechos* pues los que dieron origen a la controversia en los dos asuntos se resumen en lo siguiente: i) en 1962 las partes suscribieron un convenio; ii) la cláusula tercera del acuerdo determinó la forma de pago de la prestación del servicio de energía eléctrica; iii) *el Gobierno Nacional intervino la administración de empresa demandada debido su déficit presupuestal y la precaria situación económica*; iv) se presentó el *incumplimiento de las obligaciones contractuales*.

8.3.- A partir de lo anterior, es claro que el objeto en ambos procesos <<se circunscribe a la *existencia del convenio suscrito entre las partes mediante Escritura Pública No. 1572 de 1962 y al mismo tiempo se tiene como causa de análisis la legalidad y condiciones de la cláusula tercera donde se pactaba la forma de pago de la prestación del servicio de energía eléctrica (...), además que las partes como se vio en precedencia, únicamente intercambian los extremos de la litis en cada proceso*>>⁶. (se resalta)

E.- El recurso de apelación interpuesto por la demandante

9.- Contra la anterior decisión el Municipio interpuso recurso de apelación, que fundamentó en lo siguiente:

9.1.- No existe *identidad en relación con las pretensiones de este proceso y el 2002-00345*. Mientras que en el proceso 2002-00345 se pretendía la declaratoria de la ruptura del equilibrio económico y financiero y su restablecimiento respecto de la cláusula tercera del contrato celebrado el 2 de octubre de 1962, en este proceso <<*si bien se debate la cláusula tercera que dio origen al anterior proceso*>>, lo que se pretende es *la declaratoria del incumplimiento* de la misma por parte de la sociedad demandada.

9.2.- Si bien las pretensiones de ambos procesos se fundan en hechos similares, *el Consejo de Estado consideró que, aunque existía un desequilibrio económico, el acuerdo contenido en la escritura pública referida estaba vigente*.

F.- La posición de Cedelca frente al recurso

10.- Del recurso se corrió traslado a las partes. Cedelca se opuso a su prosperidad y señaló que frente a las pretensiones de este proceso sí operó la cosa juzgada porque esta Corporación se pronunció sobre las mismas pretensiones en las sentencias proferidas en procesos radicados 2002-00345 y 2002-01234. Para el efecto puso de presente lo siguiente:

10.1.- *El hecho de pactar utilidades o una contraprestación a futuro no afecta la validez o existencia del acuerdo*.

⁶ Folio 848 reverso del cuaderno principal.

10.2.- La cláusula tercera pactada en la escritura pública referida fue modificada por las partes con la suscripción del contrato de condiciones uniformes y el mismo fue sometido a un juicio de legalidad. Por lo mismo el hecho se encuentra superado: dicha cláusula fue modificada y no hay lugar a reclamar un incumplimiento de su parte.

10.3.- El municipio demandante ha consentido el suministro ininterrumpido de energía eléctrica para las dependencias municipales y el alumbrado público.

10.4.- El contrato de condiciones uniformes fue cedido a la Compañía Energética de Occidente S.A. E.S.P. en el 2010 y es en razón de dicha cesión que se generó el cobro del servicio por esta empresa.

G.- La posición de la Compañía Energética de Occidente

11.- La Compañía Energética de Occidente coadyuvó la oposición presentada por la sociedad demandada. Advirtió que es ajena al contrato celebrado en el año 1962, que el mismo no se le ha cedido y en consecuencia no le es oponible. Por lo mismo, el Municipio tiene la obligación de pagar la energía suministrada a sus dependencias y al alumbrado público. Concluyó que si el incumplimiento que se pretende es en relación con la cláusula tercera –forma de pago–, esto ya fue objeto de análisis en esta Corporación.

H.- La posición del Ministerio Público

12.- El Ministerio Público manifestó estar de acuerdo con la terminación del proceso por cosa juzgada. Indicó que:

12.1.- El Consejo de Estado ya decidió sobre un caso similar en sentencia del 2 de mayo del 2017, que tiene que ver con la validez de la cláusula tercera de la Escritura Pública No. 1572 de 1962.

12.2.- La cláusula mencionada fue modificada con la suscripción del contrato de condiciones uniformes de 1997 y frente al mismo existe un acuerdo de pago.

12.3.- No encuentra razón para insistir en la validez de la cláusula tercera cuando esta debe estar conforme al nuevo orden jurídico, y el Estado, como prestador del servicio público, debe cobrar por los servicios que no pueden ser prestados de forma gratuita.



II.- Consideraciones

13.- El tribunal declaró probada la excepción de cosa juzgada al considerar que existía identidad de causa y de hechos entre este proceso y el proceso 2002-000345, que fue fallado por esta corporación mediante sentencia del 2 de mayo de 2017, pues en ambos se debate lo relativo a la forma de pago del servicio de energía eléctrica a las entidades del municipio y se plantean hechos referentes a la celebración y ejecución del convenio celebrado entre las partes en el año 1962. El Municipio demandante insiste en que se dé continuidad del proceso para lo cual alega que no era posible declarar la cosa juzgada en la medida que ambos procesos tenían pretensiones distintas: mientras que en el primer proceso se pretendía la declaratoria de nulidad de la cláusula tercera del convenio y la declaratoria de desequilibrio a favor de Cedelca, en este se pretende la declaratoria de incumplimiento a favor del Municipio.

14.- La Sala confirmará el auto apelado por considerar, tal como lo estableció el tribunal, que la controversia planteada en este proceso quedó resuelta y por lo tanto cobijada por los efectos de cosa juzgada de la sentencia dictada en el proceso 2002-00345 (número interno: 34225). El fundamento de la decisión radica en lo siguiente:

15.- De conformidad con lo dispuesto por el artículo 303 del CGP la <<sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes.>>.

16.- Es claro que existe identidad de partes entre los procesos 2002-00345 y el 2012-00635. El 2002-00345 fue promovido por Cedelca contra el Municipio y el 2012-00635 fue promovido por el Municipio contra Cedelca. El requisito de identidad de partes se cumple independientemente de que ocupen un extremo distinto en el proceso, esto es, que en aquel el Municipio sea demandado, y en este el Municipio sea demandante. Esta diferencia en la posición de las partes no es obstáculo para considerar la existencia de la cosa juzgada, si los procesos tienen el mismo objeto y versan sobre la misma causa.

17.- En relación con la identidad de objeto, que es el punto sobre el cual centra sus reparos el apelante, se precisa:

17.1.- El presente proceso tiene por objeto (i) se declare la existencia del convenio celebrado entre Cedelca y el Municipio demandante el 2 de octubre de 1962; (ii) se declare el incumplimiento de dicho convenio por parte de Cedelca por haberse negado (sin pago) a suministrar a las entidades y dependencias del Municipio el servicio de alumbrado público y energía eléctrica (iii) se condene a Cedelca a pagar las sumas de dinero que por concepto de la prestación de esos

servicios le ha facturado al Municipio la Compañía Energética de Occidente, empresa que desde el año 2010 viene prestando el servicio como gestor.

17.2.- El proceso 2002-00345, promovido por Cedelca tuvo por objeto la declaración de nulidad absoluta del mismo convenio y la condena al Municipio al pago de las sumas adeudadas con ocasión de la prestación del servicio de energía eléctrica y alumbrado público, más los intereses moratorios a título de indemnización hasta el día en que se efectuara el pago total de la obligación. En subsidio pretendió la declaratoria de que se había alterado el equilibrio económico del contrato en relación con la cláusula tercera (de pago), su revisión, el restablecimiento de las cargas con el fin de que se ordenara el pago de los servicios prestados al Municipio más los intereses moratorios, la resolución de dicho convenio y la indemnización de perjuicios a favor de Cedelca.

17.3.- Es claro que los dos procesos tienen mismo objeto, en cuanto en ambas las mismas partes, puestas en posiciones distintas, han pretendido que la jurisdicción precise (i) el alcance y los efectos de la cláusula tercera del convenio celebrado en el año 1962 entre Cedelca y el municipio de Santander de Quilichao, y (ii) los derechos que a partir de lo estipulado en ella se derivan para las partes.

En virtud de dicho convenio, la empresa se obligó a prestar el servicio de alumbrado público y de energía al municipio y a otras entidades descentralizadas del mismo, y se acordó que el pago de dicho servicio se realizaría con las utilidades que se reconocieran al municipio como accionista de Cedelca. Como Cedelca no reportó utilidades y celebró con la Compañía Energética de Occidente un contrato en virtud del cual esta última es la gestora de la prestación del servicio, Cedelca promovió un proceso para que se dejara sin efectos la cláusula tercera y se reconociera el pago del servicio, independientemente de las utilidades; y el Municipio promovió otro (el que nos convoca) para que se le diera cumplimiento a esa cláusula en los términos que se pactó.

18.- El proceso 2002-00345, fue conocido en primera instancia por el Tribunal Administrativo del Cauca y fallado en segunda por la Sección Tercera Subsección B del Consejo de Estado con ponencia del doctor Ramiro Pazos Guerrero, decisión en la que revocó la sentencia de primera instancia y en su lugar declaró <<probada de oficio la excepción de prescripción de la acción presentada por CEDELCA S.A. E.S.P. dirigida a obtener la declaratoria de nulidad absoluta del contrato contenido en Escritura Pública n.º 1.572 del 2 de octubre de 1962>> y negó las demás pretensiones de la demanda.

Para adoptar esta decisión, el tribunal:

18.1.- Consideró que no era posible declarar la nulidad de la cláusula tercera del convenio porque había operado la prescripción de 20 años.



18.2.- Negó las otras pretensiones –de declaratoria de ruptura del equilibrio y revisión del convenio- bajo la consideración de que *el convenio suscrito el 27 de noviembre del 2003 en el que se hizo constar un acuerdo de pago por el servicio prestado hasta el 30 de junio del 2002*, había superado la controversia que dio origen a la pretensión de restablecimiento de las cargas económicas y de incumplimiento del contrato en lo relativo a la prestación del servicio.

18.3.- En relación con estas pretensiones, que son las que resultan similares a las formuladas en este proceso, se consideró en la sentencia antes citada:

<<3.2.1. De entrada, debe advertirse que todas las pretensiones subsidiarias circunscribieron sus reclamaciones económicas al valor de \$3.356.621.836, **por concepto del servicio de energía prestado al Municipio de Santander de Quilichao, causado desde la fecha de la suscripción del contrato en estudio, esto es, el 2 de octubre de 1962.** Vale advertir que para la pretensión de desequilibrio se definió esa misma cantidad y el periodo reclamado partió desde la aludida fecha de suscripción del contrato hasta la presentación de la demanda.

Vale precisar que ese monto se fijó en cumplimiento del auto inadmisorio del 15 de abril de 2002 proferido por el *a quo* en el que le solicitó a la actora que fijara el monto de sus reclamaciones (fls. 55 y 56, c. ppal); sin embargo, la corrección se circunscribió a realizar lo ordenado, pero sin dejar a salvo otras reclamaciones distintas a las incorporadas en las nuevas pretensiones corregidas.

En ese orden, aun cuando el fundamento de esa pretensión económica varió en las pretensiones subsidiarias de la demanda, en tanto para la primera pretensión subsidiaria el fundamento lo fue el desequilibrio contractual, al tiempo que para la segunda lo fue el incumplimiento contractual, y para la tercera lo fue la indemnización de perjuicios, **todas ellas se concretaron en la misma declaración consecencial económica, esto es, la cancelación del servicio de energía eléctrica prestado al municipio demandado.**

Así las cosas, **es preciso llamar la atención sobre el hecho de que en el acuerdo del 27 de noviembre de 2003, las partes de la presente litis fijaron, en cumplimiento de lo pactado en la cláusula tercera de la escritura pública n.º 1572 del 2 de octubre de 1962 (relativa al pago del servicio público de energía prestado por CEDELCA con cargo a las utilidades que se liquidaran a favor del Municipio de Santander de Quilichao por las acciones suscritas y pagadas y las que llegare a adquirir), que el pago por ese concepto, al 30 de junio de 2002, sería la suma de \$4.337.794.299.**

Incluso, las partes en el mismo acuerdo de 2003 señalaron que *“una vez reconocida y pagada por el Gobierno Nacional, no podrá luego cobrarse a cargo de las acciones que el Municipio de Santander de Quilichao posee en la electrificadora”* (fl. 132, c. ppal), con lo cual se finiquitó la deuda que tenían las partes en relación con lo estipulado en la cláusula tercera, al menos por el período allí indicado, esto es, hasta el 30 de junio de 2002, es decir, por una fecha posterior a la presentación de la demanda y con un valor superior al reclamado en la misma.

En esos términos, toda vez que con posterioridad a la demanda las partes llegaron a un acuerdo sobre lo reclamado en relación con la prestación del servicio, la controversia se considera jurídicamente superada, a través de un acuerdo que tiene plenos efectos vinculantes y que como lo ha dicho esta Corporación la única forma de desconocerlo es la demostración de vicios del consentimiento, que sólo pueden ser alegados por la parte interesada, tal como lo prescribe el artículo 1743 del Código Civil, en tratándose de nulidades relativas como las que suponen el error, la fuerza y el dolo, disposición que a su vez proscribiera que el juez pueda declararlos oficiosamente y ni siquiera puede el Ministerio Público alegarlos. >>

(...)

<<3.2.2.7. Frente a las demás pretensiones subsidiarias, la Sala se detendrá en su análisis así:

De entrada debe recordarse que el pago de los servicios de energía, en los términos de la cláusula tercera, debido a la inexistencia de utilidades, quedaron subsumidos por el acuerdo del 27 de noviembre de 2003 del Municipio demandado, razón por lo cual se remite a lo expuesto sobre el particular en esta providencia. De suerte que no están llamadas a prosperar las pretensiones de incumplimiento y de indemnización de perjuicios solicitadas.

Ahora, frente a los presuntos incumplimientos del municipio demandado por el no suministró de las tasas aprobadas para la prestación del servicio de energía; la omisión de entrega de la documentación exigida por el Sistema de Intercambios Comerciales del Sector Eléctrico y el incumplimiento de las obras que se comprometió en la cláusula tercera del contrato en estudio, es preciso señalar que las pruebas aportadas no permiten dilucidar esas imputaciones.

Tampoco se probó la prestación del servicio eléctrico para la zona rural. En consecuencia, no es posible condenar a la demandada por la falta de cancelación de un servicio cuya prestación no fue demostrada.

Por último, como la pretensión de indemnización de perjuicios, tercera subsidiaria, se fundamentó en similares argumentos a los del desequilibrio e incumplimiento, habrá que estarse a lo expuesto sobre el particular en esta providencia.

En consecuencia, la Sala revocará la sentencia del *a quo* para, en su lugar, declarar la prescripción de la pretensión de nulidad absoluta del acuerdo de 1962 y negar las demás pretensiones.>> (se resalta)

19.- A juicio de la Sala, las anteriores consideraciones, que constituyen la *razón de la decisión* de negar las pretensiones de restablecimiento del equilibrio económico y, especialmente, las relativas a la *carencia de objeto* de las pretensiones de la demanda relativas al incumplimiento del convenio como consecuencia de la **celebración de un acuerdo del 27 de noviembre de 2003**, impiden un pronunciamiento de fondo en este proceso y son el fundamento para considerar probada la excepción de cosa juzgada, en la medida que la



Radicación: 19001-23-33-004-2012-00635-01 (64449)

Demandante: Municipio de Santander de Quilichao

jurisdicción ya resolvió la controversia relativa al cumplimiento del acuerdo del año 1962 en relación con el pago del servicio de energía eléctrica que constituye también el objeto de este proceso.

20.- Es necesario precisar que el Acuerdo antes referido fue aportado a este proceso por Cedelca y de su lectura se observa claramente que la controversia entre las partes sobre el pago del servicio de energía a partir de la cláusula tercera del convenio fue un asunto transigido en la cláusula segunda, a través de un pacto del siguiente tenor:

<<el gobierno nacional en desarrollo del artículo 107 de la Ley 788 del 2002 o Ley de Reforma Tributaria reconoció parte de la cartera de las entidades territoriales a favor de las electrificadoras, por lo que tratándose del Municipio de Santander de Quilichao, el Alcalde Municipal acepta que la suma de cuatro mil trescientos treinta y siete millones setecientos noventa y cuatro mil doscientos noventa y nueve pesos (\$4.337'794.299) Mcte. Facturada por CEDELCA S.A. E.S.P., por los consumos estipulados en la cláusula tercera de la escritura citada, a 30 de junio del 2002, que será aportada por el gobierno nacional sea imputada para el reconocimiento de dicha cartera, conforme a la citada ley, de tal forma que una vez reconocida y pagada por el Gobierno Nacional, no podrá luego cobrarse a cargo de las utilidades de las acciones que el Municipio de Santander de Quilichao posee en la electrificadora. PARÁGRAFO. La empresa Cedelca S.A. E.S.P. se compromete a solicitar la suspensión provisional de los procesos ejecutivos adelantados con el Municipio de Santander de Quilichao por concepto de esta facturación a partir de la firma de este documento y la solicitud de desistimiento de los mismos procesos en el momento en que la empresa Cedelca S.A. E.S.P. reciba del gobierno nacional los citados recursos>>.

La anterior circunstancia fue advertida en la sentencia del 2 de mayo de 2017 y en virtud de esta se consideró que la controversia sobre el pago del servicio de energía derivada de la aplicación de la cláusula tercera del convenio carecía de objeto. Igual conclusión cabe en este proceso en el que – adicionalmente- existe una providencia judicial que declaró esta circunstancia y que tiene efectos de cosa juzgada en relación con dicho asunto.

21.- Esta Subsección⁷ ya ha tenido la oportunidad de precisar que la cosa juzgada se configura cuando se dicta una sentencia que tiene efectos respecto de las mismas partes, cuando el objeto y la causa de los procesos sea el mismo, por lo que la exigencia de la identidad se predica del *asunto* o controversia resuelta por la jurisdicción y no de la literalidad de las pretensiones.

En mérito de lo expuesto, la Sala

⁷ Sentencia del 2 de marzo de 2020, dictada en el proceso 37075 con ponencia del magistrado Martín Bermúdez Muñoz.



RESUELVE

PRIMERO: CONFÍRMASE el auto proferido por el Tribunal Administrativo del Cauca el 8 de julio del 2019 mediante el cual declaró de oficio la excepción de cosa juzgada.

SEGUNDO: En firme esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RAMIRO PAZOS GUERRERO

Magistrado

SALVO PARCIALMENTE EL VOTO

MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ

Magistrado

ALBERTO MONTAÑA PLATA

Magistrado

RV: Recurso de reposición contra el Mandamiento de Pago expediente - 19-698-31-12-002-2020-00060-00

Juzgado 02 Civil Circuito - Cauca - Santander De Quilichao

<j02cctosquil@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Vie 14/01/2022 8:18 AM

Para: Carmen Mina Laurido <cminal@cendoj.ramajudicial.gov.co>

 1 archivos adjuntos (8 MB)

20220113 Recurso de rep mandamiento de pago demanda reformada - Municipio Santander 2020-60 radicado.pdf;

Buenos días Carmen

Envío para su respectivo tramite

Mauricio Marulanda

Judicante

De: Verónica Gonzalez Lehmann <vgonzalez@pytcorporativo.com>**Enviado:** jueves, 13 de enero de 2022 5:09 p. m.**Para:** Juzgado 02 Civil Circuito - Cauca - Santander De Quilichao <j02cctosquil@cendoj.ramajudicial.gov.co>**CC:** larellano@aja.net.co <larellano@aja.net.co>; notificacionesjudiciales@santanderdequilichao-cauca.gov.co <notificacionesjudiciales@santanderdequilichao-cauca.gov.co>**Asunto:** Recurso de reposición contra el Mandamiento de Pago expediente - 19-698-31-12-002-2020-00060-00

Santander de Quilichao (Cauca), 13 de enero de 2022

Señora

JUEZA SEGUNDA CIVIL DEL CIRCUITO SANTANDER DE QUILICHAO (C.)

E. S. D.

Vía correo electrónico: j02cctosquil@cendoj.ramajudicial.gov.co

PROCESO	Ejecutivo Singular
EXPEDIENTE	19-698-31-12-002-2020-00060-00
DEMANDANTE	COMPAÑÍA ENERGÉTICA DE OCCIDENTE S.A.S. E.S.P
DEMANDADO	MUNICIPIO DE SANTANDER DE QUILICHAO, CAUCA
ASUNTO	Recurso de reposición contra el Mandamiento de Pago de fecha 14 de diciembre de 2021

VERÓNICA GONZÁLEZ LEHMANN, mayor de edad, domiciliada en la ciudad de Cali, identificada con cédula de ciudadanía No. 67.002.218 y tarjeta profesional de abogado No. 117.517 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando en calidad de apoderada judicial del MUNICIPIO DE SANTANDER DE QUILICHAO (CAUCA), como consta en el poder que se adjunta, estando dentro del término legal para el efecto, de la manera más respetuosa me permito interponer recurso de reposición en contra

del auto admitió la reforma de la demanda y que libró mandamiento ejecutivo de pago proferido por su Despacho el catorce (14) de diciembre de 2021, en los términos del documento adjunto y sus anexos.

De la señora Jueza, atentamente.

Verónica González Lehmann
P&T Corporativo e Infraestructuras S.A.S.
vgonzalez@pytcorporativo.com
PBX (+571) 7432131 / 6752854
Dirección: Calle 107 A No. 11 A 69
Bogotá - Colombia

Este correo electrónico y todos los documentos adjuntos son confidenciales y destinados exclusivamente al uso de la persona a la cual han sido remitidos. Si usted no es el destinatario del mensaje, agradecemos advertir al remitente y eliminar el mensaje y los anexos de su sistema sin copiarlos. La publicación, distribución, copia o impresión no autorizada de este mensaje y los documentos adjuntos es contraria a la ley y está prohibida.

This e-mail and any attachment are confidential and intended only for the use of the individual to whom it is addressed. If you are not the intended recipient, please e-mail the sender and delete this message and any attachment from your system, Unauthorized publication, use, dissemination, forwarding, printing or copying of this e-mail and its associated attachments are against the law and is strictly prohibited