**CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - Contrato estatal - Sociedad de economía mixta - Participación mayoritaria de capital estatal - Competencia**

Esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación en virtud de lo dispuesto por el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, que a su vez fue reformado por el artículo 1 de la Ley 1107 de 2006, normas a cuyo tenor se consagra que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es la competente para decidir las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas.En esta oportunidad se encuentran en controversia circunstancias atinentes al incumplimiento del Contrato No. 026 A 2003, celebrado entre el Instituto de Planificación y Promoción de Soluciones Energéticas IPSE- vinculado a la presente causa como llamado en garantía- y la empresa Generadora de Energía del Tolima EGETSA S.A. E.S.P. cuya composición accionaria, al momento de celebración del contrato, tenía participación mayoritaria de capital privado, como se detallará más adelante. Igualmente, cabe resaltar que la demanda se dirigió en contra de la sociedad Gestión Energética GENSA S.A. E.S.P., como cesionario del negocio jurídico supuestamente incumplido, para ocupar el extremo contratante. La naturaleza de esta entidad corresponde a la de una sociedad de economía mixta con participación mayoritaria de capital estatal. Así las cosas, se precisa que la entidad demandada, GENSA S.A. E.S.P., de conformidad con lo dispuesto en la letra a) del numeral uno del artículo 2º de la Ley 80 de 1993, tiene el carácter de entidad estatal, por lo que el conocimiento del asunto corresponde a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. También le asiste competencia a la Sala para conocer de la presente causa en segunda instancia, toda vez que la mayor de las pretensiones de contenido económico se estimó en la suma de $13.881’489.324, monto que resulta superior a la suma equivalente a 500 S.M.L.M.V. ($248’450.000), exigida en la Ley 954, promulgada el 28 de abril de 2005, para que el proceso tuviera vocación de doble instancia.

**INSTITUTO DE PLANIFICACIÓN Y PROMOCIÓN DE SOLUCIONES ENERGÉTICAS** **-** **Naturaleza jurídica - Régimen jurídico contractual**

Las personas jurídicas que integraron los extremos del negocio jurídico en referencia son, por un lado, el Instituto de Planificación y Promoción de Soluciones Energéticas IPSE y, por otro, la Empresa Generadora de Energía del Tolima EGETSA S.A. E.S.P. A lo expuesto se añade que la celebración del contrato tuvo lugar el 30 de mayo de 2003 y su plazo inicial se pactó en 36 meses. Establecido lo anterior, procede la Sala a referirse a la naturaleza que para la época de celebración del Contrato No. 026-A-2003 revestían las partes co-contratantes que le dieron origen. El Gobierno Nacional a través de Decreto 1140 del 29 de junio de 1999, en ejercicio de las facultades permanentes otorgadas en el numeral 16 del artículo 189 de la Constitución Política y de conformidad con el artículo 54 de la Ley 489 de 1998, dispuso que el Instituto Colombiano de Energía Eléctrica -ICEL-, empresa industrial y comercial del Estado, se transformara en Instituto de Planificación y Promoción de Soluciones Energéticas, con naturaleza jurídica de establecimiento público. Al reestructurarse el Ministerio de Minas y Energía, Decreto 1141 de 1999, se incluyó el Instituto de Planificación y Promoción de Soluciones Energéticas -IPSE, como uno de los establecimientos públicos adscritos a dicha cartera. En esa línea, dada su naturaleza de establecimiento público, se deriva que su actividad contractual se encontraba sometida a la Ley 80 de 1993, en cuyo artículo 2 expresamente la enlistó como una entidad estatal sujeta al amparo de su regulación…Sobre el régimen jurídico contractual del IPSE, concretamente, debe decirse que esta Corporación ha concluido acerca de su sujeción a las normas del Estatuto de Contratación Estatal de la Administración Pública. Así se desprende, a título ilustrativo, de una providencia dictada por la Sección Tercera del Consejo de Estado que se concentró en analizar si al expedir los términos de referencia base de un procedimiento de selección adelantado por esa entidad, los mismos se ciñeron al Decreto 1436 de 1998, reglamentario de la Ley 80 de 1993… Los aspectos anotados, a juicio de la Sala, reafirman la aplicación preferente de la Ley 80 en las relaciones contractuales de los establecimientos públicos.

**EMPRESA GENERADORA DE ENERGÍA -** **Naturaleza jurídica**

Por su parte, la Empresa Generadora de Energía del Tolima EGETSA S.A. E.S.P. fue constituida el 27 de marzo de 2003, mediante Escritura Pública No. 0000697 de la Notaría Tercera del Círculo de Ibagué. Su conformación accionaria inició con una participación mayoritaria de capital privado, circunstancia que se modificó con posterioridad a la celebración del contrato, 10 de julio de 2003, fecha en que se elevó a instrumento público el acto de cesión de acciones realizado en favor del departamento del Tolima. Ahora bien, debido a su condición de sociedad constituida en forma de empresa de servicios públicos, resulta claro que, en principio, su actividad contractual habría de regirse por las normas acopiadas por la Ley 142 de 1994, por la cual se estableció el régimen de los servicios públicos domiciliarios y por la Ley 143 del mismo año, que se encargó de establecer el régimen para la generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad en el territorio nacional, se concedieron unas autorizaciones y se dictaron otras disposiciones en materia energética, compilaciones que en ambos casos consagraron un régimen mixto de contratación, en tanto concibieron que en la actividad negocial de ese tipo de entidades para algunos eventos se acudiría al derecho común y, en otros, se aplicarían normas especiales como la Ley 80 de 1993.Según se observa, en la relación que se encuentra en controversia intervino, por un lado, el Instituto de Planificación y Promoción de Soluciones Energéticas, establecimiento público sometido al régimen de contratación estatal, y, por otro, la Empresa Generadora de Energía del Tolima EGETSA S.A. E.S.P., cuyos vínculos contractuales habrían de gobernarse por las normas previstas en las leyes 142 y 143 de 1994. Así pues, ante la disparidad del régimen normativo llamado a informar los negocios jurídicos celebrados por ambas entidades, la Sala advierte que en este caso la relación negocial que habría de surgir entre ambos extremos debió regirse por las normas del Estatuto de Contratación Estatal, por las razones que a continuación se exponen: En primer término, conviene traerse a colocación que el objeto del contrato en controversia recayó sobre la entrega de la Central Hidroeléctrica del Río Prado, para que la contratista realizara la administración, operación y mantenimiento preventivos, predictivos y correctivos, actualizara el plan de manejo ambiental y, adicionalmente, comercializara la energía y realizara mejoras para optimizar su generación. En el contexto planteado, se tiene que aun cuando el objeto contractual versó sobre un bien inmueble afecto a la prestación servicio público de electricidad, en sus componentes de generación y comercialización de energía, no puede perderse de vista que para predicar la aplicación en este caso de las normas especiales contenidas en las Leyes 142 y 143 de 1994, resultaba indispensable que el sujeto contratante, por su naturaleza, fuera destinario del ámbito de su cobertura, es decir, que ostentara alguna de las calidades previstas en dichos cuerpos normativos.

**EMPRESA GENERADORA DE ENERGÍA - Régimen jurídico contractual**

Resulta que la Ley 142 de 1994, en el artículo 15,  distinguió a las personas que pueden prestar servicios públicos domiciliarios, para cuyo propósito enlistó: i) las empresas de servicios públicos; ii) las personas naturales o jurídicas que produzcan para ellas mismas, o como consecuencia o complemento de su actividad principal, los bienes y servicios propios del objeto de las empresas de servicios públicos; iii) los municipios, cuando asuman en forma directa, a través de su administración central, la prestación de los servicios públicos, de conformidad con lo dispuesto en esta Ley; iv) las organizaciones autorizadas de acuerdo con esta Ley para prestar servicios públicos en municipios menores en zonas rurales y en áreas o zonas urbanas específicas; v) las entidades autorizadas para prestar servicios públicos durante los períodos de transición previstos en esa Ley y vi) las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional que al momento de expedirse esta Ley estén prestando cualquiera de los servicios públicos y se ajusten a lo establecido en el parágrafo del artículo 17. En concordancia con lo anterior, el artículo 17 previó que las empresas de servicios públicos son sociedades por acciones, cuyo objeto es la prestación de los servicios públicos de que trata esta Ley. A continuación, el artículo 18 consagró que las empresas de servicios públicos tienen como objeto la prestación de uno o más de los servicios públicos a los que se aplica esta Ley, o realizar una o varias de las actividades complementarias, o una y otra cosa. Igualmente, de conformidad con el artículo19, que reguló el régimen de las empresas de servicios públicos, se dispuso que su nombre siempre debía incluir las palabras "empresa de servicios públicos" o las letras "E.S.P.". Así pues, si bien el artículo 39, ordinal 3, facultó a las entidades oficiales para celebrar contratos en virtud de los cuales fuera posible transferir la propiedad o el uso y el goce de los bienes que destina especialmente a alguna o a algunas de las siguientes actividades: i) prestar los servicios públicos; ii) concesiones o similares; iii) encomendar a terceros cualquiera de las actividades que ellas hayan realizado para prestar los servicios públicos; iv) permitir que uno o más usuarios realicen las obras necesarias para recibir un servicio que las entidades oficiales estén prestando; v) recibir de uno o más usuarios el valor de las obras necesarias para prestar un servicio que las entidades oficiales estén prestando; vi) pagar con acciones de empresas los bienes o servicios que reciban, lo cierto es que la interpretación de dicha previsión debe acompasarse con el contexto normativo dentro del cual se encuentra prevista. En esa línea de pensamiento, debe entenderse que en armonía con lo dispuesto en el artículo 19, las entidades oficiales a las que hace alusión el artículo 39 corresponden a aquellas constituidas bajo la forma de empresa de servicios públicos, que además de los municipios y los demás sujetos descritos en el artículo 15 de dicho cuerpo normativo, son las únicas autorizadas para prestarlos y para celebrar este tipo de contratos. Lo anterior significa que en el sector de los servicios públicos domiciliarios sólo pueden ser prestadores de los mismos y, por tanto, sujetos de su ámbito de cobertura, los identificados en los artículos 15 y 17. Igual conclusión se extrae del articulado de la Ley 143 de 1994, cuya lectura permite identificar como entidades facultadas para celebrar contratos para confiar en forma temporal la organización, prestación, mantenimiento y gestión de cualquiera de las actividades del servicio público de electricidad a la Nación, los departamentos y municipios y a las empresas públicas para celebrar los demás tipos de contratos. De ahí que al no identificarse el IPSE con alguna de esas denominaciones se concluye que su actividad contractual no se encuentra bajo el amparo de la regulación de los servicios públicos a la que se ha hecho mención. Un segundo elemento que debe destacarse guarda relación con el hecho de que en el caso subexamine la entidad estatal que se encuentra sometida al Estatuto de Contratación Estatal, IPSE, habría de ser la que fungiría como contratante en la relación obligacional, es decir, que sería la que entregaría a un tercero, regido por el derecho privado, la explotación de un bien y de la actividad comercial derivada del mismo, por manera que ha de ser el instrumento normativo de derecho público el que rija este vínculo, en tanto su función se encuentra claramente concebida para concretar el fin estatal allí sumido. En el contexto de la regla anteriormente plasmada, se tiene que la entidad estatal sometida al imperio de la Ley 80 es la que, para la consecución de sus fines, debe adelantar el respectivo procedimiento de selección del contratista, cuando así lo requiera la norma en cuestión, llevar a cabo las gestiones para apropiar y disponer las respectivas partidas presupuestales, adjudicar el contrato producto de aquél y posteriormente celebrarlo con el oferente vencedor, etapas que se imponen llevar a cabo con apego al catálogo de normas compendiadas en el estatuto de contratación estatal. El panorama expuesto lleva a concluir que, atendiendo al régimen legal de prevalente aplicación, en la etapa de formación y nacimiento del negocio jurídico celebrado entre el Instituto de Planificación y Promoción de Soluciones Energéticas IPSE y la Empresa Generadora de Energía del Tolima EGETSA S.A. E.S.P. debieron observarse las disposiciones previstas en la Ley 80 de 1993.

**CADUCIDAD DE LA ACCIÓN - Ampliación** - **Plazo contractual - Otrosí**

En consideración a que el régimen jurídico que gobernó el negocio jurídico identificado con el número 026 A 2003 fue el contenido en las disposiciones de la Ley 80 de 1993, imperioso resulta concluir que dada su naturaleza estatal y por tratarse de un negocio de tracto sucesivo deberán seguirse las reglas que disciplinan la liquidación de los contratos consagrada en dicho estatuto, así como aquellas que sobre la caducidad regula el Código Contencioso Administrativo. Ahora bien, con el propósito de determinar la oportunidad de su interposición, la Sala anota que el plazo de ejecución del contrato de la referencia, celebrado el 30 de mayo de 2003, fue convenido en 36 meses que transcurrieron desde el 1 de junio de ese año y vencieron el 1 de junio de 2006. A continuación, es preciso señalar que el contrato en referencia fue prorrogado mediante otrosí suscrito por las partes el 31 de julio de 2006, esto es, cuando ya se encontraba vencido el plazo inicial. Al respecto se pone de presente que aun cuando en el contenido del otrosí se consignó que dicho acuerdo prorrogaba el Contrato No. 026 A 2003 por siete meses, contados a partir del 1 junio de 2006, la Sala advierte que, según se ha sostenido de manera reiterada por la jurisprudencia de esta Corporación en casos similares, dicha clase de pacto no habría de tener la virtualidad de ampliar el plazo contractual en cuanto a partir del mismo se pretendió derivar un amparo convencional retroactivo y, por otro lado, extender un término que ya se encontraba fenecido…En un asunto semejante al que ocupa la atención de la Sala, esta Subsección consideró que la acción se encontraba caducada en la medida en que la ampliación del plazo contractual dispuesta a través de un contrato adicional suscrito cuando ya el término inicial se hallaba vencido, no tenía vigor para extenderlo (…) Ahora, sin perjuicio de lo expuesto, resulta menester poner de presente que en el sublite concurrieron circunstancias que, en principio, podrían dar lugar a reconsiderar la postura que se ha dejado sentada en torno a la inadmisibilidad de entender prolongado el plazo contractual por cuenta del otrosí suscrito el 31 de julio de 2006. Ciertamente, durante la ejecución del Contrato No. 026 A de 2006, mediante documento del primero de noviembre de 2005 la parte inicialmente contratante, IPSE, cedió el negocio a GENSA S.A. E.S.P., sociedad anónima de carácter comercial clasificada como empresa de servicios públicos mixta del orden nacional, con participación de capital social del Estado superior al 90%. A su turno, el 10 de julio de 2003, la contratista EGETSA S.A. E.S.P. modificó su composición accionaria para obtener participación mayoritaria de capital público, a través de instrumento público en el que se elevó el acto de cesión de acciones realizado en favor del departamento del Tolima. En virtud de esta circunstancia, es claro que para la época en que se suscribió el otrosí -31 de julio de 2006-, los extremos negociales habían mutado su naturaleza jurídica y en tal mérito se abriría la posibilidad de reflexionar si el vínculo que en adelante sostuvieron GENSA S.A. E.S.P. y EGETSA S.A E.S.P., dadas las condiciones de las partes, estaría llamado igualmente a variar su naturaleza y a regirse en lo sucesivo por las normas del derecho privado, a la luz de lo dispuesto en la Ley 142 de 1994, evento en el cual probablemente no cabría la exigencia de escrito como formalidad para contener el acuerdo respecto de la ampliación del plazo contractual, sino que tal circunstancia estaría determinada por el consenso que de hecho observaron las partes frente a la continuación de la relación negocial tan pronto como finalizó el plazo contractual originalmente pactado o, si por el contrario, la situación advertida no alteraba el régimen jurídico del contrato inicial y debía continuar rigiéndose por la normativa que informó su origen, esto es, el Estatuto de Contratación Estatal. Con el propósito de dilucidar la cuestión planteada, la Sala conviene la necesidad de acudir a las distintas posturas jurisprudenciales que se han creado en relación con el régimen jurídico que debe imperar en los contratos adicionales, prórrogas u otrosíes, cuando quiera que el contrato inicial se suscribe bajo una normativa y el que le sigue se celebra bajo una regencia legal distinta. Sin embargo, se aclara que aunque en este evento la disparidad normativa que se encuentra en discusión no obedece al cambio de legislación por razón de la expedición de una reforma o de una disposición derogatoria, sino a la norma que resulta aplicable a la relación subsiguiente, por cuenta de la mutación de la naturaleza de las partes, en todo caso del análisis jurisprudencial que se aborde pueden extraerse elementos comunes de utilidad para resolver el asunto…Pues bien, del derrotero jurisprudencial más reciente se extrae que la línea imperante en materia del régimen legal aplicable a los contratos adicionales y a las prórrogas u otrosíes, será el que gobierne la celebración del contrato inicial. La justificación que sirve de apoyo a la tesis trazada y que para el caso concreto resulta de suma relevancia por la estrecha coincidencia que guarda, radica en que las prórrogas y/o lo contratos adicionales y/o otrosíes, no obstante fungir como mecanismos para introducir algunas modificaciones al contrato inicial, ya sea en su plazo, valor, alcance o ajuste obligacional, en cualquier caso y comoquiera que no trastornan o desdibujan su objeto, no constituyen un nuevo acuerdo, por manera que derivan su existencia del contrato primigenio y de allí penden los elementos de su esencia. Dicho en otras palabras, sin la previa existencia del contrato original, el contrato adicional, su prórroga o su otrosí no estarían llamados a subsistir.

**PRESCRIPCIÓN EXTRAORDINARIA -** **Desarrollo - Código civil - Término**

Siguiendo este orden, se tiene que el término de prescripción extraordinaria, con sujeción a los dictados del artículo 2532 del Código Civil, en la forma en que fue modificado originalmente por la Ley 50 de 1936, era de 20 años. Pese a lo indicado, el término de prescripción extraordinaria contemplado primigeniamente se redujo a 10 años por mérito de la reforma introducida a través de la Ley 791 de 2002 que entró a regir el 27 de diciembre de 2002*.*Así, en consideración a que el contrato que ocupa la atención de la Sala se celebró el 30 de mayo de 2003, esto es, bajo la regencia de la reforma introducida por la Ley 791 de 2002, imperativo resulta señalar que el plazo de prescripción era aquel previsto en esta norma, esto es, el de 10 años, por ser la ley vigente al tiempo de celebración del acuerdo. Lo dicho conduce a señalar que el vencimiento de los 10 años, contados desde la celebración del Contrato No. 026 A de 2003, y, con ello, el lindero temporal para la procedencia de su declaratoria de nulidad, se produjo el 30 de mayo de 2013, fecha anterior, incluso, a aquella en que se dictó la sentencia de primera instancia -13 de agosto de 2013-, cuya apelación se resuelve. Se sigue de lo advertido que cualquier nulidad absoluta que eventualmente hubiera pesado sobre este contrato, desde el 30 de mayo de 2013 y a la fecha se encuentra saneada por prescripción extraordinaria, situación que, por contera y contrario a lo considerado por la primera instancia, se oponía a su declaratoria.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN A**

**Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**

Bogotá, D.C., diez (10) de mayo de dos mil diecisiete (2017).

**Radicación número: 73001-23-31-000-2009-00468-01(48801)**

**Actor: EMPRESA GENERADORA DE ENERGÍA DEL TOLIMA - EGETSA S.A.**

**Demandado: GESTIÓN ENERGÉTICA GENSA S.A. E.S.P.**

**Referencia: APELACIÓN SENTENCIA - ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES**

Temas: RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO / Ley 80 de 1993 – TIPOLOGÍA CONTRACTUAL / arrendamiento o concesión – IMPROCEDENCIA DE DECLARAR LA NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO POR HABER OPERADO LA PRESCRIPCIÓN EXTRAORDINARIA– INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL DEL CONCEDENTE / reglas de interpretación de los contratos.

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia del trece (13) de agosto de dos mil trece (2013), dictada por el Tribunal Administrativo del Tolima, mediante la cual se dispuso:

*“PRIMERO: DECLARAR de oficio la NULIDAD ABSOLUTA del Contrato Interadministrativo de Arrendamiento de la Central Hidroeléctrica de Prado No. 026 - A-2003 celebrado el día 30 de mayo del año 2003, entre IPSE – Instituto de Planificación y Promoción de Soluciones Energéticas – y EGETSA S.A. E.S.P. – Empresa Generadora de Energía del Tolima, junto con su modificación No. 1 de mayo de 2003, el otro sí de fecha 31 de julio de 2006, y la cesión del mismo suscrita entre IPSE y GENSA S.A.*

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

*“TERCERA: Sin condena en costas.*

*“CUARTA: Por Secretaría hágase entrega de los remanentes que por concepto de gastos ordinarios del proceso existan a favor del accionante.*

*“QUINTA: En firme la presente providencia, por Secretaría háganse las anotaciones en el programa Siglo XXI”.*

1. **A N T E C E D E N T E S**

**1. La demanda**

El 29 de septiembre de 2009, la Empresa Generadora de Energía del Tolima S.A. E.S.P.- EGETSA presentó demanda, en ejercicio de la acción contractual, en la cual solicitó que se declarara que la sociedad Gestión Energética S.A. E.S.P. GENSA incumplió el Contrato de Arrendamiento No. 026 A de 2003, celebrado inicialmente entre el Instituto de Planificación y Promoción Soluciones Energéticas IPSE –que posteriormente lo cedió a la demandada GENSA S.A. E.S.P.- y la Empresa Generadora de Energía del Tolima S.A. E.S.P. EGETSA, incumplimiento que se concretó en la falta de pago de las obligaciones a cargo de la arrendadora.

Como consecuencia, solicitó que se condenara a la demandada a pagar la suma de $13.881’489.324 por concepto de perjuicios derivados del alegado incumplimiento, así como los intereses corrientes y moratorios a que hubiere lugar.

**2. Los hechos**

En el escrito de demanda, en síntesis, la parte actora narró los siguientes hechos:

**2.1.** El 30 de mayo de 2003, el Instituto de Planificación y Promoción de Soluciones Energéticas IPSE y la Empresa Generadora de Energía del Tolima EGETSA S.A. E.S.P. celebraron el Contrato No. 026 A 2003, cuyo objeto lo constituyó el arrendamiento de la Central Hidroeléctrica de Río Prado. Como retribución por el goce de la planta arrendada se pactó un canon mensual de $10’000.000 y el plazo se fijó en 36 meses.

**2.2.** Se indica en la demanda que para la época en que se suscribió el contrato, la Central Hidroeléctrica del Río Prado se encontraba en un alto grado de indisponibilidad debido a su deterioro, situación que le impedía prestar el servicio de generación de energía en condiciones óptimas y, por tanto, acceder a los cargos por confiabilidad otorgados por la “CREG”. A ello se sumó que el embalse presentaba el nivel mínimo operativo, lo cual no permitía realizar despachos de generación y obstaculizaba la obtención de un resultado financiero exitoso en la operación.

**2.3.** Según se pactó en el contrato, el arrendatario se obligó a realizar las mejoras y reparaciones necesarias en un plazo de 36 meses por valor de $5.568’000.000 y, además, se comprometió a realizar unas mejoras y reparaciones prioritarias por valor de $1.726’500.000, consideradas urgentes para detener el deterioro de la planta y optimizar la generación de energía. En ese sentido, las partes acordaron que podría prorrogarse el contrato de común acuerdo por términos consecutivos de seis meses para que el arrendatario recuperara los recursos destinados a las obras.

**2.4.** Se indica en la demanda que fue necesario realizar reparaciones no contempladas en el diagnóstico inicial, cuestión que amplió el término de su ejecución hasta el año 2006.

**2.5.** El 1 de noviembre de 2005, el IPSE cedió a favor de GENSA el contrato de arrendamiento suscrito con EGETSA, por lo que asumió, en calidad de arrendador, la totalidad de los derechos y obligaciones inherentes a la relación negocial.

**2.6.** Señaló el libelista que las inversiones efectuadas por la arrendataria para la realización de las obras costaron $13.881’489.324, y se agregó que su ejecución fue avalada por la arrendadora.

**2.7.** El 31 de mayo de 2006, GENSA solicitó a EGETSA la entrega del activo arrendado por vencimiento del término, sin embargo, la arrendataria se opuso al requerimiento, ejerció su derecho de retención y mantuvo el uso y operación del activo hasta le fueran cubiertas las obligaciones en su favor.

**2.8.** Mediante escrito del 31 de julio de 2006, las partes prorrogaron el contrato por siete meses a partir del 1 de junio de ese mismo año.

**2.9.** A pesar de haber elevado varias solicitudes ante GENSA, dirigidas a obtener el pago de las sumas adeudadas a la arrendataria, la arrendadora se negó al reconocimiento de los valores invertidos en la recuperación de la Central Hidroeléctrica de Río Prado, ahora pretendidos por la demandante.

**3. Fundamentos de derecho**

Como fundamento de sus pretensiones, la parte actora partió de explicar que el régimen aplicable al Contrato de Arrendamiento No. 026 A 2003 correspondía al previsto en la Ley 142 de 1994 que remitía al amparo del derecho privado.

En desarrollo de su argumentación, advirtió que la tipología contractual se identificaba con un arrendamiento, en tanto así lo orientaban los elementos de su esencia. En ese punto, acotó que existieron condiciones limitadas de disfrute de la central que se determinaron por el intercambio entre la renta y la posibilidad de servirse económicamente de la central, obligaciones recíprocas que, en su sentir, constituían el criterio que tipificaba el contrato.

Entre otras consideraciones, señaló que el mayor beneficio del arrendador no residía en el pago del canon por parte del arrendatario, sino en la recuperación y la optimización de la capacidad operativa de la central a cargo del arrendatario. De lo expuesto derivó la obligación del arrendador de reembolsar al arrendatario el costo de las reparaciones indispensables no locativas que el arrendatario hiciere en la cosa arrendada.

Igualmente, se refirió al contenido obligacional del contrato y concluyó que la arrendataria era la dueña del resultado de la explotación económica de la central, circunstancia que imponía al arrendador la obligación de devolver las inversiones realizadas para su recuperación por el arrendatario en beneficio del arrendador.

Finalmente, aludió a la necesidad de preservar el equilibrio económico del contrato y a la aplicación del principio de buena fe en la relación negocial.

**4. Actuación procesal**

**4.1.** El Tribunal Administrativo de Tolima, mediante providencia del 22 de enero de 2010, admitió la demanda y ordenó notificar de la misma a la demandada.

**4.2.** En proveído del 12 de noviembre de 2010 se admitió el llamamiento en garantía formulado por GENSA S.A. E.S.P. frente al IPSE.

**4.3.** Por auto del 9 de marzo de 2011 la primera instancia abrió el debate probatorio.

**5. Contestación de la demanda – Sociedad Gestión Energética S.A. E.S.P. – GENSA S.A. E.S.P.**

Mediante escrito allegado dentro del término legal, la demandada ejerció su derecho de contradicción.

En primer término, se opuso a las pretensiones, por considerar que no le asistía al demandante derecho para invocarlas.

Frente a los hechos en los que se sustentó la demanda, relató que en atención a los problemas de solvencia asociados a la liquidación de Electrolima S.A. y de la Central Hidroeléctrica de Río Prado, se diseñó un sistema, a través del cual fuera posible vincular a un operador experto, al que se le fijaría un canon bajo de arrendamiento para que, además, se hiciera cargo de algunas mejoras útiles y necesarias dentro de la Central. Explicó que la razón por la que acordó un canon mensual bajo estribó en que los ingresos obtenidos por el arrendatario en su explotación, consistente en la comercialización de energía, fueran destinados en parte a la recuperación del bien.

Para reafirmar lo expuesto, precisó que EGETSA presentó un modelo económico que incluía un flujo de caja en el que se evidenciaba que el valor del canon era menor al que correspondía para efectos de compensar la retribución por su explotación, a partir de la realización de las mejoras necesarias y útiles y, a su turno, el arrendatario recibiría los ingresos obtenidos por la venta de la energía producida por la Central Hidroeléctrica de Río Prado.

Afirmó que si bien el embalse se recibió por el demandante en su estado mínimo operativo, ciertamente esa situación no afectaba el modelo financiero ni los ingresos esperados, por cuanto su estimación debió basarse en los afluentes que alimentaban el embalse para determinar la cantidad de energía que estaría en capacidad de generar y de embalsar.

Puntualizó que la posibilidad de prorrogar el contrato, con el fin de permitir la recuperación de los valores invertidos, era una figura de carácter facultativo que no derivaba en derecho adquirido en favor del arrendatario y una obligación en cabeza del arrendador.

Negó el hecho de que el IPSE o GENSA hubieran avalado algún tipo de inversión distinta a la pactada, e hizo énfasis en que el actor no tenía derecho a ejercer la retención del inmueble, dado que no existían obligaciones insolutas a su favor.

Adicionalmente, formuló las siguientes excepciones que denominó:

“Caducidad de la acción”, “*el IPSE y GENSA cumplieron a cabalidad las obligaciones contenidas en el contrato”, “la literalidad del contrato determina como obligación del arrendatario la construcción de las mejoras útiles y necesarias”, “la intención de las partes era la de que el arrendatario asumiera las mejoras útiles, necesarias y demás necesarias para la explotación comercial de la Central Hidroeléctrica de Prado”, “inexistencia de obligación legal o contractual de liquidar el contrato de arrendamiento”, “inexistencia de perjuicios causados”, “contrato es ley para las partes – Pacto en contrario a las obligaciones del arrendador previstas en la ley”, “nadie puede alegar su propia culpa”, “ compensación”, “enriquecimiento sin causa*”.

**5.1. Contestación del llamamiento en garantía – Instituto de Planificación y Promoción de Soluciones Energéticas - IPSE**

En relación con los hechos de la demanda, sostuvo que aun cuando la Central Hidroeléctrica de Río Prado requería mantenimientos, estos correspondían a los de cualquier activo operativo, los cuales no se habían podido realizar debido al difícil estado financiero de Electrolima. Agregó que esos fueron los motivos que condujeron a la suscripción del contrato de arrendamiento con EGETSA, y por ello se estableció un canon irrisorio para que esta, a su vez, asumiera los costos de mantenimiento y realizara las mejoras útiles y necesarias dentro de la Central.

En lo sucesivo, la llamada en garantía expuso los mismos argumentos de defensa esgrimidos por la cesionaria del contrato, GENSA S.A. E.S.P.

Respecto de las pretensiones del llamamiento en garantía, sostuvo que el IPSE cedió todos los derechos y obligaciones derivados del contrato, de tal suerte que en caso de prosperar las pretensiones de la demanda, la satisfacción de las mismas correspondería a GENSA S.A. E.S.P.

También formuló las excepciones de caducidad, falta de jurisdicción y competencia y ausencia de incumplimiento del Contrato de Arrendamiento No. 026 A 2003.

**6. La sentencia impugnada**

El Tribunal Administrativo de Tolima declaró de oficio la nulidad absoluta del contrato de arrendamiento de la Central Hidroeléctrica de Río Prado, celebrado el 30 de mayo de 2003, junto con su modificación No. 01 de mayo de 2003, su otrosí del 31 de julio de 2006 y la cesión del mismo suscrita entre IPSE y GENSA S.A., con sustento en las siguientes consideraciones:

El *a quo* inició por referirse a la oportunidad en que se presentó la demanda, aspecto en relación con el cual sostuvo que al vencerse la prórroga del plazo contractual el 31 de diciembre de 2006, desde entonces y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, las partes contaban con cuatro meses para liquidar el contrato de mutuo acuerdo y con dos meses más para proceder a su liquidación unilateral, término que vencía el 30 de junio de 2007.

En ese sentido advirtió que al haberse impetrado la solicitud de conciliación prejudicial el 30 de junio de 2009, ese día se interrumpió el término de caducidad hasta el 29 de septiembre del mismo año, fecha en que se expidió la certificación por la Procuraduría sobre el trámite conciliatorio. De ahí que al presentarse la demanda el 29 de ese mismo mes y año coligió que la acción se ejerció oportunamente.

Previo a analizar el régimen jurídico del contrato No. 026 A 2003, señaló que su tipología obedecía, en realidad, a una concesión y no a un arrendamiento como impropiamente se había titulado, afirmación que apoyó en el contenido obligacional del texto contractual.

Agregó que si bien para la época en que se suscribió el contrato el IPSE era una entidad estatal y EGETSA era una sociedad con participación mayoritaria de capital privado, cuando el contrato se encontraba en ejecución EGETSA pasó a tener capital mayoritario público. Sin embargo, para la primera instancia esta circunstancia no convirtió el acuerdo en un contrato interadministrativo como se había denominado.

Luego de concluir que la tipología correspondía a la de un contrato de concesión, por cuanto el Estado trasladó la explotación, mantenimiento y operación de la Central Hidroeléctrica de Río Prado a un tercero, advirtió que a la luz de la Ley 80 su celebración no podía realizarse de manera directa. Por el contrario, debía estar precedida del procedimiento de licitación pública, etapa que en el caso concreto no se adelantó.

Atendiendo al contexto planteado, el fallador de primer grado consideró que el contrato así concebido adolecía de nulidad y procedió a declararla tanto del texto originario como del documento modificatorio, del otrosí y de la cesión del negocio jurídico.

En lo atinente a las restituciones mutuas, estimó que el demandante EGETSA S.A. tenía toda la explotación de la hidroeléctrica, de modo que la obtención de mayores ingresos dependía de la gestión administrativa, es decir, que el negocio beneficiaba directamente al concesionario. De ahí desprendió que no resultaba viable pretender el pago de unas mejoras cuando las mismas fueron necesarias para poder explotar plenamente el objeto concesionado y obtener ganancias.

**7. El recurso de apelación**

7.1. La parte demandante

La Empresa Generadora de Energía del Tolima EGETSA S.A. E.S.P. presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia y basó su inconformidad, esencialmente, en el hecho de que el régimen contractual que informó el negocio No. 026 A 2003, correspondía al derecho privado y no al Estatuto de Contratación de la Administración Pública.

Al efecto realizó un recuento de la normativa que le resultaba aplicable al caso y se refirió a lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley 142 de 1994 y en la Ley 143 del mismo año. Así mismo, puntualizó que la tipología contractual analizada, contrario a lo considerado por el juez de primera instancia, se identificaba con un contrato de arrendamiento, no con una concesión.

En suma, concluyó que al tratarse de un contrato de arrendamiento gobernado por las normas del derecho común, para su celebración no se exigía legalmente que se agotara la etapa previa de la licitación pública, por manera que su inobservancia no podría servir como fundamento jurídico para la declaratoria oficiosa de nulidad del contrato.

**8. Actuación en segunda instancia**

**8.1.** Mediante providencia del 22 de noviembre de 2013, la Sección Tercera de esta Corporación admitió el recurso de apelación interpuesto por la demandante.

**8.2.** Por medio de providencia del 14 de febrero de 2014, se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegaciones finales y al Ministerio Público para que rindiese su concepto. En el término otorgado, tanto la parte actora como la demandada presentaron sus escritos de alegaciones en los cuales, básicamente, insistieron en los argumentos en que soportaron la causa y la contradicción. La entidad llamada en garantía y el Ministerio Público guardaron silencio.

1. **C O N S I D E R A C I O N E S**

Para resolver la segunda instancia de la presente litis se abordarán los siguientes temas: **1)** competencia del Consejo de Estado; **2)** presupuestos procesales: **2.1)** procedencia y oportunidad de la acción: **2.1.1)** régimen jurídico del Contrato No. 026 A 2003; **2.1.2)** caducidad de la acción; **3)** otras consideracionesy **4)** costas.

**1.- Competencia del Consejo de Estado**

Esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación en virtud de lo dispuesto por el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, que a su vez fue reformado por el artículo 1 de la Ley 1107 de 2006, normas a cuyo tenor se consagra que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es la competente para decidir las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas.

En esta oportunidad se encuentran en controversia circunstancias atinentes al incumplimiento del Contrato No. 026 A 2003, celebrado entre el Instituto de Planificación y Promoción de Soluciones Energéticas IPSE[[1]](#footnote-1)- vinculado a la presente causa como llamado en garantía- y la empresa Generadora de Energía del Tolima EGETSA S.A. E.S.P. cuya composición accionaria, al momento de celebración del contrato, tenía participación mayoritaria de capital privado, como se detallará más adelante.

Igualmente, cabe resaltar que la demanda se dirigió en contra de la sociedad Gestión Energética GENSA S.A. E.S.P., como cesionario del negocio jurídico supuestamente incumplido, para ocupar el extremo contratante. La naturaleza de esta entidad corresponde a la de una sociedad de economía mixta con participación mayoritaria de capital estatal[[2]](#footnote-2).

Así las cosas, se precisa que la entidad demandada, GENSA S.A. E.S.P., de conformidad con lo dispuesto en la letra a) del numeral uno del artículo 2º de la Ley 80 de 1993*[[3]](#footnote-3)*, tiene el carácter de entidad estatal, por lo que el conocimiento del asunto corresponde a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

También le asiste competencia a la Sala para conocer de la presente causa en segunda instancia, toda vez que la mayor de las pretensiones de contenido económico se estimó en la suma de $13.881’489.324, monto que resulta superior a la suma equivalente a 500 S.M.L.M.V. ($248’450.000)[[4]](#footnote-4), exigida en la Ley 954, promulgada el 28 de abril de 2005, para que el proceso tuviera vocación de doble instancia.

**2. -Presupuestos procesales**

**2.1.- Procedencia y oportunidad de la acción**

El presente debate versa sobre el incumplimiento del Contrato No. 026 A 2003, aspecto que, al tenor de lo dispuesto en el artículo 87 del C.C.A., corresponde ventilarse a través del cauce de la acción contractual impetrada.

A continuación, concierne establecer si la demanda fue radicada dentro de la oportunidad legal prevista, circunstancia que determina la necesidad de precisar el régimen jurídico que informó el contrato identificado con el número 026 A 2003.

2.1.1.- Régimen jurídico del Contrato No. 026 A 2003

Las personas jurídicas que integraron los extremos del negocio jurídico en referencia son, por un lado, el Instituto de Planificación y Promoción de Soluciones Energéticas IPSE y, por otro, la Empresa Generadora de Energía del Tolima EGETSA S.A. E.S.P.

A lo expuesto se añade que la celebración del contrato tuvo lugar el 30 de mayo de 2003 y su plazo inicial se pactó en 36 meses.

Establecido lo anterior, procede la Sala a referirse a la naturaleza que para la época de celebración del Contrato No. 026-A-2003 revestían las partes co-contratantes que le dieron origen.

El Gobierno Nacional a través de Decreto 1140 del 29 de junio de 1999, en ejercicio de las facultades permanentes otorgadas en el numeral 16 del artículo 189 de la Constitución Política y de conformidad con el artículo 54 de la Ley 489 de 1998, dispuso que el Instituto Colombiano de Energía Eléctrica -ICEL-, empresa industrial y comercial del Estado, se transformara en Instituto de Planificación y Promoción de Soluciones Energéticas, con naturaleza jurídica de establecimiento público.

Al reestructurarse el Ministerio de Minas y Energía, Decreto 1141 de 1999, se incluyó el Instituto de Planificación y Promoción de Soluciones Energéticas -IPSE, como uno de los establecimientos públicos adscritos a dicha cartera.

En esa línea, dada su naturaleza de establecimiento público, se deriva que su actividad contractual se encontraba sometida a la Ley 80 de 1993, en cuyo artículo 2 expresamente la enlistó como una entidad estatal sujeta al amparo de su regulación.

Esa premisa halla igualmente su sustento normativo en lo dispuesto por el inciso segundo del artículo 81 de la Ley 489 de 1998, de conformidad con el cual “*Los contratos que celebren los establecimientos públicos se rigen por las normas del Estatuto Contractual de las entidades estatales contenido en la Ley 80 de 1993 y las disposiciones que lo complementen, adicionen o modifiquen, sin perjuicio de lo dispuesto en las normas especiales*”.

Sobre el régimen jurídico contractual del IPSE, concretamente, debe decirse que esta Corporación ha concluido acerca de su sujeción a las normas del Estatuto de Contratación Estatal de la Administración Pública. Así se desprende, a título ilustrativo, de una providencia dictada por la Sección Tercera del Consejo de Estado que se concentró en analizar si al expedir los términos de referencia base de un procedimiento de selección adelantado por esa entidad, los mismos se ciñeron al Decreto 1436 de 1998, reglamentario de la Ley 80 de 1993.

*“Así las cosas, es a la luz de esta concepción de la discrecionalidad que debe valorarse el proceder del IPSE al expedir los términos de referencia del concurso de méritos encaminado a la selección y contratación de intermediarios de seguros. Es decir, lo que debe analizarse es si el Instituto demandado formuló criterios objetivos y razonables de selección del intermediario de seguros, como concreción, para este supuesto específico, de los conceptos jurídicos indeterminados con base en los cuales el artículo 3º del decreto 1436 de 1998 configura las correspondientes facultades, que, por todo lo ya expuesto, han de ejercerse de la misma manera que si de una facultad discrecional se tratara, esto es, completando, para el caso concreto, los supuestos de hecho ⎯deliberadamente⎯ inacabados o incompletos de los artículos 3º y 4º del decreto 1436 de 1998”[[5]](#footnote-5).*

Los aspectos anotados, a juicio de la Sala, reafirman la aplicación preferente de la Ley 80 en las relaciones contractuales de los establecimientos públicos.

Por su parte, la Empresa Generadora de Energía del Tolima EGETSA S.A. E.S.P. fue constituida el 27 de marzo de 2003, mediante Escritura Pública No. 0000697 de la Notaría Tercera del Círculo de Ibagué. Su conformación accionaria inició con una participación mayoritaria de capital privado[[6]](#footnote-6), circunstancia que se modificó con posterioridad a la celebración del contrato, 10 de julio de 2003, fecha en que se elevó a instrumento público el acto de cesión de acciones realizado en favor del departamento del Tolima. Ahora bien, debido a su condición de sociedad constituida en forma de empresa de servicios públicos, resulta claro que, en principio, su actividad contractual habría de regirse por las normas acopiadas por la Ley 142 de 1994, por la cual se estableció el régimen de los servicios públicos domiciliarios y por la Ley 143 del mismo año, que se encargó de **establecer el régimen para la generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad en el territorio nacional, se concedieron unas autorizaciones y se dictaron otras disposiciones en materia energética, compilaciones que en ambos casos consagraron un régimen mixto de contratación, en tanto concibieron que en la actividad negocial de ese tipo de entidades para algunos eventos se acudiría al derecho común y, en otros, se aplicarían normas especiales como la Ley 80 de 1993.**

Según se observa, en la relación que se encuentra en controversia intervino, por un lado, el Instituto de Planificación y Promoción de Soluciones Energéticas, establecimiento público sometido al régimen de contratación estatal, y, por otro, la Empresa Generadora de Energía del Tolima EGETSA S.A. E.S.P., cuyos vínculos contractuales habrían de gobernarse por las normas previstas en las leyes 142 y 143 de 1994.

Así pues, ante la disparidad del régimen normativo llamado a informar los negocios jurídicos celebrados por ambas entidades, la Sala advierte que en este caso la relación negocial que habría de surgir entre ambos extremos debió regirse por las normas del Estatuto de Contratación Estatal, por las razones que a continuación se exponen:

En primer término, conviene traerse a colocación que el objeto del contrato en controversia recayó sobre la entrega de la Central Hidroeléctrica del Río Prado, para que la contratista realizara la administración, operación y mantenimiento preventivos, predictivos y correctivos, actualizara el plan de manejo ambiental y, adicionalmente, comercializara la energía y realizara mejoras para optimizar su generación[[7]](#footnote-7). En el contexto planteado, se tiene que aun cuando el objeto contractual versó sobre un bien inmueble afecto a la prestación servicio público de electricidad, en sus componentes de generación y comercialización de energía, no puede perderse de vista que para predicar la aplicación en este caso de las normas especiales contenidas en las Leyes 142 y 143 de 1994, resultaba indispensable que el sujeto contratante, por su naturaleza, fuera destinario del ámbito de su cobertura, es decir, que ostentara alguna de las calidades previstas en dichos cuerpos normativos.

Resulta que la Ley 142 de 1994, en el artículo 15,  distinguió a las personas que pueden prestar servicios públicos domiciliarios, para cuyo propósito enlistó: i) las empresas de servicios públicos; ii) las personas naturales o jurídicas que produzcan para ellas mismas, o como consecuencia o complemento de su actividad principal, los bienes y servicios propios del objeto de las empresas de servicios públicos; iii) los municipios, cuando asuman en forma directa, a través de su administración central, la prestación de los servicios públicos, de conformidad con lo dispuesto en esta Ley; iv) las organizaciones autorizadas de acuerdo con esta Ley para prestar servicios públicos en municipios menores en zonas rurales y en áreas o zonas urbanas específicas; v) las entidades autorizadas para prestar servicios públicos durante los períodos de transición previstos en esa Ley y vi) las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional que al momento de expedirse esta Ley estén prestando cualquiera de los servicios públicos y se ajusten a lo establecido en el parágrafo del artículo 17. En concordancia con lo anterior, el artículo 17 previó que las empresas de servicios públicos son sociedades por acciones, cuyo objeto es la prestación de los servicios públicos de que trata esta Ley[[8]](#footnote-8). A continuación, el artículo 18 consagró que las empresas de servicios públicos tienen como objeto la prestación de uno o más de los servicios públicos a los que se aplica esta Ley, o realizar una o varias de las actividades complementarias, o una y otra cosa[[9]](#footnote-9).

Igualmente, de conformidad con el artículo19, que reguló el régimen de las empresas de servicios públicos, se dispuso que su nombre siempre debía incluir las palabras "empresa de servicios públicos" o las letras "E.S.P.".

Así pues, si bien el artículo 39, ordinal 3, facultó a las entidades oficiales para celebrar contratos en virtud de los cuales fuera posible transferir la propiedad o el uso y el goce de los bienes que destina especialmente a alguna o a algunas de las siguientes actividades: i) prestar los servicios públicos; ii) concesiones o similares; iii) encomendar a terceros cualquiera de las actividades que ellas hayan realizado para prestar los servicios públicos; iv) permitir que uno o más usuarios realicen las obras necesarias para recibir un servicio que las entidades oficiales estén prestando; v) recibir de uno o más usuarios el valor de las obras necesarias para prestar un servicio que las entidades oficiales estén prestando; vi) pagar con acciones de empresas los bienes o servicios que reciban, lo cierto es que la interpretación de dicha previsión debe acompasarse con el contexto normativo dentro del cual se encuentra prevista.

En esa línea de pensamiento, debe entenderse que en armonía con lo dispuesto en el artículo 19, las entidades oficiales a las que hace alusión el artículo 39 corresponden a aquellas constituidas bajo la forma de empresa de servicios públicos, que además de los municipios y los demás sujetos descritos en el artículo 15 de dicho cuerpo normativo, son las únicas autorizadas para prestarlos y para celebrar este tipo de contratos.

Lo anterior significa que en el sector de los servicios públicos domiciliarios sólo pueden ser prestadores de los mismos y, por tanto, sujetos de su ámbito de cobertura, los identificados en los artículos 15 y 17.

Igual conclusión se extrae del articulado de la Ley 143 de 1994, cuya lectura permite identificar como entidades facultadas para celebrar contratos para confiar en forma temporal la organización, prestación, mantenimiento y gestión de cualquiera de las actividades del servicio público de electricidad a la Nación, los departamentos y municipios y a las empresas públicas para celebrar los demás tipos de contratos.

De ahí que al no identificarse el IPSE con alguna de esas denominaciones se concluye que su actividad contractual no se encuentra bajo el amparo de la regulación de los servicios públicos a la que se ha hecho mención.

Un segundo elemento que debe destacarse guarda relación con el hecho de que en el caso subexamine la entidad estatal que se encuentra sometida al Estatuto de Contratación Estatal, IPSE, habría de ser la que fungiría como contratante en la relación obligacional, es decir, que sería la que entregaría a un tercero, regido por el derecho privado, la explotación de un bien y de la actividad comercial derivada del mismo, por manera que ha de ser el instrumento normativo de derecho público el que rija este vínculo, en tanto su función se encuentra claramente concebida para concretar el fin estatal allí sumido[[10]](#footnote-10).

En el contexto de la regla anteriormente plasmada, se tiene que la entidad estatal sometida al imperio de la Ley 80 es la que, para la consecución de sus fines, debe adelantar el respectivo procedimiento de selección del contratista, cuando así lo requiera la norma en cuestión, llevar a cabo las gestiones para apropiar y disponer las respectivas partidas presupuestales, adjudicar el contrato producto de aquél y posteriormente celebrarlo con el oferente vencedor, etapas que se imponen llevar a cabo con apego al catálogo de normas compendiadas en el estatuto de contratación estatal.

El panorama expuesto lleva a concluir que, atendiendo al régimen legal de prevalente aplicación, en la etapa de formación y nacimiento del negocio jurídico celebrado entre el Instituto de Planificación y Promoción de Soluciones Energéticas IPSE y la Empresa Generadora de Energía del Tolima EGETSA S.A. E.S.P. debieron observarse las disposiciones previstas en la Ley 80 de 1993.

* + 1. – Caducidad de la acción

En consideración a que el régimen jurídico que gobernó el negocio jurídico identificado con el número 026 A 2003 fue el contenido en las disposiciones de la Ley 80 de 1993, imperioso resulta concluir que dada su naturaleza estatal y por tratarse de un negocio de tracto sucesivo deberán seguirse las reglas que disciplinan la liquidación de los contratos consagrada en dicho estatuto, así como aquellas que sobre la caducidad regula el Código Contencioso Administrativo.

Ahora bien, con el propósito de determinar la oportunidad de su interposición, la Sala anota que el plazo de ejecución del contrato de la referencia, celebrado el 30 de mayo de 2003, fue convenido en 36 meses que transcurrieron desde el 1 de junio de ese año y vencieron el 1 de junio de 2006.

A continuación, es preciso señalar que el contrato en referencia fue prorrogado mediante otrosí suscrito por las partes[[11]](#footnote-11) el 31 de julio de 2006, esto es, cuando ya se encontraba vencido el plazo inicial.

Al respecto se pone de presente que aun cuando en el contenido del otrosí se consignó que dicho acuerdo prorrogaba el Contrato No. 026 A 2003 por siete meses, contados a partir del 1 junio de 2006, la Sala advierte que, según se ha sostenido de manera reiterada por la jurisprudencia de esta Corporación en casos similares, dicha clase de pacto no habría de tener la virtualidad de ampliar el plazo contractual en cuanto a partir del mismo se pretendió derivar un amparo convencional retroactivo[[12]](#footnote-12) y, por otro lado, extender un término que ya se encontraba fenecido[[13]](#footnote-13).

En efecto, frente a la inviabilidad de prorrogar un plazo vencido la Subsección B, en pronunciamiento de 31 de julio de 2014[[14]](#footnote-14), se pronunció en los siguientes términos:

*“En esos términos, en el sublite está demostrado que la ejecución del contrato en estudio inició el 2 de noviembre de1993 (fi.75, c. 2 pruebas), razón por la cual los 120 días calendario que las partes pactaron como plazo (cláusula sexta, fl.4 rev.,c. 2 pruebas) vencieron el 1 de marzo de 1994; asimismo, según se dejó expuesto en las consideraciones de la resolución 9458 del 30 de ddiciembre de 1994 (fl.38, c. 2 pruebas), el contratista solicitó la prórroga del contrato, empero, además de que el interventor la estimó improcedente, toda vez que no se configuraban las causales de fuerza mayor o caso fortuito que la justificaran, según lo imponía el parágrafo segundo de cláusula sexta (fl.4 rev., c. 2 pruebas), la Oficina Jurídica conceptuó que resultaba imposible ante el vencimiento del plazo contractual.*

*“Entonces, mal haría la entidad pública en prorrogar un plazo contractual vencido, con mayor razón si en su momento, el interventor no dio su visto bueno para el efecto;*

*“(…).*

*“Sin embargo, cualquiera sea el escenario, cuando el acreedor permite que las oobligaciones se cumplan después del vencimiento del plazo contractual, como ocurrió en el sublite, (…), a lo sumo podrá purgar la mora del deudor, sin que dé lugar a la prórroga del contrato, puesto que, como quedó visto, para el efecto se necesita de un contrato adicional que así lo disponga …”.*

En un asunto semejante al que ocupa la atención de la Sala, esta Subsección[[15]](#footnote-15) consideró que la acción se encontraba caducada en la medida en que la ampliación del plazo contractual dispuesta a través de un contrato adicional suscrito cuando ya el término inicial se hallaba vencido, no tenía vigor para extenderlo. Se cita *in extenso* por cuanto las consideraciones que allí se adoptaron merecen hacerse extensivas a la presente causa.

*“En ese contexto, observa la Sala que el plazo con el que contaba el contratista para ejecutar las obras corrió desde el 21 de ooctubre de 1996 hasta el 10 de mayo de 1997, no obstante lo cual, el día 14 de las mismas calendas, cuando ya había terminado el contrato, las partes suscribieron uno segunda adición en el sentido de ampliar nuevamente su plazo en treinta (30) días más.*

*“Dada la anterior circunstancia, es necesario precisar que para que proceda la prórroga de un contrato resulta imprescindible que el negocio jurídico sobre el cual ésta ha de recaer, a la fecha en que se celebre el acuerdo de voluntades en ese sentido, aun se encuentre vigente, toda vez que es táctica y jurídicamente imposible revivir, por vía de un acuerdo, aquel o que ya ha terminado.*

*“En razón de lo anterior, a pesar de que las partes en el-acuerdo que celebraron el 14 de mayo de 1997 con el propósito de prorrogar el Contrato No. 151/96, expresaron que la ampliación de plazo tendría efectos retroactivos a partir del 10 de mayo de esa anualidad, dicha manifestación de voluntad, al haberse convenido después del fenecimiento del negocio jurídico, no tuvo la virtualidad de revivirlo y, por tanto, tampoco de prorrogarlo*.

*“Así entonces, comoquiera que las partes sujetaron la terminación del contrato al vencimiento de su plazo de duración lo que ocurrió el 10 de mayo de 1997, la prórroga que se desarrolló con posterioridad a su culminación no puede entenderse sujeta a él, en tanto que no. encuentra sustento en el contrato que la parte demandante supone como su fuente, cosa distinta hubiese ocurrido en el evento de que se hubiere suscrito el "CONTRATO ADICIONAL No, 2" dentro del término de ejecución del contrato, puesto que en ese caso es claro que la prórroga sí le hubiese dado continuidad al contrato No. 0151/96 y, en consecuencia, hubiese hecho parte del contrato.*

*“En ese orden de ideas, comoquiera que la prórroga se suscribió por fuera del plazo de ejecución del contrato No. 151/96, no podrá ser tenida en cuenta como parte del mencionado contrato, de ahí que tampoco incidirán en el plazo y en la fecha de terminación del contrato, el cual, según se dejó visto, venció el 10 de mayo de 1997.*

*“(…).*

*“En ese orden de ideas, para efectos de establecer el término de caducidad de la acción contractual la Sala tendrá como primer elemento de juicio que el plazo del contrato de obra No. 1517-96 inició el 21 de octubre de 1996 y finalizó el 10 de mayo de 1997”.*

En oportunidad posterior esta misma Subsección[[16]](#footnote-16) decidió un caso análogo a la luz de la misma línea de pensamiento, como se sigue:

“*Advierte la Sala que las partes suscribieron una prórroga al contrato con el fin de ampliar el término de duración del mismo, sin embargo, dado que ésta fue suscrita el 6 de abril de 2001, es decir, con posteridad a la fecha de terminación del contrato, lo que ocurrió el 4 de abril de 2001, no podrá entenderse sujeta a él y por consiguiente no incidirá en manera alguna en los términos de liquidación del contrato No. 296*”.

Ahora, sin perjuicio de lo expuesto, resulta menester poner de presente que en el sublite concurrieron circunstancias que, en principio, podrían dar lugar a reconsiderar la postura que se ha dejado sentada en torno a la inadmisibilidad de entender prolongado el plazo contractual por cuenta del otrosí suscrito el 31 de julio de 2006.

Ciertamente, durante la ejecución del Contrato No. 026 A de 2006, mediante documento del primero de noviembre de 2005 la parte inicialmente contratante, IPSE, cedió el negocio a GENSA S.A. E.S.P., sociedad anónima de carácter comercial clasificada como empresa de servicios públicos mixta del orden nacional, con participación de capital social del Estado superior al 90%. A su turno, el 10 de julio de 2003, la contratista EGETSA S.A. E.S.P. modificó su composición accionaria para obtener participación mayoritaria de capital público, a través de instrumento público en el que se elevó el acto de cesión de acciones realizado en favor del departamento del Tolima.

En virtud de esta circunstancia, es claro que para la época en que se suscribió el otrosí -31 de julio de 2006-, los extremos negociales habían mutado su naturaleza jurídica y en tal mérito se abriría la posibilidad de reflexionar si el vínculo que en adelante sostuvieron GENSA S.A. E.S.P. y EGETSA S.A E.S.P., dadas las condiciones de las partes, estaría llamado igualmente a variar su naturaleza y a regirse en lo sucesivo por las normas del derecho privado, a la luz de lo dispuesto en la Ley 142 de 1994, evento en el cual probablemente no cabría la exigencia de escrito como formalidad para contener el acuerdo respecto de la ampliación del plazo contractual, sino que tal circunstancia estaría determinada por el consenso que de hecho observaron las partes frente a la continuación de la relación negocial tan pronto como finalizó el plazo contractual originalmente pactado o, si por el contrario, la situación advertida no alteraba el régimen jurídico del contrato inicial y debía continuar rigiéndose por la normativa que informó su origen, esto es, el Estatuto de Contratación Estatal.

Con el propósito de dilucidar la cuestión planteada, la Sala conviene la necesidad de acudir a las distintas posturas jurisprudenciales que se han creado en relación con el régimen jurídico que debe imperar en los contratos adicionales, prórrogas u otrosíes, cuando quiera que el contrato inicial se suscribe bajo una normativa y el que le sigue se celebra bajo una regencia legal distinta.

Sin embargo, se aclara que aunque en este evento la disparidad normativa que se encuentra en discusión no obedece al cambio de legislación por razón de la expedición de una reforma o de una disposición derogatoria, sino a la norma que resulta aplicable a la relación subsiguiente, por cuenta de la mutación de la naturaleza de las partes, en todo caso del análisis jurisprudencial que se aborde pueden extraerse elementos comunes de utilidad para resolver el asunto.

En concepto rendido el 17 de mayo de 1994, la Sala de Consulta y del Servicio Civil[[17]](#footnote-17) se refirió a la ley que debía regir las modificaciones a los contratos, ya fuera sobre su plazo y precio, celebrados bajo una vigencia legal distinta en los siguientes términos:

*“La modificación, en cuanto al plazo o el precio, y la adición de los contratos celebrados durante la vigencia del Decreto ley 222 de 1983, deben efectuarse con fundamento en la ley 80 de 1993. Se trata de nuevos acuerdos de voluntades que deben celebrarse con fundamento en la nueva legislación*”.

En la década siguiente, la Sala de Consulta y del Servicio Civil del Consejo de Estado[[18]](#footnote-18) nuevamente se pronunció frente a las dudas generadas alrededor del tránsito de legislación entre el Decreto-ley 222 de 1983 y la Ley 80 de 1993 pero que esta vez se centraron en la viabilidad de continuar celebrando prórrogas al contrato de fiducia mercantil dentro del límite de 20 años fijado en el artículo 1230 del Código Comercio. En esa ocasión, la Sala reiteró su posición y concluyó:

*“El contrato de fiducia mercantil del Fondo, al vencimiento de la prórroga pactada en la escritura No. 1736 del 18 de junio de 1993, esto es, el 20 de junio de 1996, no ha debido seguir prorrogándose para proceder en cambio, a la celebración de un contrato nuevo, que podía ser también de fiducia mercantil, como se verá más adelante, con sujeción a las disposiciones de la Ley 80 de 1993.*

*“Cumplido el plazo entonces, había necesidad de ajustar el contrato de acuerdo con las limitaciones de la ley 80 de 1993, esto es, adicionarlo en no más del 50% de su valor inicial (inciso 2° del parágrafo del artículo 40 de la ley 80 de 1993). De no ser posible lo anterior, lo procedente será celebrar un nuevo contrato.*

*“El hecho de que la disposición establezca que se entienden incorporadas las normas existentes al tiempo de celebración del contrato, significa que éstas se aplican durante la vigencia del contrato, esto es, hasta su terminación, que se produce con el vencimiento del plazo acordado y sus prórrogas válidamente celebradas. Luego de este momento, hay lugar a aplicar la nueva normatividad y realizar un nuevo contrato”.*

Posteriormente, este enfoque fue modificado en concepto rendido por la Sala de Consulta y del Servicio Civil del 13 de diciembre de 2004[[19]](#footnote-19), de conformidad con el cual sostuvo:

*“De las decisiones judiciales y arbitrales se desprende, en relación con el asunto que interesa a la consulta, que las modificaciones realizadas en torno a las obligaciones de las partes –que no implican cambio del objeto -, las prórrogas del plazo de ejecución y el reconocimiento del mayor valor del contrato que se genera con ocasión de las mismas, dependen del contrato principal al que pertenecen, por ende, no es dable predicar que éstas son independientes y que por su celebración se extinguió el negocio jurídico que les dio origen.*

“(…).

*“Acorde con lo anterior, en opinión de esta Sala la ley 80 de 1993 no modificó lo dispuesto en el artículo 38 de la ley 153 de 1887, por el contrario, su artículo 78 de manera general – para todos los contratos en curso - y el inciso cuarto del numeral 5° del artículo 32 - de manera particular para los negocios fiduciarios suscritos a la fecha de la promulgación de la ley 80por las entidades estatales -..consagran que ellos se rigen por la ley vigente al momento de su celebración, y por tanto no hay lugar a la aplicación de un régimen distinto para las modificaciones o sus prórrogas. El principio de sujeción de los contratos a la ley vigente al momento de su celebración es de aplicación general y al interprete no le es dable hacer este tipo de distinciones.*

*“Por lo mismo resulta improcedente entender que la modificación de las obligaciones contractuales y la prórroga del plazo y del valor del contrato varían el régimen inicialmente pactado en el contrato, pues esto sería tanto como invertir el principio general, según el cual, lo principal sigue la suerte de lo accesorio e ir en contravía de las disposiciones sobre la interpretación de la ley en el tiempo que consagra la ley 153 de 1887, cuya vigencia es indiscutible”*.

Por parte, la jurisprudencia de la Sección Tercera ha precisado que los contratos adicionales deben seguir la suerte normativa vigente al momento de la celebración de contrato principal que se adiciona o se prorroga:

“*Con el nuevo Estatuto de Contratación, ley 80 de 1993, el legislador determinó que los contratos como los procedimientos tanto de selección como judiciales en curso, se regirán por la norma anterior y además limitó, en forma expresa, el inicio de la entrada en vigencia de determinados artículos. Pero en este caso surge el interrogante ¿qué pasa con los contratos adicionales suscritos en vigencia de la ley 80 de 1993 pero que adicionan un contrato principal celebrado bajo la vigencia del decreto ley 222 de 1983? ¿cuál es el régimen contractual aplicable a esos contratos adicionales si éste se concibe como un nuevo contrato?. La respuesta a dichos interrogantes la suministran las mismas disposiciones de los distintos estatutos contractuales precitados porque ambos ordenamientos claramente disponen y coinciden en que los contratos que se estuvieren tramitando continuarían contractualmente sometidos a la norma anterior vigente o que los contratos en curso continuarían sujetos a las normas vigentes en el momento de su celebración o iniciación.*

*“Queda claro entonces que frente a los contratos adicionales, sin perjuicio de su independencia frente al contrato principal, se rigen por el estatuto contractual vigente al momento de la celebración del contrato principal del cual derivan su existencia - mas no su validez - como contratos adicionales a aquel que se encuentra en curso o en trámite; por lo tanto, como se observa en materia de existencia y regulación contractual es obvio que los contratos adicionales deben ir bajo la misma norma que reguló el inicial, con mayor razón si se tiene en cuenta que por regla general el contrato adicional se sigue por las estipulaciones del contrato principal en aquellas cláusulas en las cuales no se adicionó”[[20]](#footnote-20).*

Más adelante, la Sala afianzó la misma perspectiva frente al régimen legal aplicable a los contratos adicionales:

*“Conviene mencionar que el régimen aplicable a los contratos adicionales suscritos en vigencia de la Ley 80 de 1993, pero que adicionan un contrato principal celebrado bajo la vigencia del Decreto ley 222 de 1983 -o incluso otra normativa-, es aquel vigente al momento de la celebración del contrato principal del cual derivan su existencia”[[21]](#footnote-21).*

Pues bien, del derrotero jurisprudencial más reciente se extrae que la línea imperante en materia del régimen legal aplicable a los contratos adicionales y a las prórrogas u otrosíes, será el que gobierne la celebración del contrato inicial.

La justificación que sirve de apoyo a la tesis trazada y que para el caso concreto resulta de suma relevancia por la estrecha coincidencia que guarda, radica en que las prórrogas y/o lo contratos adicionales y/o otrosíes, no obstante fungir como mecanismos para introducir algunas modificaciones al contrato inicial, ya sea en su plazo, valor, alcance o ajuste obligacional, en cualquier caso y comoquiera que no trastornan o desdibujan su objeto, no constituyen un nuevo acuerdo, por manera que derivan su existencia del contrato primigenio y de allí penden los elementos de su esencia. Dicho en otras palabras, sin la previa existencia del contrato original, el contrato adicional, su prórroga o su otrosí no estarían llamados a subsistir.

Atendiendo al contexto expuesto, la Sala indagará acerca del alcance y el contenido del otrosí al Contrato No. 026 A-2003, con el fin de escudriñar si en realidad constituyó un acuerdo subordinado al inicial o si su celebración dio lugar al nacimiento de un nuevo arreglo.

Con ese propósito, debe establecerse *prima facie* cuál fue el alcance y el contenido del objeto inmerso en el contrato primigenio.

El caudal probatorio que obra en el plenario, básicamente, el texto contractual y los antecedentes en los que se cimentó su suscripción, permiten desprender que la celebración del Contrato No. 026 A – 2003 tuvo como finalidad entregar a una empresa creada para ese fin la administración, operación y mantenimiento de la Central Hidroeléctrica del Río Prado y la comercialización de la energía que se generara, actividades que aun cuando, en principio, fueron desarrolladas por su copropietaria, Electrificadora del Tolima – Electrolima, esta no pudo continuar con su explotación en razón de la falta de recursos necesarios para su mantenimiento.

Esta situación originó la necesidad de contratar a una empresa que contara con capacidad económica para garantizar la óptima operación de la central y obtuviera para sí el producto que reportara el negocio, a cambio de un canon mensual estimado en $10’000.000,00, por un plazo de 36 meses.

Las instalaciones de la Central Hidroeléctrica del Río Prado que se entregarían comprenderían: el equipo de generación, control y medidas y los terrenos inundados delimitados por las cotas máximas que constituían el área del embalse del Río Prado, los activos de la subestación que conectaban las unidades de generación al sistema de trasmisión regional del Tolima y toda la infraestructura de oficinas, casino, bodegas y habitacional para el personal de la central.

A su turno, se acordó que la empresa creada se comprometía a realizar las obras destinadas a mejorar la planta y que resultaran necesarias y urgentes para detener su deterioro. En relación con esta última actividad, en el acuerdo contractual se previó que el contrato podría prorrogarse con la finalidad de que EGETSA recuperara los recursos destinados para la ejecución de las aludidas obras.

De lo expuesto, se tiene que más allá de disponer la entrega de un bien inmueble para su uso y goce por un tercero, en realidad lo que se le trasladó al contratista fue la realización de la actividad económica que del mismo se derivaba, que en este caso se concretaba en la explotación del activo de generación y comercialización de energía eléctrica, actividades propias del sector energético.

A la par con lo anotado, el modelo financiero adoptado se tradujo en un esquema de retorno de la inversión destinada a las obras de mejoramiento de la planta, cuya ejecución se convino a cargo del concesionario para optimizar la capacidad de generación de energía, a partir de la obtención de los ingresos derivados de la explotación del activo. Tanto así que para este propósito se planteó la posibilidad de prorrogar el contrato hasta que el contratista, con la explotación prolongada del bien entregado, recuperara los recursos reservados para las mejoras realizadas.

El plazo pactado se venció el 31 de mayo de 2006, sin embargo dos meses después las partes decidieron suscribir el otrosí bajo estudio.

Según se aprecia, la motivación en que se estructuró la celebración del otrosí del 31 de julio de 2006, fue consignada textualmente como sigue:

*“1.- El día 30 de mayo de 2003, el Instituto de Planificación y Promoción de Soluciones Energéticas para las zonas no interconectadas IPSE, en nombre propio y además con autorización de la Electrificadora del Tolima S.A. E.S.P. en liquidación celebró con EGETSA S.A. E.S.P., el contrato interadministrativo de arrendamiento No. 026 A -2003 sobre la Central Hidroeléctrica de Prado, el que se encuentra vigente; 2. Que dicho contrato fue cedido por el IPSE a GENSA, en virtud de que dicho activo fue capitalizado en GENSA por mandato del Gobierno Nacional como parte del proceso de cruce de cuentas entre EBSA, FEN y la Nación; 3. Que de acuerdo con la cláusula 4 del Contrato el plazo del contrato expira el 31 de mayo de 2006; 4. Que con fundamento en el hecho del vencimiento del término de duración del contrato GENSA S.A. E.S.P. envió a EGETSA S.A. E.S.P. comunicaciones calendadas el 8 de febrero y el 26 de mayo de 2006 anunciando su voluntad de dar por terminado el contrato y solicitando la restitución del bien arrendado para lo cual se remitió proyecto de acta de entrega del bien; 5. En respuesta al requerimiento de GENSA, EGETSA S.A. E.S.P. envió comunicación del 28 de mayo de 2006 solicitando la prórroga del contrato de arrendamiento; 6.- Que GENSA S.A. E.S.P. considerando que por falta de depuración y entrega de alguna información por parte de EGETSA, no existe certeza ni claridad respecto de los valores y cifras finales para la liquidación del contrato, ha aceptado una única prórroga del contrato por un tiempo de siete meses, con la modificación de algunas condiciones del contrato inicial, entre ellas el cánon mensual de arrendamiento; 7. Que el canon mensual de arrendamiento se debe incrementar en virtud de que en la actualidad la central se encuentra totalmente disponible, cuando al inicio del contrato se encontraba en un alto índice de indisponibilidad. Por lo anterior, las partes acuerdan prorrogar el contrato interadministrativo de arrendamiento No. 026-A-2003, modificando adicionalmente algunas de las condiciones iniciales del mismo para permitir de mutuo acuerdo la definición de los valores para la liquidación del contrato que se prorroga. (…). Con fundamento en las consideraciones que anteceden las partes acuerdan prorrogar por una única vez y por un término de siete meses, contados a partir del primero (1) de junio de 2006, el contrato interadministrativo de arrendamiento No. 026 – A- 2003 y como consecuencia de la prórroga, adicionalmente modificar algunas cláusulas del contrato”.*

Como consecuencia de lo anunciado, introdujeron las siguientes modificaciones:

* Para el manejo de los fondos y con el fin de obtener las cifras de liquidación del contrato, acordaron constituir un encargo fiduciario con los dineros correspondientes al margen neto del flujo de caja de la central, a partir del 1 de junio de 2006.
* Se prorrogó el plazo contractual en siete meses, contados a partir del 1 de junio de 2006, vencidos los cuales debía restituirse el bien.
* Se aumentó el canon de arrendamiento en cuantía de $100’000.000 mensuales, por cuanto para ese entonces la central había alcanzado niveles aptos de disponibilidad.
* Se convino la ampliación de las garantías.
* Se estipuló que el contratista habría de presentar un plan de manejo ambiental durante ese lapso y que debería presentar el flujo de caja mensual.
* Finalmente, se precisó que las demás cláusulas del objeto inicial quedarían con igual alcance y contenido.

Se colige de lo advertido que el objeto del contrato primigenio no fue alterado por cuenta de la suscripción del otrosí, menos aún fue desbordado su alcance, en tanto este último tuvo como finalidad principal la de ampliar el plazo para lograr determinar en ese interregno el cruce definitivo de cuentas en orden a realizar la liquidación del negocio.

En igual sentido, se tiene que no obstante disponerse que en ese período el contratista continuaría ejecutando el objeto contratado, en todo caso se constituiría un encargo fiduciario para el manejo de los fondos generados por la operación comercial realizada durante ese lapso, con el propósito de que los mismos hicieran parte del proceso de depuración de la información que se habría de recaudar para ultimar los valores y cifras de su liquidación.

Se agrega a lo dicho que aun cuando las partes decidieron incrementar el valor pagado a la entidad a título de “*canon de arrendamiento*”, esta circunstancia se derivó del aumento de los índices de disponibilidad de la central por cuenta de la ejecución de las obras de mejoramiento llevadas a cabo por el contratista en el término contractual del acuerdo inicial. De allí se evidencia que el ajuste de la retribución pactada obedeció a la regla según la cual, ante mayor probabilidad de rentabilidad en la explotación económica, más alta habría ser la retribución reconocida a la entidad por haber concedido su operación comercial.

Como se observa, ninguna de las circunstancias anotadas tuvo la virtualidad de mutar el objeto del contrato original, cuyos elementos esenciales permanecieron indemnes aun después de suscribir el otrosí objeto de análisis. Esta situación conduce a concluir que la existencia de este último se encontraba íntimamente ligada al contrato original, en cuanto fue de allí de donde derivó los elementos de su esencia. Sin la existencia del negocio primigenio, el otrosí no habría tenido vocación para emerger por sí solo a la vida jurídica[[22]](#footnote-22), en tanto la causa medular que motivó su suscripción fue la de prolongar el término contractual del inicial a efectos de obtener claridad en las cuentas y saldos para lograr así su liquidación, sin perjuicio de que en ese lapso el contratista siguiera ejecutando las actividades convenidas tres años atrás y obteniendo los ingresos procedentes de su explotación.

De lo expuesto se concluye que en cuanto el otrosí suscrito el 31 de julio de 2006 derivó su existencia del contrato primigenio, con independencia de que la naturaleza de los extremos co-contratantes hubiera variado antes de la celebración de aquel, el régimen legal llamado a informarlo correspondía al que gobernó el convenio del cual pendió su génesis, esto es, las normas compendiadas en la Ley 80 de 1993.

Dicho lo anterior, atendiendo a la posición jurisprudencial que en torno a este punto impera y que en esta oportunidad se reitera, en estricto rigor, el plazo contractual venció el 1 de junio de 2006.

Siguiendo ese esquema de pensamiento, en criterio de la Sala, no resultaba ajustado a derecho pretender, dos meses después de su vencimiento, dotar de causa jurídica retroactiva la relación de hecho mantenida en ese período -1 de junio a 31 de julio de 2006-, debido a que, en acatamiento de los postulados del Estatuto de Contratación Estatal, para el perfeccionamiento del pacto por el cual se amplió el plazo no bastaba el mutuo consenso de las partes.

Al efecto, se insiste, su existencia debía sujetarse a la misma solemnidad a la que se ciñó el acuerdo del cual pendía, formalidad que se imponía observar antes del vencimiento del plazo que aspiraba extender y no meses después de haber fenecido el término estipulado. Esto último se explica en la medida en que, desde una óptica jurídica, no es posible prolongar la existencia de un acuerdo cuando este ya se encuentra expirado.

Así las cosas, en consideración a que el plazo del Contrato No. 026 A-2003 que se reputa incumplido venció el 1 de junio de 2006, desde entonces se habría de iniciar el cómputo de los seis meses previstos legalmente para su liquidación, ya fuere bilateral o unilateral.

En línea con lo anotado, como el plazo de liquidación se cumplía el 2 de diciembre de 2006, a partir de ese momento la parte actora contaba con dos años para impetrar la correspondiente acción contractual, los que finalizaban el 3 de diciembre de 2008.

En el orden trazado, al haberse interpuesto la demanda el 29 de septiembre de 2009, la Sala concluye que la acción se ejerció fuera del término legalmente establecido, sin que esta conclusión se altere por el hecho de que el 30 de junio de ese mismo año se hubiera radicado la solicitud de conciliación prejudicial, puesto que para esa fecha ya la acción se encontraba caducada.

En mérito de las precisiones que anteceden, la Sala modificará la sentencia apelada para en su lugar declarar que operó la caducidad de la acción.

**3.- Otras consideraciones**

Al margen de lo expuesto en precedencia, la Sala no deja de lado el hecho de que tanto la decisión de primera instancia como el argumento de la apelación giran alrededor de la declaratoria oficiosa de nulidad absoluta del Contrato No. 026 -A-2003, por lo que ante ese panorama cabría interrogarse si a pesar de haberse constatado la configuración de la caducidad de la acción resultaría viable abordar el análisis relativo a aquel fenómeno.

Acontece sin embargo que, en voces del artículo 1742 del C. C., la nulidad absoluta se sanea en todo caso por prescripción extraordinaria.

A propósito de esta normativa, la jurisprudencia de esta Sección ha considerado que *“cualquiera que sea la causa que da origen a la nulidad absoluta, transcurrido el término de la prescripción extraordinaria ya no podrá ella pedirse ni decretarse, no porque el solo transcurso del tiempo torne lícito lo ilícito, sino porque el orden jurídico, en aras de la paz social y la seguridad jurídica, estima que es conveniente poner un límite temporal a la posibilidad de cuestionar los negocios jurídicos”[[23]](#footnote-23).*

Siguiendo este orden, se tiene que el término de prescripción extraordinaria, con sujeción a los dictados del artículo 2532 del Código Civil, en la forma en que fue modificado originalmente por la Ley 50 de 1936, era de 20 años.

Pese a lo indicado, el término de prescripción extraordinaria contemplado primigeniamente se redujo a 10 años por mérito de la reforma introducida a través de la Ley 791 de 2002 que entró a regir el 27 de diciembre de 2002*.*

Así, en consideración a que el contrato que ocupa la atención de la Sala se celebró el 30 de mayo de 2003, esto es, bajo la regencia de la reforma introducida por la Ley 791 de 2002, imperativo resulta señalar que el plazo de prescripción era aquel previsto en esta norma, esto es, el de 10 años, por ser la ley vigente al tiempo de celebración del acuerdo.

Lo dicho conduce a señalar que el vencimiento de los 10 años, contados desde la celebración del Contrato No. 026 A de 2003, y, con ello, el lindero temporal para la procedencia de su declaratoria de nulidad, se produjo el 30 de mayo de 2013, fecha anterior, incluso, a aquella en que se dictó la sentencia de primera instancia -13 de agosto de 2013-, cuya apelación se resuelve. Se sigue de lo advertido que cualquier nulidad absoluta que eventualmente hubiera pesado sobre este contrato, desde el 30 de mayo de 2013 y a la fecha se encuentra saneada por prescripción extraordinaria, situación que, por contera y contrario a lo considerado por la primera instancia, se oponía a su declaratoria.

**4.- Costas**

De conformidad con lo previsto en la Ley 446 de 1998, en este asunto no hay lugar a la imposición de costas por cuanto no se evidencia en el subexamine que alguna de las partes hubiere actuado temerariamente.

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

**F A L L A**

**1.- MODIFICAR,** por las razones expuestas,la sentencia proferida el veintinueve (13) de agosto de dos mil trece (2013) por el Tribunal Administrativo del Tolima y en su lugar se dispone:

*“PRMERO. - DECLARAR probada la excepción de CADUCIDAD por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia. Como consecuencia se niegan las pretensiones de la demanda.*

*“SEGUNDO: Sin condena en costas”.*

**2.-** Sin condena en costas.

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

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE**

**HERNÁN ANDRADE RINCÓN**

**MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**

**CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**

1. Mediante Decreto 1140 del 29 de junio de 1999 se creó como un establecimiento público del orden nacional. [↑](#footnote-ref-1)
2. GESTIÓN ENERGÉTICA S.A. E.S.P - GENSA - es una sociedad anónima, empresa de servicios públicos mixta, de carácter comercial, con domicilio principal en Manizales, personería jurídica propia, plena autonomía administrativa y capital independiente. Sometida al régimen general de la Ley 142 de 1994. Su principal accionista es la NACIÓN, a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público con el 93,19 % del porcentaje accionario, luego de la capitalización en GENSA de la central térmica de carbón TERMOPAIPA de 181 MW de potencia instalada (unidades 1, 2 y 3). [↑](#footnote-ref-2)
3. Según el artículo 32 del Estatuto de Contratación Estatal, son contratos estatales aquellos celebrados por las entidades descritas en el artículo 2º de la Ley 80 de 1993, el cual dispone:

   *“Para los solos efectos de esta ley:*

   *“1o. Se denominan entidades estatales:*

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

   *“(…)”.* [↑](#footnote-ref-3)
4. El salario mínimo legal para la fecha de presentación de la demanda, 29 de septiembre de 2009, correspondió a $496.900. [↑](#footnote-ref-4)
5. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 30 de noviembre de 2006, exp. 18059, C.P. Alier E. Hernández Enríquez. [↑](#footnote-ref-5)
6. Así se evidencia de la siguiente información extraída de la página oficial del Sistema Único de Información de Servicios Públicos de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

   http://www.sui.gov.co/riesgo/anexos/sui\_ane\_2003\_1\_949216\_15336.pdf.

   “*Artículo Primero: nombre y naturaleza: Empresa Generadora del Tolima S.A ESP, - EGETSA S.A. ESP. Sociedad anónima, domicilio la cuidad de Ibagué y su duración será indefinida.*

   *“Artículo Segundo: Objeto Social Principal: - La generación, comercialización y distribución de energía eléctrica. En desarrollo de su objeto social podrá entre otras, realizar las siguientes actividades: construcción, operación y exploración de centrales y/o plantas generadoras, subestaciones etc.*

   *“Artículo Tercero: Capital social: Capital autorizado: dos mil millones (2.000.000.000) de pesos, dividido en 200.000 acciones con valor nominal de $10.000 cada una.*

   *“Artículo Cuarto: Capital suscrito- mil millones de pesos. ($1.000.000.000)*

   *Distribuidos así:*

   *ACCIONISTA No. Acciones %*

   *Sintraelecol 55.000 55*

   *Departamento del Tolima 40.000 40*

   *Municipio Carmen de Apicalá 500 0.5*

   *Municipio de Fresno 500 0.5*

   *Energética S.A. Esp. 1.700 1.7*

   *Esgem World Wide Corporatión 2.300 2.3*

   *TOTAL 100.000 100*

   *Las restantes 100.000 acciones se dejan en reserva*.

   “(…).

   *“Mediante escritura pública No. 1489 de julio 10 de 2003, de la Notaría tercera del circulo de Ibagué, Sintraelecol, Esgem, Energética S.A. quienes se llamarán los CEDENTES, y el Departamento del Tolima, quien se denominará el CESIONARIO, declararon que los Cedentes transferirán a título de venta a favor del Cesionario, la cantidad de diez mil (10.000) acciones que poseen en Egetsa así:*

   *“•Sintraelecol: 9.000 acciones, por la suma de $ 90.000.000.*

   *“•Esgem: 540 acciones por la suma de $ 5.400.000.*

   *“•Energética S.A. 460 acciones por la suma de $ 4.600.000.*

   *“El Cesionario acepta las acciones transferidas y en consecuencia se reformen los estatutos en cuanto a la distribución accionaría así:*

   *“•Departamento del Tolima 50.000 acciones 50%*

   *“•Sintraelecol 46.000 acciones 46%*

   *“•Municipio Carmen de Apicalá 500 acciones 0.5%*

   *“•Municipio de Fresno 500 acciones 0.5%*

   *“•Energética S.A, ESP. 1.240 acciones 1.24%*

   *•Esgem World Wide Corporación 1.760 acciones 1.76%.*

   También se extrae de la información reportada en la página oficial del Banco de la República http://www.banrep.gov.co/docum/Lectura\_finanzas/pdf/2003\_2\_20.pdf, en el documento titulado Informe de Coyuntura Económica Regional del Tolima, II semestre de 2003, Convenio Interinstitucional 11, marzo de 2004, Página 64.

   “*Vale la pena señalar que cuando se creó EGETSA en marzo de 2003, la composición accionaría era la siguiente: el gobierno departamental del Tolima con el 40.0% ($400 millones), el Sindicato de Trabajadores del Sector Eléctrico con el 55.0% ($550 millones), las Alcaldías de Fresno y Carmen de Apicalá con el 0.5% cada una ($5 millones); y dos empresas particulares con 1.7% y 2.3% respectivamente*”. [↑](#footnote-ref-6)
7. Cláusulas primera y segunda del contrato No. 026 A 2003, fls. 768-772 C1. [↑](#footnote-ref-7)
8. El inciso primero del artículo 17 dispone: *“Naturaleza. Las empresas de servicios públicos son sociedades por acciones cuyo objeto es la prestación de los servicios públicos de que trata esta Ley”.* [↑](#footnote-ref-8)
9. *“Artículo 18. Objeto. La Empresa de servicios públicos tiene como objeto la prestación de uno o más de los servicios públicos a los que se aplica esta Ley, o realizar una o varias de las actividades complementarias, o una y otra cosa.*

   *“Las comisiones de regulación podrán obligar a una empresa de servicios públicos a tener un objeto exclusivo cuando establezcan que la multiplicidad del objeto limita la competencia y no produce economías de escala o de aglomeración en beneficio del usuario. En todo caso, las empresas de servicios públicos que tengan objeto social múltiple deberán llevar contabilidad separada para cada uno de los servicios que presten; y el costo y la modalidad de las operaciones entre cada servicio deben registrarse de manera explícita.*

   *“Las empresas de servicios públicos podrán participar como socias en otras empresas de servicios públicos; o en las que tengan como objeto principal la prestación de un servicio o la provisión de un bien indispensable para cumplir su objeto, si no hay ya una amplia oferta de este bien o servicio en el mercado. Podrán también asociarse, en desarrollo de su objeto, con personas nacionales o extranjeras, o formar consorcios con ellas.*

   *“Parágrafo. Independientemente de su objeto social, todas las personas jurídicas están facultades para hacer inversiones en empresas de servicios públicos. En el objeto de las comunidades organizadas siempre se entenderá incluida la facultad de promover y constituir empresas de servicios públicos, en las condiciones de esta Ley y de la ley que las regule. En los concursos públicos a los que se refiere esta Ley se preferirá a las empresas en que tales comunidades tengan mayoría, si estas empresas se encuentran en igualdad de condiciones con los demás participantes”.* [↑](#footnote-ref-9)
10. COHECHA LEÓN, César Antonio. “TEORIA GENERAL DEL CONTRATO ESTATAL Y RÉGIMEN DE DECLARACIÓN DE SINIESTRO”. Prólogo Luciano Parejo Alfonso. Bogotá. Grupo Editorial Ibáñez, 2016. Páginas 19-20. “*En todo caso, interesa destacar que la influencia de la relación contractual en la realización del interés general es el factor determinante de la sujeción de la contratación del sector público a un régimen jurídico peculiar. La relación ente contrato e interés general se desarrolla, en efecto por exigencia legal, en distintos planos:*

    *“1.- La conexión entre el objeto del contrato y la necesidad pública a cubrir, ya consista esta necesidad en un edificio, una obra, un suministro o un servicio.*

    *“2.- La penetración en la relación contractual de las exigencias de los principios del estatuto de la Administración Pública, dando lugar a un doble orden de preocupaciones:*

    *“La igualdad de los sujetos privados en el acceso a los contratos, que se manifiesta en los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos.*

    *“La buena administración en el sentido de la gestión económicamente eficiente del proceso de contratación, asegurando, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos públicos mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa*”. [↑](#footnote-ref-10)
11. El otrosí lo celebraron GENSA S.A. E.S.P y EGETSA S.A. E.S.P. Se precisa que aunque GENSA S.A. E.S.P., empresa de naturaleza oficial por tener participación estatal mayoritaria, originalmente no ostentaba la calidad de contratante dentro del negocio jurídico No. 026 A 2006, ciertamente adquirió dicha condición en virtud de la celebración del contrato de cesión celebrado entre el IPSE y aquella a través de documento suscrito el 1 de noviembre de 2005, en razón a que el IPSE capitalizó en GENSA S.A. E.P.S el 87% de su participación en la propiedad de Hidroprado. [↑](#footnote-ref-11)
12. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A sentencia del 29 de abril de 2015, exp. 28.977, C.P. (e) Hernán Andrade Rincón.

    “*De su tenor literal se desprende con claridad que las partes pretendieron otorgar un efecto retroactivo a la vigencia del contrato, con la finalidad de que en él se encontraran comprendidas prestaciones ejecutados con anterioridad a su celebración. Sin embargo, a pesar de que las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, (…) sí resulta necesario advertir que a la misma no se le puede reconocer los efectos retroactivos que pretendió entrañar con el fin de cobijar dentro del acuerdo contractual prestaciones ejecutadas con anterioridad a su nacimiento a la vida jurídica*…”. [↑](#footnote-ref-12)
13. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 29 de enero de 2014, Exp. 26.869, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

    “…*en primer lugar la prórroga del plazo contractual … se materializó cuando ya el plazo del negocio jurídico se encontraba vencido (5 de agosto de 1998), es decir se prolongó en el tiempo una relación obligacional cuando ya el vínculo contractual que la revestía había fenecido por vencimiento del plazo (…) sólo pueden prorrogarse los plazos contractuales que se encuentran vigentes*”. [↑](#footnote-ref-13)
14. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B sentencia del 31 de julio de 2014, exp. 21.184, C.P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero. [↑](#footnote-ref-14)
15. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 9 de julio de 2014, exp. 26.549, C.P. Hernán Andrade Rincón. [↑](#footnote-ref-15)
16. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A sentencia del 5 de octubre de 2016, exp. 36.712, C.P. Hernán Andrade Rincón. Sobre el particular también viene al caso la sentencia proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A 9 de septiembre de 2015, exp. 42296, C.P. Hernán Andrade Rincón (E) en la que se sostuvo “*A juicio de la Sala, aunque las partes hubieran querido prorrogar indefinidamente el contrato o extender su vigencia hasta la sentencia judicial, esa intención no puede prevalecer sobre las disposiciones legales acerca de la terminación del contrato, ni se le debe reconoce efecto para modificar los términos imperativos de caducidad de la acción judicial. Es evidente que la situación fáctica de la tenencia del bien no varió la regla según la cual el contrato terminó y tampoco afectó el cómputo de caducidad de la acción contractual*”. [↑](#footnote-ref-16)
17. Consejo de Estado, Sala de Consulta y del Servicio Civil, concepto No. del 17 de mayo de 1994, C.P Jaime Betancur Cuartas. [↑](#footnote-ref-17)
18. Consejo de Estado, Sala de Consulta y del Servicio Civil, concepto No. 1391 del 25 de abril de 2002, C.P: César Hoyos Salazar [↑](#footnote-ref-18)
19. Consejo de Estado, Sala de Consulta y del Servicio Civil, concepto No.1614 del 13 de diciembre de 2004, C.P. Flavio Augusto Rodríguez Arce.

    Casi nueve años después, esta posición fue mantenida en similares términos por la Sala de Consulta y del Servicio Civil, aunque en el marco específico del contrato de concesión, como sigue:

    *“Así, por ejemplo, si se realiza una adición a un contrato vigente, que excede notoriamente el objeto principal o sustancial de dicho contrato, o con el claro propósito de evadir la realización de un procedimiento de obligatoria observancia, o de eludir el cumplimiento de una norma que sería aplicable si se celebrase un nuevo contrato, entre otros casos, la mencionada adición, como acto jurídico convencional, resultaría anulable por alguna de las causales que establece la ley, y quienes hayan participado en su preparación, autorización, celebración y ejecución estarían incursos en las responsabilidades que legalmente les corresponda; pero nada de ello, a juicio de la Sala, es suficiente para concluir que dicho acuerdo constituya un nuevo contrato y no lo que naturalmente es: una modificación a un contrato vigente.*

    *“En todo caso, aun si se aceptara, en gracia de discusión, que la adición a un contrato estatal en curso constituye un nuevo contrato (contrato adicional), dependiendo de la mayor o menor extensión y profundidad con la que se altere el objeto del contrato original, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha considerado que dicho “contrato adicional” es, en todo caso, un negocio jurídico cuya existencia depende del inicial, razón por la cual a este “contrato” deben aplicarse también las normas legales que se encontraban vigentes cuando se celebró el contrato original.*

    *“(…).*

    *“De este modo, ya sea que las adiciones se conciban como una mera modificación a un contrato vigente – como lo cree esta Sala – o como nuevos contratos adicionales al inicial, dichas adiciones se siguen rigiendo por las normas sustanciales que se encontraban vigentes al momento de celebrarse el contrato original, según lo que se ha explicado.*

    *“Por lo tanto, para el caso concreto de la consulta, tanto las prórrogas como las adiciones a los contratos de concesión de obra pública celebrados desde la entrada en vigencia de la ley 80 de 1993 y hasta antes de entrar en vigor la ley 1150 de 2007, se siguen rigiendo por las disposiciones contenidas en la ley 80…”.*

    (Consejo de Estado, Sala de Consulta y del Servicio Civil, concepto No. 2149, del 2 de agosto de 2013, C.P. Augusto Hernández Becerra). [↑](#footnote-ref-19)
20. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Consejo de Estado, 30 de octubre de 2003, Exp.17213, C.P María Elena Giraldo Gómez. [↑](#footnote-ref-20)
21. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Consejo de Estado, 11 de febrero de 2009, Exp. 16653, C.P Ruth Stella Correa Palacio. Esta línea de pensamiento fue reiterada en sentencia proferida por la Subsección A de la Sección Tercera de esta Corporación en providencia del 22 de agosto de 2013, exp. 22.947, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-21)
22. Entre otras cosas porque en el texto del otrosí ni siquiera se identificó el objeto de las actividades a cuya ejecución se obligaban las partes a raíz de su suscripción. [↑](#footnote-ref-22)
23. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 28 de marzo de 2012, Exp: 22.471, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. [↑](#footnote-ref-23)