**CONTROVERSIAS CONTRACTUALES – Competencia**

La Sala es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 22 de abril de 2010 por el Tribunal Administrativo del Cauca, en un proceso con vocación de doble instancia ante esta Corporación, dado que la pretensión mayor se estimó en la demanda en ochocientos seis millones setecientos noventa y tres mil cuatrocientos cuarenta y seis pesos ($806’793.446), mientras que el monto exigido al momento de la interposición del recurso de apelación (5 de mayo de 2010 ) para que proceso tuviera vocación de doble instancia, era de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes, monto que, según el salario mínimo mensual vigente para la fecha de presentación de la demanda (18 de marzo de 2002 ), ascendía a ciento cincuenta y cuatro millones quinientos mil pesos ($154’500.000).

**EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO – Rompimiento del equilibrio económico del contrato – Falta de pago**

En el marco de la precisión jurisprudencial que acaba de citarse, es evidente que, aunque la parte demandante se refirió al rompimiento del equilibrio económico del contrato, lo cierto es que el fundamento de esta pretensión consiste en la falta de pago, por parte del municipio, respecto de la prestación de los servicios de alumbrado público y de energía eléctrica, obligación contractual que, según afirmó, nunca atendió la entidad territorial, lo cual en realidad, a juicio de la Sala, se enmarca en el campo del incumplimiento del contrato y no en el del rompimiento de su equilibrio económico. La imprecisión en la que incurrió la parte demandante respecto de la denominación de la pretensión encuentra justificación en que el inciso segundo del numeral 1 del artículo 5 de la ley 80 de 1993 conduce a ella, al señalar que es derecho de los contratistas recibir oportunamente la remuneración pactada y que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato, por lo cual, “si el equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato”.

**INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO – Definición – Efectos**

La Sala arriba a la anterior conclusión en relación con la pretensión de nulidad absoluta del convenio, en consideración a que, como ya se dijo, el incumplimiento del contrato supone “el comportamiento antijurídico de uno de los contratantes, esto es, que asume un proceder contrario a las obligaciones que contrajo al celebrar el contrato y, como efecto principal, causa un daño antijurídico a la parte contraria que, desde luego, no está en la obligación de soportar” , por ello, el análisis de su configuración se centra en las circunstancias que pudieron ocurrir durante la ejecución del negocio jurídico y no compromete el estudio de su validez, el cual corresponde al momento de la celebración del contrato.

**VALIDEZ DEL CONTRATO – Presupuesto pretensiones que se deriven de su ejecución**

En consecuencia, si bien la validez del contrato es un presupuesto necesario para pronunciarse en relación con las pretensiones que se deriven de su ejecución, tal presupuesto no está implícito a aquéllas y, por tanto, como la parte recurrente no apeló la decisión del Tribunal de declarar la caducidad de la acción respecto de la pretensión de nulidad absoluta del convenio y, además, como no se observa de manera manifiesta la configuración de una causal que deba ser declarada de oficio, la Sala, atendiendo el principio de congruencia, no se pronunciará al respecto, pues el marco de competencia fijado en el recurso de apelación no comprendió ese aspecto de la controversia.

**INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO – Falta de pago – Servicios de alumbrado público y energía eléctrica**

Así las cosas, se concluye que, en este caso, el marco de competencia de la Sala para resolver el recurso de apelación se circunscribe al incumplimiento del contrato por falta de pago de los servicios de alumbrado público y energía eléctrica que CEDELCA le ha venido suministrando al municipio de Corinto desde la fecha de celebración del convenio y comprende, por supuesto, sus pretensiones consecuenciales. En lo que a las demás pretensiones de la demanda concierne, por no haber sido objeto del recurso, la Sala deberá confirmar la caducidad de la acción que el Tribunal declaró en primera instancia.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN A**

**Consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de noviembre de dos mil dieciocho (2018)

**Radicación número: 19001-23-31-000-2002-00477-01 (38935)**

**Actor: CENTRALES ELÉCTRICAS DEL CAUCA S.A. E.S.P.**

**Demandado: MUNICIPIO DE CORINTO**

**Referencia: ACCIÓN CONTRACTUAL**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 22 de abril de 2010 por el Tribunal Administrativo del Cauca, por medio de la cual se declaró de oficio la caducidad de la acción.

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

**1. La demanda[[1]](#footnote-1)**

El 18 de marzo de 2002[[2]](#footnote-2), Centrales Eléctricas del Cauca S.A. Empresa de Servicios Públicos –en adelante CEDELCA- solicitó hacer las siguientes declaraciones y condenas (se transcribe como obra en la demanda):

“PRETENSION PRINCIPAL

“1. Declárese la NULIDAD ABSOLUTA del convenio suscrito en la escritura pública número 1390 suscrito entre CEDELCA S.A. E.S.P. y el municipio de CORINTO CAUCA.

“2. Como consecuencia de la declaratoria de nulidad condénese al municipio de Corinto Cauca a pagar a la demandante CENTRALES ELECTRICAS DEL CAUCA S.A. EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS, las siguientes cantidades líquidas de dinero:

“a. La cancelación del servicio de energía eléctrica que asciende a OCHOCIENTOS SEIS MILLONES SETECIENTOS NOVENTA Y TRES MIL CUATROCIENTOS CUARENTA Y SEIS PESOS ($806’793.446,oo) Discriminados de la siguiente manera:

“Por concepto de alumbrado público la suma de OCHOCIENTOS TRES MILLONES TRESCIENTOS SETENTA Y UN MIL TRESCIENTOS OCHENTA pesos MCTE ($803.371.380,oo), por concepto de Establecimientos Públicos la suma de TRES MILLONES CUATROCIENTOS VEINTIDOS MIL SESENTAY SEIS PESOS ($3.422.706,oo),por parte del municipio de Corinto, con los respectivos intereses a título indemnizatorio.

“b. El valor de los intereses comerciales moratorios, a título indemnizatorio, hasta el día del pago de la obligación, liquidados sobre la cantidad que arroje la pretensión expresada en el literal precedente.

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

“d. Que se condene a la parte demandada a pagar el valor de los gastos procesales.

“PRIMERA SUBSIDIARIA

“1) Declárese que en desarrollo del convenio suscrito el dos de octubre de 1.962 entre CEDELCA S.A. E.S.P. y el MUNICIPIO DE CORINTO CAUCA, se presentaron circunstancias que alteraron la relación del equilibrio económico y financiero del mismo respecto de la cláusula TERCERA.

“2) Como consecuencia de la pretensión anterior ordénese la REVISIÓN del convenio suscrito en la escritura pública número 1572 suscrito entre CEDELCA S.A. ES.P. y el municipio de CORINTO CAUCA de tal manera que CEDELCA S.A. E.S.P. pueda prestar el servicio de alumbrado público y energía eléctrica dentro de un marco jurídico y económico que se encuentre dentro de lo previsto en la ley 142 de 1994 y Ley 143 de 194 y en la Constitución Política.

“Como consecuencia de la declaración de revisión y con el fin de restablecer el equilibrio financiero del contrato por el período comprendido entre el 1 de octubre de 1970 y la fecha de presentación de esta demanda, condénese al municipio de Corinto Cauca a pagar a la demandante CENTRALES ELECTRICAS DEL CAUCA S.A. EMPRESA DE SERVCIOS PUBLICOS, las siguientes cantidades líquidas de dinero La cancelación del servicio de energía eléctrica que asciende a OCHOCIENTOS SEIS MILLONES SETECIENTOS NOVENTA Y TRES MIL CUATROCIENTOS CUARENTA Y SEIS PESOS ($806.793.446,oo) Discriminados de la siguiente manera:

 “a. Por concepto de alumbrado público la suma de OCHOCIENTOS TRES MILLONES TRESCIENTOS SETENTA Y UN MIL TRESCIENTOS OCHENTA pesos MCTE ($803.371.380,oo), por concepto de Establecimientos Públicos la suma de TRES MILLONES CUATROCIENTOS VEINTIDOS MIL SESENTAY SEIS PESOS ($3.422.706,oo),por parte del municipio de Corinto, con los respectivos intereses a título indemnizatorio.

“b. El valor de los intereses comerciales moratorios, a título indemnizatorio, causados desde el 1º de octubre de 1970, hasta el día de ejecutoria del fallo definitivo, liquidados sobre la cantidad que arroje la pretensión expresada en el literal precedente.

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

“d. Se condene a la parte demandada a pagar el valor de los gastos procesales.

“SEGUNDA SUBSIDIARIA

“1.- Declárase la RESOLUCION DEL CONTRATO suscrito en la escritura pública número 1572 suscrito entre CEDELCA S.A. E.S.P. y el municipio de CORITO CAUCA de tal manera que CEDELCA S.A. E.S.P. pueda prestar el servicio de alumbrado público y energía dentro de un marco jurídico y económico que se encuentre dentro de lo previsto en la ley 142 de 1994 y ley 143 de 194 y en la Constitución Política.

“2. Como consecuencia de la declaración de resolución del contrato condénese al municipio de Corinto Cauca a pagar a la demandante CENTRALES ELECTRICAS DEL CAUCA S.A. EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS, las siguientes cantidades líquidas de dinero:

“a. La cancelación del servicio de energía eléctrica que asciende a OCHOCIENTOS SEIS MILLONES SETECIENTOS NOVENTA Y TRES MIL CUATROCIENTOS CUARENTA Y SEIS PESOS ($806.793.446,oo) Discriminados de la siguiente manera:

“Por concepto de alumbrado público la suma de OCHOCIENTOS TRES MILLONES TRESCIENTOS SETENTA Y UN MIL TRESCIENTOS OCHENTA pesos MCTE ($803.371.380,oo), por concepto de Establecimientos Públicos la suma de TRES MILLONES CUATROCIENTOS VEINTIDOS MIL SESENTAY SEIS PESOS ($3.422.706,oo),por parte del municipio de Corinto, con los respectivos intereses a título indemnizatorio.

“b. El valor de los intereses comerciales moratorios, a título indemnizatorio, causados desde el 1º de octubre de 1970, hasta el día de ejecutoria del fallo definitivo, liquidados sobre la cantidad que arroje la pretensión expresada en el literal precedente.

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

“d. Se condene a la parte demandada a pagar el valor de los gastos procesales.

“TERCERA SUBSIDIARIA

“1.- Declárese la procedencia de INDEMNIZACION DE PERJUICIOS, teniendo como fuente de dicha obligación el convenio suscrito entre CEDELCA S.A. E.S.P. y el municipio de CORINTO CAUCA.

“2.- Como consecuencia de la declaración de INDEMNIZACION DE PERJUICIOS del contrato condénese al municipio de Corinto Cauca a pagar a la demandante CENTRALES ELECTRICAS DEL CAUCA S.A.EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS, las siguientes cantidades líquidas de dinero:

“e. La cancelación del servicio de energía eléctrica que asciende a OCHOCIENTOS SEIS MILLONES SETECIENTOS NOVENTA Y TRES MIL CUATROCIENTOS CUARENTA Y SEIS PESOS ($806.793.446,oo) Discriminados de la siguiente manera:

“Por concepto de alumbrado público la suma de OCHOCIENTOS TRES MILLONES TRESCIENTOS SETENTA Y UN MIL TRESCIENTOS OCHENTA pesos MCTE ($803.371.380,oo), por concepto de Establecimientos Públicos la suma de TRES MILLONES CUATROCIENTOS VEINTIDOS MIL SESENTAY SEIS PESOS ($3.422.706,oo),por parte del municipio de Corinto, con los respectivos intereses a título indemnizatorio.

“b. El valor de los intereses comerciales moratorios, a título indemnizatorio, causados desde el 1º de octubre de 1970, hasta el día de ejecutoria del fallo definitivo, liquidados sobre la cantidad que arroje la pretensión expresada en el literal precedente.

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

“d. Se condene a la parte demandada a pagar el valor de los gastos procesales”.

**Hechos**

Como sustento fáctico de sus pretensiones, la parte actora narró que Cedelca S.A. E.S.P. -entonces CEDELCA S.A.- celebró un convenio con el municipio de Corinto, Cauca, que se elevó a escritura pública 1390 del 1 de octubre de 1970 de la Notaría Primera del Círculo de Popayán, a través del cual el municipio suscribió 20.743 acciones de CEDELCA con un valor nominal de $10 por cada una y, a cambio, le transfirió el dominio y la posesión de la totalidad del montaje de la planta hidráulica de generación de energía de Corinto, integrada por los elementos descritos en la cláusula segunda del negocio jurídico, los cuales, según avalúo administrativo aprobado mediante resolución 418 del 2 de enero de 1965 de la Superintendencia de Sociedades Anónimas, se estimaron en $207.421.

Dijo la parte demandante que, en la cláusula tercera (sic) del convenio CEDELCA asumió la obligación de “… suministrar al municipio, entre las seis de la tarde (6:P.M) y las seis de la mañana (6:A.M) el servicio de alumbrado público de la ciudad de Corinto, de las oficinas municipales y de los establecimiento de educación municipal de dicha ciudad conforme a las tarifas que para el efecto fije la Superintendencia de Regulación Económica”[[3]](#footnote-3).

Expresó que a la fecha de presentación de la demanda el municipio le adeuda a la electrificadora una suma de dinero que no ha sido cancelada, a pesar de los requerimientos que para el efecto se le han realizado, frente a los cuales aquél ha manifestado que, en virtud de lo acordado en la escritura pública 1390 de 1970, no está en la obligación de pagar. Aseveró que, pese a ello, el servicio se sigue prestando y que, mediante oficio del 5 de julio de 2002, el entonces alcalde del municipio de Corinto manifestó que “… en ningún momento está desconociendo la deuda …”[[4]](#footnote-4).

Indicó que se trata de un convenio de tracto sucesivo, porque en la cláusula quinta las partes pactaron su plazo por todo el tiempo de la existencia legal y jurídica de CEDELCA o de la empresa que la sustituya y adquiera sus activos.

Señaló que en el desarrollo del convenio se configuró el rompimiento del equilibrio económico del contrato, porque el municipio de Corinto no ha cumplido con lo preceptuado en el artículo 311 constitucional, en las leyes 142 y 143 de 1994 y en las resoluciones CREG 043 de 1995 y 070 de 1998, normas según las cuales a los municipios les corresponde prestar los servicios públicos que determine ley, entre ellos, el servicio de alumbrado público.

Al respecto, agregó que, según el artículo 99 de la ley 142 de 1994, no puede haber exoneración en el pago de los servicios para ninguna persona, sea natural o jurídica, norma que se ajusta a lo pactado en la cláusula cuarta del convenio, en la que se acordó que el suministro del servicio de alumbrado público se haría según las tarifas que para el efecto fijara la Superintendencia de Regulación Económica y de la cual surge que las partes no pactaron la prestación del servicio de manera gratuita y que la entidad territorial debe pagar por todo el tiempo que se le ha prestado el servicio de alumbrado público.

Afirmó que lo indicado encuentra también sustento en las resoluciones CREG 43 de 1995, 70 de 1998 y 108 de 1997, sobre prohibición de exoneración y contrato de condiciones uniformes, y en el artículo 34 de la ley 142 de 1994 que, según la demanda, considera como “restricción indebida a la competencia la prestación gratuita o a precios o tarifas inferiores al costo, de servicios adicionales a los que contempla la tarifa”[[5]](#footnote-5).

Manifestó que, en consideración a la grave situación económica que afrontaba CEDELCA, el 20 de diciembre de 1999 se expidió la resolución 9925, por medio de la cual se tomó posesión de la electrificadora según lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 59 de la ley 142 de 1994, intervención que para la fecha de la presentación de la demanda se encontraba vigente por persistir las dificultades económicas de la empresa, las cuales se agudizaron por el convenio contenido en la escritura pública 1390 y por la situación de violencia del país que la afectó directamente por la destrucción de la subestación “zaque”, lo cual representó millonarias pérdidas, “siendo evidente el desequilibrio financiero del contrato al ser prácticamente imposible para CEDELCA S.A. E.S.P. asumir la carga impuesta por el convenio suscrito (sic) situación que no podía preverse para la época de la firma de la escritura pública 1390 de 1970”[[6]](#footnote-6).

Adujo, además, que el fenómeno del niño ocasionó que se rompiera el equilibrio económico del contrato, pues dio lugar al alza en el costo de la prestación del servicio.

Manifestó que, por todo lo anterior, se observa un desequilibrio financiero por causas no imputables a CEDELCA S.A. E.S.P.

Adicionalmente, señaló que, incluso, si se rompe el equilibrio contractual por causas previsibles que no se contemplaron en el contrato, debe reconocerse el restablecimiento si de esto depende su ejecución en condiciones justas, así como el mantenimiento de la ecuación financiera.

Dijo que existen situaciones exógenas que inciden sustancialmente en el desarrollo del contrato, caso en el cual no puede propiciarse “un empobrecimiento y enriquecimiento correlativos sin justa causa”, haciendo excesivamente oneroso el contrato para la electrificadora, puesto que el municipio de Corinto no es el que era a la fecha de suscripción del convenio, ya que el suministro del servicio de energía eléctrica ha aumentado sustancialmente, pues se generan más kilovatios para la cabecera municipal y los establecimientos de educación municipales y demás dependencias se han multiplicado.

Por último, expresó que algunos contratos celebrados con anterioridad a la entrada en vigencia de las leyes 142 y 143 de 1994 se volvieron inadecuados e inconsistentes a la luz de la nueva norma y no concuerdan con los nuevos hechos que rigen el sector financiero y señaló que el convenio elevado a escritura pública 1390, que se celebró como un contrato sinalagmático, dejó de tener tal connotación, pues las cargas asumidas por CEDELCA no han tenido remuneración alguna e, incluso, se ha ocasionado un enriquecimiento sin justa causa a favor del municipio de Corinto.

**2. Actuación procesal**

La demanda, una vez corregida[[7]](#footnote-7), fue admitida por auto del 19 de julio de 2002[[8]](#footnote-8), notificada al Ministerio Público el 8 de agosto siguiente[[9]](#footnote-9) y a la parte demandada el 4 de septiembre de ese mismo año[[10]](#footnote-10).

**3. La contestación de la demanda**

El municipio de Corinto presentó contestación de la demanda de manera extemporánea[[11]](#footnote-11).

**4. La sentencia impugnada[[12]](#footnote-12)**

Mediante providencia del 22 de abril de 2010, el Tribunal Administrativo del Cauca declaró de oficio la caducidad de la acción.

Como fundamento de su decisión el a quo señaló que el término de caducidad debe establecerse al momento de la presentación de la demanda, esto es, según lo dispuesto en el literal e) del numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, modificado por la ley 446 de 1998, en el término de cinco (5) años contados a partir del perfeccionamiento del contrato, toda vez que éste tenía una duración superior a dos años.

Con base en lo anterior y comoquiera que el contrato se celebró el primero de octubre de 1970 y la demanda se presentó el 18 de marzo de 2002, concluyó que el ejercicio del derecho de acción fue inoportuno.

**5. El recurso de apelación[[13]](#footnote-13)**

La parte actora interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia, en el que solicitó revocar la decisión y, en su lugar, declarar que en la ejecución del convenio elevado a escritura pública 1390 de 1970 “se presentaron circunstancias que afectaron el equilibrio económico y financiero respecto de la cláusula tercera (sic), por lo que CEDELCA S.A. E.S.P. deberá prestar el servicio de alumbrado público y energía eléctrica de conformidad con las normas vigentes que rigen la prestación de este servicio público, como consecuencia de lo anterior se ordene al Municipio pagar los valores causados por la prestación del servicio de energía eléctrica y alumbrado público con ocasión del convenio celebrado en septiembre de 1970”[[14]](#footnote-14).

Arguyó que la pretensión subsidiaria de restablecimiento del equilibrio económico del contrato no está supeditada al término de caducidad de la acción contractual, puesto que se trata de un contrato de tracto sucesivo en el que las circunstancias que generan el rompimiento no han cesado y dijo, además, que el término aplicable debe ser el vigente al momento del incumplimiento o exigibilidad de la obligación y no el del nacimiento de la misma y tampoco un término de caducidad establecido posteriormente que le genera un perjuicio a la parte demandante.

Expresó que el Tribunal fundó su decisión únicamente en el análisis de la caducidad de la acción, sin tener en cuenta que se presentaron todos los fundamentos de hecho y de derecho que dan cuenta de que en el convenio elevado a escritura pública 1390 de 1970 se rompió el equilibrio económico del contrato.

Al respecto, señaló que la aplicación de la teoría de la imprevisión en este caso resulta procedente porque, a través del convenio, el municipio de Corinto adquirió 20.743 acciones de CEDELCA, que pagó con la transferencia que de la planta hidráulica de generación de energía de Corinto hizo a ésta empresa y, a su vez, CEDELCA se obligó a suministrar el servicio de alumbrado público al municipio, a las oficinas municipales y a los establecimientos de educación municipal, “con cargo a las utilidades que se liquiden a favor del municipio por el aporte de las acciones suscritas y pagadas que el municipio de Corinto posea como accionista de CEDELCA”[[15]](#footnote-15); sin embargo, desde la fecha de suscripción del convenio, según los libros auxiliares a 30 de abril de 2004 y las actas de la Asamblea General de Accionistas, desde 1962, CEDELCA no ha aprobado distribución de utilidades a ninguno de sus accionistas, por lo que no ha existido liquidación de dividendos a favor del municipio.

Reiteró que mediante resolución 9925 del 20 de diciembre de 1999 se decretó la toma de posesión de la electrificadora en razón de la difícil situación económica que atravesaba, lo que le impedía prestar el servicio con la continuidad y calidad debidas e insistió en que con las leyes 142 y 143 de 1994 cambió la normatividad bajo la cual se celebró el convenio, pues, a partir de su entrada en vigencia, la prestación del servicio de energía eléctrica es onerosa y la prestación del servicio de alumbrado público corresponde a los municipios.

**6. Actuación en segunda instancia**

Mediante auto 14 de enero de 2011 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 22 de abril de 2010 por el Tribunal Administrativo del Cauca[[16]](#footnote-16). A través de proveído del 4 de febrero de 2011 se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que, si lo consideraba pertinente, rindiera concepto de fondo[[17]](#footnote-17), oportunidad procesal de la cual no hicieron uso las partes ni el Ministerio Público.

La Sala, al no encontrar causal de nulidad alguna que pueda invalidar lo actuado, procede a resolver de fondo el asunto.

**II. CONSIDERACIONES**

**1. Competencia**

La Sala es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 22 de abril de 2010 por el Tribunal Administrativo del Cauca, en un proceso con vocación de doble instancia ante esta Corporación, dado que la pretensión mayor se estimó en la demanda en ochocientos seis millones setecientos noventa y tres mil cuatrocientos cuarenta y seis pesos ($806’793.446), mientras que el monto exigido al momento de la interposición del recurso de apelación (5 de mayo de 2010[[18]](#footnote-18)) para que proceso tuviera vocación de doble instancia, era de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes, monto que, según el salario mínimo mensual vigente para la fecha de presentación de la demanda (18 de marzo de 2002[[19]](#footnote-19)), ascendía a ciento cincuenta y cuatro millones quinientos mil pesos ($154’500.000).

Se suma a lo anterior que el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, vigente para la época en que se presentó la demanda, le asignó a la jurisdicción de lo contencioso administrativo el objeto de “juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas”[[20]](#footnote-20), por lo cual esta jurisdicción resulta competente para conocer de la presente controversia, teniendo en cuenta que el contrato que le dio origen fue celebrado entre dos entidades estatales, esto es, de una parte, CEDELCA, sociedad economía mixta con participación estatal superior al 99,9% del capital social[[21]](#footnote-21) y, de otra parte, el municipio de Corinto.

Con fundamento en el criterio orgánico que se acaba de referir, la jurisdicción de lo contencioso administrativo resulta competente para conocer de este litigio y, por ello, en este aspecto no se hace necesario acudir al análisis del contenido del contrato que dio origen a la presente controversia ni a la relación con el servicio público, en los términos de la competencia prevista en el artículo 132 del C.C.A.[[22]](#footnote-22).

**2. Marco de competencia para resolver el recurso de alzada de la parte demandante**

En la demanda, CEDELCA solicitó como pretensión principal que se declare la nulidad absoluta del convenio que celebró con el municipio de Corinto el 1 de octubre de 1970, contenido en la escritura pública 1390 de la Notaría Primera del Círculo de Popayán y, de manera subsidiaria, pidió que se declare el rompimiento del equilibrio económico del contrato, o la resolución del convenio, o la indemnización de perjuicios. En todos los casos, incoó pretensiones consecuenciales resarcitorias.

Para determinar los asuntos que deben abordarse para resolver la apelación presentada por CEDELCA en contra de la sentencia del 22 de abril de 2010, la Subsección acude a lo dicho por la Sala Plena de la Sección Tercera de esta Corporación en sentencia del 6 de abril de 2018[[23]](#footnote-23), en la que se pronunció respecto de la competencia del juez ad quem frente al recurso de apelación en los siguientes términos:

“18. En ambos casos, la Sala buscó salvaguardar el principio de congruencia pues limitó la competencia del juez de segunda instancia a los aspectos que señale expresamente el recurrente o que se entiendan comprendidos dentro del marco del recurso, siempre que favorezcan al apelante único.

19. Este entendimiento del principio de congruencia y de los límites competenciales del *ad quem* frente el (sic) recurso de apelación es el que la Sala acoge y reitera, **de manera que si se apela un aspecto global de la sentencia,** (sic) **el juez adquiere competencia para revisar todos los asuntos que hacen parte de ese aspecto más general, aunque de manera expresa no se haya referido a ellos el apelante único**. Lo anterior, desde luego, sin perjuicio de la potestad que tiene el juzgador de pronunciarse oficiosamente sobre todas aquellas cuestiones que sean necesarias para proferir una decisión de mérito, tales como la caducidad, la falta de legitimación en la causa y la indebida escogencia de la acción, aunque no hubieran sido propuestos por el apelante como fundamentos de su inconformidad con la providencia censurada” (destaca la Sala).

En suma, según se desprende del recurso de apelación, la parte demandante solicita que se revoque en su integridad la sentencia de primera instancia para que, desvirtuada la caducidad de la pretensión subsidiaria de “rompimiento del equilibrio económico del contrato”, se declare, como también lo solicitó en la demanda, la ocurrencia del rompimiento de las condiciones económicas pactadas al inicio de la relación contractual, con fundamento en que el municipio no ha pagado los valores correspondientes a la prestación del servicio de alumbrado público y de energía eléctrica, prestación que se dio con sustento en lo pactado en el convenio celebrado entre esas partes el 1 de octubre de 1970.

Dado que la causa del alegado “rompimiento del equilibrio económico del contrato” se atribuyó a una desatención de un deber contractual por parte el municipio de Corinto, resulta oportuno detenerse en las diferencias que existen entre esa figura del derecho y el incumplimiento contractual. Sobre este aspecto se ha pronunciado esta Subsección de la manera que sigue:

“La ruptura del equilibrio económico-financiero del contrato supone la alteración del sinalagma funcional (correlación y equivalencia en las prestaciones) pactado al inicio de la relación negocial, bien sea por la expresión del poder soberano del Estado, capaz de afectar el vínculo jurídico a través de decisiones con relevancia jurídica, bien por la voluntad de la parte que, dentro de la relación contractual, ostenta posición de supremacía frente a su co-contratante, bien por situaciones imprevistas, imprevisibles e irresistibles que impactan la economía del contrato o por hechos previsibles en cuanto a su ocurrencia, pero con efectos imprevistos e irresistibles (como la variación de precios), por razones no imputables a las partes.

“La Sección Tercera de esta Corporación ha acogido las teorías desarrolladas por la doctrina foránea en torno a las fuentes que dan lugar a la ruptura del equilibrio económico – financiero del contrato estatal, señalando que éste puede verse alterado por actos y hechos de la administración o por factores externos o extraños a las partes involucradas en la relación contractual. A los primeros se les denomina “hecho del príncipe”, y “potestas ius variandi” (álea administrativa), mientras que a los supuestos que emergen de la segunda fuente se les enmarca dentro de la denominada “teoría de la imprevisión” y paralelamente en la “teoría de la previsibilidad”. Lo anterior permite deducir, con absoluta claridad, que puede verse alterado por el ejercicio del poder dentro del marco de la legalidad o por situaciones ajenas a las partes, que hacen más o menos gravosa la prestación; pero, en ningún caso tiene lugar por los comportamientos antijurídicos de las partes del contrato.

“El incumplimiento contractual, en cambio, tiene origen en el comportamiento antijurídico de uno de los contratantes, esto es, que asume un proceder contrario a las obligaciones que contrajo al celebrar el contrato y, como efecto principal, causa un daño antijurídico a la parte contraria que, desde luego, no está en la obligación de soportar; además, el incumplimiento genera la obligación de indemnizar integralmente los perjuicios causados a la parte cumplida”[[24]](#footnote-24).

En el marco de la precisión jurisprudencial que acaba de citarse, es evidente que, aunque la parte demandante se refirió al rompimiento del equilibrio económico del contrato, lo cierto es que el fundamento de esta pretensión consiste en la falta de pago, por parte del municipio, respecto de la prestación de los servicios de alumbrado público y de energía eléctrica, obligación contractual que, según afirmó, nunca atendió la entidad territorial, lo cual en realidad, a juicio de la Sala, se enmarca en el campo del incumplimiento del contrato y no en el del rompimiento de su equilibrio económico.

La imprecisión en la que incurrió la parte demandante respecto de la denominación de la pretensión encuentra justificación en que el inciso segundo del numeral 1 del artículo 5 de la ley 80 de 1993 conduce a ella, al señalar que es derecho de los contratistas recibir oportunamente la remuneración pactada y que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato, por lo cual, “si el equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato”.

En ese contexto, para la Sala resulta forzoso entender que, pese a su denominación, lo que en realidad pretendió la parte actora con sustento en la falta de pago de la prestación de los servicios de alumbrado público y de energía eléctrica fue la declarativa del incumplimiento del contrato y no su restablecimiento económico, interpretación ésta que no afecta sustancialmente el litigio, pues encuentra pleno asidero en la *causa petendi* de la demanda, la cual -desde su presentación- fue conocida por el municipio de Corinto, que, por tanto, ha tenido plena oportunidad para ejercer su derecho de defensa y contradicción frente a ella.

Cabe destacar que el razonamiento que se deja expuesto no altera la competencia del juez ni vulnera el debido proceso, pues desde el principio el marco del litigio se fijó, entre otros aspectos, en la falta de pago de los servicios prestados, de tal manera que con el entendimiento que la Sala estima debe dársele a la pretensión de rompimiento del equilibrio económico del contrato, en lo que a esa causa concierne, se hace gala del imperativo previsto en el artículo 228 constitucional, que impone dar dar prevalencia a lo sustancial sobre lo formal.

Establecido lo anterior, se concluye que el aspecto central de la apelación recae sobre la pretensión de incumplimiento del contrato por falta de pago respecto de la prestación de los servicios de alumbrado público y energía eléctrica, la cual, a juicio de la parte actora, no está caducada y debe prosperar.

Ahora bien, en la sentencia recurrida, sin distinguir las pretensiones, el Tribunal declaró de oficio la caducidad de la acción de controversias contractuales, decisión que, conforme a lo que acaba de expresarse, fue recurrida por CEDELCA únicamente en lo que concierne al rompimiento del equilibrio económico del contrato, pero con sustento en el incumplimiento por falta de pago,pues sus argumentos se encaminaron a insistir en ese aspecto y en que no había caducidad frente a él, pero no manifestó nada en relación con las demás pretensiones de la demanda.

En este contexto, encuentra la Sala que el marco de competencia que debe seguir para resolver la apelación se circunscribe a la pretensión de incumplimiento del contrato por falta de pago, inmersa, como ya se vio, en la que la parte actora denominó de “restablecimiento económico del contrato”, lo que comprende únicamente las pretensiones consecuenciales, ya que las demás, como pasa a explicarse, no hacen parte de aquélla y los aspectos que abarca no le son implícitos o consecuenciales.

La Sala arriba a la anterior conclusión en relación con la pretensión de nulidad absoluta del convenio, en consideración a que, como ya se dijo, el incumplimiento del contrato supone “el comportamiento antijurídico de uno de los contratantes, esto es, que asume un proceder contrario a las obligaciones que contrajo al celebrar el contrato y, como efecto principal, causa un daño antijurídico a la parte contraria que, desde luego, no está en la obligación de soportar”[[25]](#footnote-25), por ello, el análisis de su configuración se centra en las circunstancias que pudieron ocurrir durante la ejecución del negocio jurídico y no compromete el estudio de su validez, el cual corresponde al momento de la celebración del contrato.

Al respecto, advierte la Sala de manera enfática que la validez del contrato constituye un presupuesto necesario para pronunciarse en relación con las pretensiones que se deriven de su ejecución, por ejemplo, el incumplimiento, el rompimiento del equilibrio económico, la resolución, entre otras, pero esto no supone que la discusión sobre tal presupuesto se entienda implícitamente comprendida en las controversias que surjan respecto de la ejecución del negocio jurídico; de hecho, quien pretenda la declaración de nulidad de un contrato debe manifestarlo expresamente, pues, según la ley, el juez únicamente puede manifestarse en relación con ello de manera oficiosa si aparece de manifiesto en el acto o contrato, siempre que en el proceso hayan intervenido las partes contratantes[[26]](#footnote-26).

Se dice que la validez del contrato constituye un presupuesto necesario para pronunciarse en torno a las pretensiones que se deriven de su ejecución, porque el principal y más importante efecto de la declaratoria de nulidad absoluta del negocio jurídico, como manifestación más grave de la invalidez, es la ineficacia, es decir, la imposibilidad de que en virtud del negocio jurídico nulo surjan derechos y obligaciones entre las partes, tanto hacia el futuro como hacia el pasado; por ello, cuando se declara la nulidad absoluta del contrato, no es posible abordar el estudio de pretensiones relacionadas con su ejecución, como la del restablecimiento del equilibrio económico, pues éste corresponde a un análisis diferente y posterior al de la conformación válida del negocio jurídico, aunque supone su legalidad.

En consecuencia, si bien la validez del contrato es un presupuesto necesario para pronunciarse en relación con las pretensiones que se deriven de su ejecución, tal presupuesto no está implícito a aquéllas y, por tanto, como la parte recurrente no apeló la decisión del Tribunal de declarar la caducidad de la acción respecto de la pretensión de nulidad absoluta del convenio y, además, como no se observa de manera manifiesta la configuración de una causal que deba ser declarada de oficio, la Sala, atendiendo el principio de congruencia, no se pronunciará al respecto, pues el marco de competencia fijado en el recurso de apelación no comprendió ese aspecto de la controversia.

En lo que a la pretensión subsidiaria de restablecimiento del equilibrio económico concierne, es necesario precisar que, además de fundarse en el incumplimiento del contrato por falta de pago de los servicios prestados, la parte actora también la sustentó en otras circunstancias que, aseveró, fueron exógenas al comportamiento contractual de las partes, tales como el fenómeno del niño, la destrucción de la subestación “zaque” en actos terroristas y el hecho de que el municipio no es ahora el que era cuando se suscribió el contrato, pues sus establecimientos educativos y demás dependencias se han multiplicado, lo que ha generado que para la prestación del servicio se consuman más kilovatios.

La Sala tampoco se pronunciará al respecto, puesto que tales hechos no fueron reiterados en esta instancia y su análisis no es necesario para resolver acerca del incumplimiento en el pago de la prestación del servicio que se alegó en la primera instancia y que se reiteró en la apelación; por tanto, su análisis no puede entenderse comprendido en el aspecto global de ésta.

En relación con la pretensión subsidiaria de resolución del contrato, es oportuno señalar que, si bien, según el artículo 1546 del Código Civil[[27]](#footnote-27), la resolución tiene sustento en el incumplimiento de una de las partes respecto de las obligaciones del contrato y aunque ambas (las pretensiones de incumplimiento y de resolución) pueden acarrear la indemnización de perjuicios con base en tal inobservancia, lo cierto es que una y otra tienen alcances diferentes, en tanto que la primera no afecta la existencia del contrato, pues se limita a establecer si se desconocieron las obligaciones pactadas, mientras que la segunda, en cambio, implica la extinción del negocio jurídico, puesto que, de prosperar, lo deja sin efectos.

Así, entonces, a pesar de que pudiera considerarse que ambas pretensiones están relacionadas, para resolver sobre la de incumplimiento no hace falta resolver respecto de la de resolución, pues ésta no le es implícita ni consecuencial a aquélla, a lo que se agrega que, como la pretensión de resolución del contrato tiene alcances diferentes a los que corresponden a la pretensión de incumplimiento, resolverla sin que hubiere sido apelada implicaría sobrepasar el límite que fue delimitado en la apelación y desconocer el principio de congruencia.

Finalmente, en relación con la pretensión subsidiaria de “INDEMNIZACION DE PERJUICIOS, teniendo como fuente de dicha obligación el convenio suscrito ente CEDELCA S.A. E.S.P. y el municipio de Corinto-Cauca” que formuló CEDELCA para que se reconozcan, a título de indemnización, “la cancelación del servicio de energía …”[[28]](#footnote-28) y los intereses moratorios que se hubieren causado desde “el 2 de noviembre de 1962”[[29]](#footnote-29), la Sala advierte que, aunque se presentó como una pretensión autónoma, corresponde en verdad a una pretensión consecuencial propia de la de incumplimiento; por ello, se entiende comprendida dentro del marco global de la apelación.

Así las cosas, se concluye que, en este caso, el marco de competencia de la Sala para resolver el recurso de apelación se circunscribe al incumplimiento del contrato por falta de pago de los servicios de alumbrado público y energía eléctrica que CEDELCA le ha venido suministrando al municipio de Corinto desde la fecha de celebración del convenio y comprende, por supuesto, sus pretensiones consecuenciales. En lo que a las demás pretensiones de la demanda concierne, por no haber sido objeto del recurso, la Sala deberá confirmar la caducidad de la acción que el Tribunal declaró en primera instancia.

Se precisa que, en el recurso de apelación, la parte actora insistió en que se ordene que el servicio de alumbrado público y energía eléctrica se suministre de conformidad con las normas vigentes que rigen la materia y que, en consecuencia, se ordene al municipio el pago de los valores causados con ocasión de su prestación, pretensión ésta que no puede ser resuelta favorablemente, de una parte, porque fue planteada de manera consecuencial a la pretensión de rompimiento del equilibrio económico del contrato, la cual, como ya se expresó, no fue objeto de apelación y, de otra, porque, incluso, si se resolviera como consecuencial a la pretensión de incumplimiento, lo cierto es que ni en la demanda ni en el recurso se observa una argumentación que la sustente y, por el contrario, lo que la parte actora manifestó fue que, a pesar de que el convenio se celebró antes de la expedición de la ley 142 de 1994, la estipulación relacionada con el pago se ajusta a esa norma, puesto que no se pactó una prestación gratuita del servicio.

**3. El ejercicio oportuno de la acción**

Según se refirió en los antecedentes de esta providencia, el Tribunal Administrativo del Cauca declaró la caducidad de la acción de controversias contractuales tomando como único punto de partida el de la celebración del convenio elevado a escritura pública 1390 de 1970, sin distinguir respecto de cada una de las pretensiones de la demanda. Con base en las razones que se expresan a continuación, la Sala revocará esta decisión únicamente en lo que concierne al incumplimiento del contrato por falta de pago, pues, como ya se dijo, fue lo que se apeló.

En la cláusula quinta del convenio que dio origen a la presente controversia las partes estipularon que el negocio jurídico tendría vigencia “por todo el tiempo de la existencia legal y jurídica de CEDELCA, o de la empresa que en lo futuro la sustituya o adquiera sus activos”[[30]](#footnote-30); por tanto, dado que actualmente existe CEDELCA S.A. E.S.P., se concluye que, a la fecha de la presente providencia, el contrato se encuentra vigente.

Según lo previsto en el numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, vigente al momento de la presentación de la demanda, la acción de controversias contractuales debe interponerse en un plazo de dos años contados a partir de los motivos de hecho o de derecho que le sirvan de fundamento y, en términos generales, para los casos a los que se refieren los literales a) a d) de ese mismo numeral la demanda debe interponerse en un plazo de dos años contados desde la terminación, la liquidación o el vencimiento del plazo para liquidar el contrato, según el caso.

En este contexto, considerando la actual vigencia del contrato y la persistencia a la fecha de la presentación de la demanda de los supuestos invocados como fundamento de la pretensión de incumplimiento del mismo, la Sala advierte que, en relación con ésta, no ha ocurrido la caducidad de la acción.

**4. El caso concreto**

Como ya se dijo, la parte actora pretende que se declare el incumplimiento del contrato con fundamento en que, a pesar de que el municipio de Corinto se ha beneficiado de la prestación del servicio de alumbrado público y de energía eléctrica que le ha suministrado CEDELCA con base en lo pactado en la cláusula cuarta del convenio celebrado entre esas partes el 1 de octubre de 1970, elevado a escritura pública 1370 de esa fecha, éste no pagado por el servicio.

En la referida cláusula cuarta del contrato las partes pactaron que:

CUARTO.- Por su parte CEDELCA se obliga para con el MUNICIPIO: a) A suministrarle, entre las 6 de la tarde y las 6 de la mañana, el servicio de alumbrado público de la ciudad de Corinto, de las Oficinas municipales y de los establecimientos de educación municipal de dicha ciudad **conforme a las tarifas que para el efecto fije la Superintendencia de Regulación Económica**.- b) A efectuar por su cuenta todos los trabajos relacionados con la unificación y rectificación de líneas de transmisión y redes de distribución, de acuerdo con los planos aprobados por el Instituto Colombiano de Energía Eléctrica.- c) a realizar estudios tendientes a la electrificación rural de las veredas municipales de Corinto, para ser efectuadas tan pronto como haya generación suficiente de energía y lo permitan los recursos financieros de la Empresa, suministrando al MUNICIPIO las informaciones técnicas pertinentes.- ch) A extender, dentro de un plazo improrrogable de seis (6) meses, los servicios de alumbrado eléctrico a todos los barrios y sectores de la población de Corinto, incluyendo el mejoramiento del servicio en el Barrio ’20 de agosto.’ PARAGRAFO.- Es entendido que el Municipio debe suministrar y reponer oportunamente toda la bombilleria necesaria y adecuada para poder utilizar el servicio de alumbrado a que se refiere la presente cláusula”[[31]](#footnote-31) (se resalta).

En relación con esta cláusula, la parte actora afirmó que, a pesar de que el convenio se celebró antes de la expedición de la ley 142 de 1994, la estipulación transcrita se ajusta a esa norma, puesto que lo que se pactó fue que el suministro del servicio se haría según las tarifas que para el efecto fijara la Superintendencia de Regulación Económica, es decir, que su prestación no era gratuita y que, por tanto, la entidad territorial debía pagar por ella.

El mencionado argumento fue reiterado en esta instancia y encuentra sustento en lo previsto en numeral 9 del artículo de la ley 142 de 1994, en el que se estableció que dentro del régimen de subsidios a las tarifas no podía existir exoneración en el pago de servicios públicos en favor de usuario alguno[[32]](#footnote-32), lo cual, aunado a la obligación pactada en el contrato, impone al municipio el deber de pagar por los servicios prestados.

Ahora, en relación con el monto al que ascendía la deuda por el pago de la prestación de los servicios de alumbrado público y energía eléctrica, obra en el proceso una constancia emitida por la Jefe de la División de Cartera y Recaudo de CEDELCA S.A. E.S.P., en la que da cuenta de que, a los 22 días de abril de 2002, el municipio de Corinto le adeudaba a la electrificadora la suma de $806’793.446.

No obstante, se encuentra que después de la presentación de la demanda ocurrió un hecho que tuvo incidencia en la existencia del derecho sustancial sobre el cual versa el presente litigio, el cual está plenamente acreditado en el proceso y fue evidenciado por CEDELCA al presentar sus alegatos de conclusión en la primera instancia, razón por la cual, según lo dispuesto en el inciso final del artículo 305 del Código de Procedimiento Civil[[33]](#footnote-33), debe tenerse en cuenta para proferir la sentencia.

CEDELCA manifestó que, a través de acta de acuerdo del 23 de febrero de 2004, el municipio de Corinto reconoció que le adeudaba a la electrificadora, por concepto de la prestación de los servicios de alumbrado público y energía eléctrica a 30 de junio de 2002, la suma de $1.013’424.428, la cual, según lo establecido en el artículo 1 de la ley 859 de 2003, sería aportada por el Gobierno Nacional. Señaló también que, mediante constancia del 24 de marzo de 2004, la Tesorera Municipal de Corinto certificó que en el presupuesto de rentas y gastos para la vigencia de 2004 existía una partida para el proyecto “pago deuda suministro de energía eléctrica y alumbrado público”, hechos que probó con los respectivos soportes documentales, así:

En el referido acuerdo del 23 de febrero de 2004, las partes acordaron (se transcribe como obra en el acuerdo):

“**PRIMERA**: Que entre CEDELCA S.A. E.S.P. y el Municipio de Corinto **se suscribió la Escritura Pública No. 1390 del 1º de octubre de 1970 y en la cláusula cuarta de la citada escritura se estableció la prestación del alumbrado público** a la ciudad de Corinto, de las oficinas municipales y de los establecimientos de educación municipal de dicha ciudad conforme a las tarifas que para el efecto fijen la Superintendencia de regulación económica (…). **SEGUNDO**: El Gobierno Nacional en desarrollo de la Ley, reconoció parte de la cartera de las entidades territoriales a favor de las electrificadoras, por lo que, tratándose del Municipio de Corinto, el Alcalde Municipal acepta que la suma de Mil trece millones cuatrocientos veinticuatro mil cuatrocientos veintiocho pesos ($1.013.424.428) moneda corriente.Facturada por CEDELCA S.A. E.S.P. **por los consumos estipulados en la cláusula de la escritura pública citada, a 30 de junio de 2002,** que será aportada por el Gobierno Nacional **sea imputada para el reconocimiento de dicha cartera, conforme a la ley 859 de 2003 Artículo (sic)1º del 30 de diciembre de 2003, de tal forma que una vez reconocida y pagada por el Gobierno Nacional, no podrá luego cobrarse a cargo del ente territorial (Municipio de Corinto) de conformidad con la escritura pública 1390 del 1 de octubre de 1970**. **TERCERO: El Alcalde Municipal de Corinto autoriza a Empresa CENTRALES ELÉCTRICAS DEL CAUCA S.A. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS a desarrollar todas las actuaciones necesarias para obtener el reconocimiento de la obligación señalada por parte del Gobierno Nacional**. Según la Ley 859 del 30 de diciembre de 2003 …”[[34]](#footnote-34) (se destaca).

Según la certificación de la Tesorera Municipal de Corinto, en el presupuesto de rentas y gastos de 2004 se incluyó una partida para el “PROYECTO PAGO DEUDA SUMINISTRO DE ENERGÍA ELÉCTRICA Y ALUMBRADO PÚBLICO”, por valor de $1.013’424.428[[35]](#footnote-35).

Mediante resolución 181726 del 12 de diciembre de 2003, el Ministerio de Minas y Energía, en cumplimiento de lo dispuesto en el literal a) del artículo 1 de la Ley 859 de 2003, distribuyó los recursos disponibles para el pago del capital adeudado a las empresas de servicios públicos, entre ellas, CEDELCA[[36]](#footnote-36).

Mediante resolución 180324 del 24 de marzo de 2004, el Ministerio de Minas y Energía ajustó la distribución de recursos contenida en la resolución 181726 del 30 de diciembre de 2003, en consideración a que, según lo dispuesto por la ley 859 de 2003, las empresas prestadoras del servicio de energía eléctrica y de alumbrado público que accedieran a los recursos de esa ley debían condonar la totalidad de los intereses de mora y hasta el cincuenta por ciento de los intereses corrientes que los entes territoriales y sus institutos descentralizados adeudaran por concepto del servicio de energía, intención de condonación que, según la información que se reporta en esta resolución, fue manifestada, entre otras, por CEDELCA[[37]](#footnote-37).

De lo anterior surge que, en el acuerdo del 23 de febrero de 2004, las partes de la presente *litis* definieron que, en cumplimiento de lo pactado en la cláusula cuarta de la escritura pública 1390 del 1 de octubre de 1970, el pago por la prestación de los servicios públicos de alumbrado público y de energía eléctrica proporcionados por CEDELCA al municipio de Corinto, a 30 de junio de 2002, sería por la suma de $1.013’424.428.

Las partes señalaron en el mismo acuerdo que, “una vez reconocida y pagada [la deuda] por el Gobierno Nacional, no podrá luego cobrarse a cargo del ente territorial (Municipio de Corinto) de conformidad con la escritura pública 1390 del 1 de octubre de 1970”, con lo cual se finiquitó la deuda, al menos por el período allí indicado, esto es, hasta el 30 de junio de 2002, es decir, hasta una fecha posterior, incluso, a la presentación de la demanda y con un valor superior al reclamado en la misma.

Además, según el mismo acuerdo, CEDELCA quedó plenamente autorizada por el municipio de Corinto para adelantar las actuaciones que fueran necesarias para obtener del Gobierno Nacional el reconocimiento de la obligación sobre la cual recayó el acuerdo de voluntades.

En esos términos, toda vez que con posterioridad a la demanda las partes llegaron a un acuerdo sobre lo reclamado en relación con la prestación del servicio, la controversia se considera jurídicamente superada, a través de un acuerdo que tiene plenos efectos vinculantes y, como lo ha dicho esta Corporación, la única forma de desconocerlo es la demostración de vicios del consentimiento[[38]](#footnote-38), que sólo pueden ser alegados por la parte interesada, tal como lo prescribe el artículo 1743 del Código Civil[[39]](#footnote-39), en tratándose de nulidades relativas como las que suponen el error, la fuerza y el dolo[[40]](#footnote-40), disposición que, a su vez, proscribe que el juez pueda declararlos oficiosamente y ni siquiera puede el Ministerio Público alegarlos.

En estos términos, la Sala negará la pretensión de incumplimiento del contrato que se fundó en la falta de pago del servicio prestado, toda vez que la misma ya se encuentra superada por acuerdo entre las partes.

La Sala tampoco accederá a las pretensiones indemnizatorias derivadas del incumplimiento, toda vez que: i) son consecuenciales a aquélla, ii) en la parte considerativa de la resolución 18034 del 24 de marzo de 2004 antes mencionada se indicó que, según lo dispuesto en la ley 859 de 2003, las empresas prestadoras del servicio de energía eléctrica y de alumbrado público que accedieran a los recursos de esa ley debían condonar la totalidad de los intereses de mora y hasta el 50 por ciento de los intereses corrientes que adeudaran los entes territoriales y, según ese mismo acto, las empresas relacionadas en la resolución 181726 del 30 de diciembre de 2003, entre ellas CEDELCA, manifestaron expresamente la intención de condonar los intereses y iii) aunque el acuerdo del 23 de febrero de 2004 no mencionó el tema de los intereses, tampoco se dejó salvedad sobre el particular, razón por la cual habrá que estarse a lo indicado en él.

Considera la Sala oportuno mencionar que, en un caso similar al presente, en cual CEDELCA demandó al municipio de Santander de Quilichao para lograr el pago de la prestación del servicio de energía eléctrica que le venía prestando y en el cual, como en este, las partes suscribieron un acuerdo de las mismas características que el que viene de estudiarse, la Subsección B de la Sección Tercera de esta Corporación[[41]](#footnote-41) arribó a la misma conclusión a la que llega la Sala en esta oportunidad.

Es oportuno mencionar también que esta Subsección resolvió un asunto en el que CEDELCA demandó al municipio de Miranda por la falta pago de la prestación del servicio de alumbrado público y en el que accedió parcialmente a la pretensión de indemnización de perjuicios derivados de dicho incumplimiento[[42]](#footnote-42), frente a lo cual debe advertirse que, como no se trató de casos iguales, la decisión que en uno y otro asunto se adopta no necesariamente debe coincidir.

Al respecto se advierte que en el proceso que resolvió esta Subsección con anterioridad, la cláusula del convenio que se refería al pago no era del mismo tenor que la del convenio que en este proceso se analiza, puesto que en el caso del municipio de Miranda las partes acordaron que el pago por la prestación del servicio se haría con cargo a las utilidades que debía percibir la entidad territorial por ser accionista de la electrificadora (lo que en el sub judice no se pactó), pero que, según la demanda, nunca se concretó, porque CEDELCA no había producido utilidades, punto sobre el cual, entre otros, versó esa controversia y que la Sala resolvió en el sentido de señalar que la cuestión tenía que ver con la imposibilidad que sobrevino de aplicar dicha cláusula por la prohibición de gratuidad que introdujeron las Leyes 142 y 143 de 1994, por lo cual se consideró que como desde el 31 de enero de 1997 la entidad adeudaba la prestación del servicio de conformidad con lo dispuesto en las citadas leyes, bajo la pretensión subsidiaria tercera de indemnización, condenó al municipio de Miranda al pago de los servicios prestados.

Adicionalmente, en este asunto, se trata de sujetos diferentes, en tanto en aquella oportunidad fue demandado el municipio de Miranda, bajo un contrato distinto y con una cláusula de pago también diferente. Además, en el *sub lite*, se pactó después de la demanda un acuerdo que incorporó las pretensiones del cobro por el servicio público prestado que supera con creces lo reclamado en la demanda. De igual forma, en el asunto del municipio de Miranda al que se ha hecho alusión, la Sala contó con un dictamen pericial que estimó el valor del servicio prestado y constató la efectiva prestación del mismo, a través de la información aportada del sistema de facturación de la empresa actora, pruebas que en esta oportunidad se echan de menos, lo cual impide predicar la prestación del servicio y el monto facturado por el mismo, en caso de que hubiera sido admisible el reconocimiento económico por el incumplimiento reclamado.

Así las cosas, se concluye que se trata de asuntos diferentes, en los que ni el texto del convenio ni la realidad probatoria coincide, lo que determina que la condena que se dio en uno de los casos no se repita en el otro.

Finalmente, en el recurso de apelación la parte actora aseveró que en el contrato las partes acordaron que el pago del servicio de alumbrado público y energía eléctrica que CEDELCA se comprometió a suministrar al municipio de Corinto se haría con cargo a las utilidades que éste debía percibir por ser accionista de la electrificadora, pero que ésta nunca recibió porque no se había aprobado distribución alguna de utilidades, argumento frente al cual conviene advertir que no fue expresado en la demanda y tampoco corresponde a lo pactado en el convenio, por lo cual la Sala no se pronunciará al respecto.

**5. Costas.**

En consideración a que no se evidenció temeridad, ni mala fe en la actuación procesal de las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas, de conformidad con lo establecido en el artículo 171 del C.C.A., modificado por el artículo 55 de la ley 446 de 1998.

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

**FALLA:**

**PRIMERO:** de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de la presente providencia, **REVÓCASE** el ordinal primero de la sentencia proferida el 22 de abril de 2010 por el Tribunal Administrativo del Cauca, únicamente en lo que se refiere a la caducidad de la pretensión relacionada con el incumplimiento del contrato por falta de pago.

**SEGUNDO: CONFÍRMASE**  en lo demás el ordinal primero de la sentencia proferida el 22 de abril de 2010 por el Tribunal Administrativo del Cauca.

**TERCERO:** de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de la presente providencia, **NIÉGASE** la pretensión relacionada con el incumplimiento del contrato por falta de pago y sus consecuenciales.

**CUARTO: CONFÍRMASE** el ordinal segundo de la sentencia, el cual dispuso abstenerse de emitir condena en costas en esa instancia.

**QUINTO:** Sin condena en costas en esta instancia.

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

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO MARÍA ADRIANA MARÍN**

**CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**

1. Obra a folios 67 a 79 y 86 a 89 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-1)
2. Folio 80 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-2)
3. Folio 68 de cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-3)
4. Folio 69 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-4)
5. Folio 71 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-5)
6. Folio 72 de cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-6)
7. Folios 83, 84,86 a 89 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-7)
8. Folios 92 y 93 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-8)
9. Folio 97 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-9)
10. Folio 102 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-10)
11. Según certificación expedida por la Secretaría del Tribunal Administrativo del Cauca, el término de fijación en lista corrió entre el 30 de octubre de 2002 y el 14 de noviembre de 2002 (folios 103 y 104 del cuaderno 1) y la contestación de la demanda se presentó el 18 de noviembre de ese año (folios 106 a 115 del cuaderno 1). [↑](#footnote-ref-11)
12. Obra a folios 187 a 202 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-12)
13. Obra a folios 205 a 213 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-13)
14. Folio 213 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-14)
15. Folio 205 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-15)
16. Folio 242 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-16)
17. Folio 244 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-17)
18. Folio 205 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-18)
19. El salario mínimo legal mensual vigente para el año 2002 era de $309.000. [↑](#footnote-ref-19)
20. El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por la Ley 1107 de 2006, definió el objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, con base en el criterio objetivo de la actividad de las entidades públicas, en los siguientes términos:

“Artículo 82. Objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las **entidades públicas** incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la Constitución y la ley”. [↑](#footnote-ref-20)
21. Escritura pública 1604 del 13 de mayo de 1996 de la Notaría Primera del Círculo de Popayán (folios 31 a 56 del cuaderno 1). [↑](#footnote-ref-21)
22. “Artículo 132 C.C.A. Competencia de los tribunales administrativos en primera instancia. Los Tribunales Administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos:

“(…).

“5. De los referentes a contratos de las entidades estatales en sus distintos órdenes y de los contratos celebrados por entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios, cuando su finalidad esté vinculada directamente a la prestación del servicio, cuando la cuantía exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales”. [↑](#footnote-ref-22)
23. Exp. 46005. [↑](#footnote-ref-23)
24. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 14 de marzo de 2013, exp. 20.524. [↑](#footnote-ref-24)
25. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 14 de marzo de 2013, exp. 20.524. [↑](#footnote-ref-25)
26. El artículo 1742 del Código Civil dispone: “La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede así mismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley. Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria”. [↑](#footnote-ref-26)
27. El artículo 1546 del Código Civil dispone: “<CONDICION RESOLUTORIA TACITA>. En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado.

Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios”. [↑](#footnote-ref-27)
28. Folio 76 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-28)
29. Ídem. [↑](#footnote-ref-29)
30. Folio 56 de cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-30)
31. Folio 56 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-31)
32. “Artículo 99. Forma de subsidiar. Las entidades señaladas en el artículo 368 de la Constitución Política podrán conceder subsidios en sus respectivos presupuestos de acuerdo a las siguientes reglas: (…) 99.9. Los subsidios que otorguen la Nación y los departamentos se asignarán, preferentemente, a los usuarios que residan en aquellos municipios que tengan menor capacidad para otorgar subsidios con sus propios ingresos. En consecuencia y con el fin de cumplir cabalmente con los principios de solidaridad y redistribución no existirá exoneración en el pago de los servicios de que trata esta Ley para ninguna persona natural o jurídica”. [↑](#footnote-ref-32)
33. Código de Procedimiento Civil, “Artículo 305. CONGRUENCIA

“(…)

“En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión, y cuando éste no proceda, antes de que entre el expediente al despacho para sentencia, o que la ley permita considerarlo de oficio”. [↑](#footnote-ref-33)
34. Folio 155 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-34)
35. Folio 158 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-35)
36. Folios 136 a 141 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-36)
37. Ídem. [↑](#footnote-ref-37)
38. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de febrero de 2009, exp. 15.757. [↑](#footnote-ref-38)
39. El tenor literal del aparte pertinente del artículo en cita es el siguiente: “DECLARACIÓN DE NULIDAD RELATIVA>. La nulidad relativa no puede ser declarada por el juez o prefecto sino a pedimento de parte; ni puede pedirse su declaración por el Ministerio Público en el solo interés de la ley; ni puede alegarse sino por aquéllos en cuyo beneficio la han establecido las leyes, o por sus herederos o cesionarios; y puede sanearse por el lapso de tiempo o por ratificación de las partes (…)”. [↑](#footnote-ref-39)
40. Ese artículo señala: “NULIDAD ABSOLUTA Y RELATIVA>. La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas. // Hay así mismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces. // Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato”. [↑](#footnote-ref-40)
41. Sentencia del 2 de mayo de 2017, exp. 34225. [↑](#footnote-ref-41)
42. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 10 de febrero de 2016, exp. 44.196. [↑](#footnote-ref-42)