**NULIDAD DEL CONTRATO - Controversias contractuales – Caducidad de la acción – Facultad oficiosa de declarar la nulidad - Término de caducidad de la acción**

Antes de la entrada en vigencia de la reforma introducida por la Ley 446 de 1998 , el Código Contencioso Administrativo no previó en forma específica un término para promover la acción de nulidad absoluta o relativa de los contratos estatales y se limitó a establecer que las controversias derivadas de ese tipo de asuntos caducan en un término de dos años contados a partir de la ocurrencia de los motivos de hecho y de derecho que les sirven de origen, lo que habían transcurrido entre la época de perfeccionamiento del contrato y la presentación de la demanda. Sin embargo, el artículo 1742 del Código Civil le otorga competencia al juez del contrato para declarar la nulidad absoluta de los contratos, al tiempo que le impone la obligación de hacerlo de oficio cuando aparece manifiesta en el acto o contrato. (…) En efecto, se ha sostenido que la facultad oficiosa del juez para declarar la nulidad absoluta del contrato no está sometida al término de caducidad de la acción, en tanto “el ejercicio de una potestad difiere sustancialmente del ejercicio del derecho de acción, por virtud del cual se acude a la jurisdicción para pedir la declaración judicial...”; no obstante, sí se impone la limitación contenida en el artículo 1742 del Código Civil “que prevé el saneamiento de la nulidad por prescripción extraordinaria de 20 años , aun cuando la misma se haya generado por objeto o causa ilícitos”.

**CONTRATO DE CONDICIONES UNIFORMES - Prestación del servicio de energía eléctrica - Régimen jurídico contractual**

En primera medida, que tratándose de un contrato suscrito con una empresa de servicios públicos domiciliarios, no está sujeto al estatuto de contratación pública y se rige por las normas del derecho privado y las que regulan en forma específica la prestación del servicio. En efecto, en su texto original, la Ley 142 de 1994 (y) el parágrafo 1 del artículo 32 de la Ley 80 al que remitió la mencionada disposición no es otro que el que contiene el régimen de excepción a la aplicación del estatuto de contratación pública (…) Para la Sala es claro que la referida remisión normativa tuvo como finalidad hacer extensiva la excepción al régimen general de la contratación pública a los contratos suscritos por las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios en desarrollo de las labores propias de su objeto social. Ello quedó suficiente esclarecido por virtud de la reforma contenida en la Ley 689 de 2001 (…) Por ello, debe analizarse el contrato de condiciones uniformes para la prestación del servicio público de energía eléctrica de 1997, de cara a las disposiciones de las normas específicas que lo regulan y que temporalmente le resulten aplicables y, en forma supletoria, bajo las disposiciones del derecho privado.

**NULIDAD DEL CONTRATO - Causales - Derecho privado**

(i) el objeto ilícito, (ii) la causa ilícita, (iii) la incapacidad absoluta y (iv) la ausencia de algún requisito o formalidad previsto en la ley para el valor de los actos contratos, en razón de su naturaleza.

**CONTRATO DE CONDICIONES UNIFORMES - Prestación del servicio de energía eléctrica - Requisito de existencia**

El contrato de servicios públicos domiciliarios se reputa existente con el acuerdo de voluntades de las partes, sin que sea un requisito ad substantiam actus el escrito que lo contenga otorgado por las partes, por razón de la dificultad práctica que ello entrañaría en atención a que se celebran forma masiva y constante, con gran número de usuarios. Por ello, la ley previó unas precisas condiciones para que se entienda otorgado el consentimiento en este tipo de eventos, siendo estas: (i) la previa definición de las condiciones por parte de la empresa y (ii) la solicitud del servicio por parte de quien a partir de ese momento se reputa como suscriptor. Esto por supuesto sujeto a que (iii) el inmueble se encuentre en las condiciones fijadas por la empresa para recibir el servicio.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN B**

**Consejero ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO**

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

**Radicación número: 19001-23-31-000-2002-01234-01(34055)**

**Actor: MUNICIPIO DE SANTANDER DE QUILICHAO**

**Demandado: CENTRALES ELÉCTRICAS DEL CAUCA CEDELCA S.A.**

**Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES**

Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por el ente territorial actor, contra la sentencia de 22 de marzo de 2007, por medio de la cual el Tribunal Administrativo del Cauca negó las pretensiones de la demanda.

**SÍNTESIS DEL CASO**

La actora pretende la nulidad absoluta del contrato de condiciones uniformes del año 1997 que afirma le fue impuesto por CEDELCA sin atender las condiciones previamente pactadas de común acuerdo para la prestación del servicio de alumbrado público en el municipio de Santander de Quilichao y el servicio domiciliario de energía eléctrica a las distintas dependencias municipales, que afirma fueron reguladas por las partes en un instrumento público del año 1962, al que se oponen las previsiones del contrato demandado.

1. **ANTECEDENTES**

**1. La demanda**

Mediante escrito presentado el 22 de agosto de 2002 (fl. 171, c. 1), el municipio de Santander de Quilichao, promovió demanda en ejercicio de la acción de controversias contractuales prevista en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, en contra de la firma Centrales Eléctricas del Cauca S.A. E.S.P. CEDELCA, con el fin de obtener:

* 1. **Pretensiones**

*[S]e declare la nulidad absoluta del contrato de condiciones uniformes para la prestación del servicio público domiciliario de energía eléctrica emanado de CENTRALES ELÉCTRICAS DEL CAUCA CEDELCA S.A. y suscrito el 31 de diciembre de 1997.*

*Que como consecuencia de lo anterior se ordene a CENTRALES ELÉCTRICAS DEL CAUCA CEDELCA S.A. reintegrar los valores que pudiese haber pagado el municipio de Santander de Quilichao, con fundamento en el contrato cuya NULIDAD ABSOLUTA se demanda.*

* 1. **Fundamento fáctico**

Como fundamento de hecho de las pretensiones, indicó que en el año 1962 el municipio de Santander de Quilichao se hizo accionista de la firma demandada, mediante la suscripción de 168.458 acciones, que pagó mediante la transferencia a CEDELCA S.A. del dominio, que hasta ese momento ostentaba, sobre la central hidroeléctrica de Mondomo. En virtud de dicho contrato la empresa asumió distintas obligaciones, entre ellas la de suministrar el servicio de alumbrado público al ente territorial y el servicio domiciliario de energía eléctrica a las distintas dependencias municipales, al Hospital Francisco de Paula Santander y a los establecimientos públicos de educación municipales. Se pactó que el pago de esos servicios tendría lugar con cargo a los dividendos generados por las acciones de las que es propietaria la parte actora en la firma.

Sin atender dicho acuerdo, contenido en la escritura pública No. 1572 de 2 de octubre de 1962, el 21 de diciembre de 1997 CEDELCA S.A. le impuso al ente territorial, de manera arbitraria, un contrato de condiciones uniformes para la prestación del servicio público domiciliario de energía, *“pese a que el municipio nunca solicitó la prestación de dicho servicio”*.

Dijo que la escritura pública de 1962 definió las condiciones de prestación del servicio y nunca fue objeto de modificación o revisión por sus otorgantes, por lo que sus estipulaciones están vigentes. No obstante, CEDELCA desconoció lo pactado e impuso en forma unilateral el contrato cuya nulidad absoluta se pretende.

* 1. **Fundamento jurídico**

Indicó que en los términos del artículo 129, inciso 1, de la Ley 142 de 1994, el contrato de servicios públicos solo existe en presencia de dos elementos, cuales son: (i) la determinación de las condiciones uniformes en que ha de prestarse el servicio y (ii) la solicitud que el usuario realiza para recibirlo en un determinado inmueble. El municipio de Santander de Quilichao nunca otorgó el consentimiento para la prestación del servicio de energía eléctrica, por cuanto ya se habían definido los pormenores de la relación contractual en el año 1962, mediante acuerdo entre las partes, en el que se establecieron expresas condiciones para la prestación del servicio y su forma de pago, que no pueden ser desconocidas. Afirmó, en consecuencia, que el contrato de servicios públicos que existe actualmente entre las partes no es otro que el contenido en la escritura pública no. 1572 de 1962; empero, en un claro abuso de su posición dominante, la demandada ha pretendido imponer un contrato de condiciones uniformes, con el que se redefinen las estipulaciones previamente pactadas, por lo que se pretende su nulidad.

Dijo que en los términos del artículo 1602 del Código Civil, el contrato suscrito en 1962 es ley para las partes y no puede ser invalidado sin el consentimiento de estas, por lo cual CEDELCA S.A. está obligada a continuar prestando el servicio público de energía en los términos acordados.

Por ello, afirmó, el contrato de condiciones uniformes de 1997 está viciado de nulidad absoluta, ante la ausencia del consentimiento del ente territorial, requisito indispensable para la formación del acuerdo de voluntades en los términos del artículo 1502 del Código Civil. Además, el artículo 1740 *ibídem* prevé que es nulo todo contrato que falte a alguno de los requisitos que la ley prevé para su validez, por lo que considera que se configuró en este caso la nulidad absoluta del contrato de condiciones uniformes para la prestación del servicio.

Afirmó:

*[N]o es posible el requerimiento por parte del MUNICIPIO a CEDELCA para la prestación del servicio de energía en el año 1997, por la sencilla razón que este ya se venía prestando bajo los condicionamientos dados de común acuerdo mediante la escritura No. 1572 de 1962. El contrato de condiciones uniformes de diciembre 31 de 1997, nace exclusivamente de la empresa CEDELCA sin que haya contado con la participación previa por parte del municipio de solicitar el servicio, así las cosas Cedecla ha venido facturando continuamente los consumos de energía eléctrica de las dependencias municipales con fundamento en el contrato de condiciones uniformes antes mencionado el cual no fue consentido por el municipio y ejecutando cobros por tales conceptos de inmuebles QUE NO SON DE PROPIEDAD DEL MUNICIPIO NI ESTÁN A SU CARGO, violando los preceptos legales entre los cuales se encuentra el artícuo 133 de la Ley 142/94 ABUSO DE LA POSICIÓN DOMINANTE”.*

**2. Contestación de la demanda**

En el término previsto para el efecto, Centrales Eléctricas del Cauca S.A. E.S.P. CEDELCA (fl. 181, c. 1) se opuso a la prosperidad de las pretensiones, por cuanto consideró que el contrato de condiciones uniformes para la prestación del servicio de energía eléctrica no está viciado y, por ello, no puede declararse su nulidad.

Indicó que las acciones suscritas por el municipio demandado en el año 1962 no han generado dividendos, cuestión que es conocida por el ente territorial; por su parte, CEDELCA ha prestado el servicio de alumbrado público, así como el servicio de energía domiciliario al municipio, por lo cual, a marzo de 2003, el actor le adeudaba la suma de $4.373.297.169, que se ha negado a pagarle bajo el argumento de que no le corresponde hacerlo en virtud de lo previsto en la escritura pública de 1572 de 2 de octubre de 1962. No obstante, CEDELCA ha continuado prestándole el servicio.

Afirmó que por virtud de lo dispuesto en la Ley 142 de 1994, ninguna persona puede ser exonerada del pago de los servicio públicos y como no existen dividendos del municipio en su calidad de accionista de CEDELCA, la demandante está llamada a sufragar el valor del servicio recibido. Indicó que la prestación del servicio de alumbrado público le corresponde al municipio en los términos de la Resolución No. 043 de 1995 expedida por la CREG y que el ente actor reconoció la deuda en un acuerdo suscrito con CEDELCA, que luego incumplió.

Afirmó que la escritura pública del año 1962 también contenía unas obligaciones a cargo del municipio que no fueron cumplidas por este y, en todo caso, solo versaba sobre la prestación del servicio de alumbrado público, cuestión bien distinta al servicio público domiciliario de energía eléctrica, de cuyo pago pretende librarse la entidad demandante.

Insistió en que el servicio de alumbrado público debe ser prestado por los entes territoriales y que si bien este puede ser asumido por un particular en virtud de un contrato, el prestador tiene derecho a exigir el pago del valor de la energía que vende, así como de los servicios adicionales que presta, pues no puede hacerlo en forma gratuita por expresa prohibición legal.

Propuso la excepción que denominó *“inexistencia de vicios jurídicos que afecten la naturaleza del contrato de condiciones uniformes del servicio público domiciliario de energía*”, por cuanto consideró que este no tiene causa ni objeto ilícitos, ni fue suscrito con incapaces, ni omitió alguna formalidad de las previstas en la ley para su validez.

**3. La sentencia apelada**

El 22 de marzo de 2007 (fl. 250, c. ppal), el Tribunal Administrativo del Cauca dictó sentencia adversa a las pretensiones.

Como fundamento de su decisión, el Tribunal analizó el alcance de las obligaciones adquiridas por los extremos de la litis por virtud del contrato contenido en la escritura pública 1572 de 1962, que tuvo por objeto hacer al municipio socio de CEDELCA. Estimó que de ellas se deriva la obligación de la empresa de suministrar el servicio de alumbrado público en el municipio de Santander de Quilichao, cuyo destinatario sería la comunidad en general, para lo cual no era necesario el reconocimiento de un determinado suscriptor, esto es, no se requería de un contrato de condiciones uniformes para su prestación.

Afirmó que el servicio de alumbrado público le correspondía prestarlo a la actora dentro de las áreas rurales y urbanas bajo su jurisdicción, quien por haberlo contratado con un tercero, tenía la carga de asumir su pago, en los términos de la Resolución No. 043 de la CREG, que prohibe de forma expresa exonerar de dicho pago al ante territorial.

La prestación del mencionado servicio de alumbrado público no imponía la celebración de un contrato de condiciones uniformes, por lo cual, consideró que en los términos en que fue planteada la demanda, no están en discusión los valores cobrados por tal concepto, sino únicamente los relativos a la prestación del servicio público domiciliario de energía electrica.

Finalmente, en cuanto a la causal de nulidad invocada en la demanda señaló:

*Cuando el municipio de Santander argumenta que no está obligado al pago del servicio de energía domiciliaria porque opone el acuerdo celebrado en 1962 y señala que ha debido de ser excluido del contrato de condiciones uniformes, o que el mencionado contrato que surge para la electrificadora en aplicación de la Ley 142 de 1994, ha debido realizarse con el consentimiento del Alcalde del municipio y que al no tenerse en cuenta implicó una modificación o sustitución del acuerdo de 1962, ello no deja de ser una interpretación literal o exegética del acuerdo, en tanto que el propio municipio reconoció las deudas por la prestación del servicio público domiciliario, lo que explica el pago que realizó el Ministerio de Minas y Energía[[1]](#footnote-1) a favor de la electrificadora.*

*Así las cosas, considera la Sala que no existe la causal de anulación señalada en la demanda, esto es que ha debido el municipio expresar su consentimiento para la aplicación del contrato de condiciones uniformes, realizado por la electrificadora el 31 de diciembre de 1997 puesto que los cobros allí ordenados han surgido en aplicación de disposiciones legales y constitucionales.*

Con fundamento en dichas consideraciones, concluyó que las pretensiones no podían prosperar.

**4. El recurso de apelación**

El 30 de marzo de 2007 (fl. 264, c. 1), el municipio actor interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, el que sustentó así:

Afirmó que el convenio contenido en la escritura pública 1572 de 1962 tenía por objeto regular la prestación de un servicio y su modalidad de pago, que se pactó como una obligación condicional. La condición consistía en la existencia de utilidades, hecho futuro e incierto al que quedó sujeto el pago del servicio, de modo tal que si no existían ganancias en un período determinado, debía satisfacerse la obligación con los réditos del siguiente ejercicio. Por su parte, CEDELCA se obligó con el municipio a prestarle alumbrado público entre las 6 a.m. y las 6 p.m., así como el servicio de energía eléctrica al hospital Francisco de Paula Santander y a las instituciones públicas municipales de educación, con cargo a las mismas utilidades, al tiempo que los excedentes serían reinvertidos en acciones de la electrificadora.

Afirmó que la estipulación de las partes fue clara al señalar que *“el saldo que resultare a favor del municipio se reinvertirá en acciones de CEDELCA por su valor nominal; y, si hubiere saldo en contra este se deferirá para su posterior cancelación con futuras utilidades”,* hecho incierto que fue aceptado por la demandada como condición para el pago del servicio a su cargo.

Además, dijo que al suscribir el contrato de 1962 no existía la Ley 142 de 1994, por lo que deben respetarse los términos de los convenios suscritos antes de su vigencia, que continúan rigiendo la relación entre las partes. Por ello, insistió en que no hubo voluntad de su parte de acogerse al contrato de condiciones uniformes, pues era su intención mantener el pacto de 1962 en lo relativo a la prestación del servicio público de energía eléctrica en las distintas dependencias municipales, centros educativos y en el hospital territorial, así como la forma de pago estipulada.

Demostrado como quedó en el proceso que la empresa demandada no ha generado utilidades, el municipio no está obligado a pagar el servicio en los términos en que se le pretende cobrar, ni ha reconocido tener deuda alguna con CEDELCA, pues este debe ser pagado contra las utilidades futuras que le correspondan como accionista de la referida firma. En efecto, así se lo manifestó el municipio al Ministerio de Minas y Energía en el oficio CA-374 de 26 de junio de 2003, que en modo alguno puede interpretarse como el reconocimiento de un hecho distinto al alegado en el presente proceso en relación con la remuneración de la prestación del servicio. Así, aunque el Ministerio giró recursos a CEDELCA, estipuló al hacerlo que los dineros no podrían ser cobrados luego con cargo a las utilidades a redistribuir por dicha firma.

**5. Alegatos de conclusión**

En esta etapa procesal, CEDELCA S.A. (fl. 301, c. ppal) insistió en la imposibilidad legal de que el servicio de energía eléctrica pueda prestarse de forma gratuita, que sería la situación a presentarse si se acoge la tesis de la actora, pues aunque lleguen a existir utilidades futuras, estas estarían llamadas a enjugar las pérdidas acumuladas de vigencias anteriores y no habría, en todo caso, reparto de utilidades con las cuales cubrir el valor del servicio.

Adujo que el avance normativo en materia de regulación del servicio de energía ha constituido una variación de las circunstancias existentes en el año 1962, cuando se suscribió la escritura pública contentiva del convenio del que pretende beneficiarse la actora, situación que no puede desconocer el municipio actor.

Insistió en que la escritura pública de 1962 solo se refiere al servicio de alumbrado público, no así al servicio domiciliario de energía eléctrica. En diciembre de 2003, el municipio de Santander de Quilichao reconoció, mediante acuerdo expedido por el Concejo municipal, la obligación que tenía con CEDELCA por concepto de la prestación del servicio de energía eléctrica, con lo que reconoció también la variación en las condiciones del contrato y la imposibilidad de beneficiarse en forma gratuita del servicio. Aunado a ello, alegó que la escritura pública de 1962 fue suspendida por el Tribunal Administrativo del Cauca dentro de un proceso judicial promovido por la ahora demandada.

El Ministerio Público encontró demostrado que en 1962 las partes acordaron la forma de pago del servicio de alumbrado público y del servicio de energía domiciliario únicamente para el hospital y los establecimiento educativos, por lo que, en principio, sería procedente analizar la legalidad del contrato de condiciones uniformes para la prestación del servicio de energía únicamente en esas dependencias; sin embargo, dijo que la actora no cumplió con la carga probatoria de acreditar que CEDELCA haya facturado el servicio a las referidas entidades a nombre del ente territorial, ni aparece probado si han cambiado su naturaleza; esto es, no se demostró la existencia de un contrato de condiciones uniformes aplicable en forma específica para dichas dependencias municipales. Concluyó:

*CEDELCA podía válidamente facturar los consumos de las dependencias municipales diferentes al Hospital y los establecimientos de educación, porque el servicio público domiciliario de otros entes no había sido objeto de un acuerdo bilateral previo; y, en cuanto al cobro del servicio en inmuebles que no son propiedad del municipio, no aparece prueba alguna*

En consecuencia, pidió que se confirme la decisión impugnada.

La actora guardó silencio.

1. **CONSIDERACIONES**

**1. Presupuestos procesales de la acción**

**1.1. Jurisdicción y competencia**

El asunto es de aquellos asignados a esta jurisdicción en los términos del artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, por cuanto funge como parte del contrato estatal cuestionado una entidad territorial. El carácter estatal del contrato deviene, en los términos de los artículos 2 y 32 de la Ley 80 de 1993, de la naturaleza de las partes, de modo tal que con independencia del régimen jurídico llamado a regirlo y de sus particulares conotaciones, son estatales todos aquellos en que sea parte una entidad pública, lo que en efecto se verifica en el presente caso.

La Sala es competente para resolver el caso *sub lite* en razón de la naturaleza del asunto y su cuantía, por cuanto se trata de la apelación de una sentencia proferida por un Tribunal Administrativo[[2]](#footnote-2) dentro de una acción de controversias contractuales; a su vez, el Tribunal era competente para conocer del asunto en primera instancia, por cuanto la cuantía del asunto se estimó en la suma de $1.236.862.579, suma superior a 500[[3]](#footnote-3) salarios mínimos legales mensuales del año 2002, en el que fue promovida la demanda.

**1.2. Acción procedente**

La acción procedente para pretender la nulidad de un contrato estatal, así como la correspondiente indemnización de perjuicios, es la de controversias contractuales prevista en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, tal como fue promovida por la parte actora.

**1.3. Legitimación en la causa**

Las partes, como extremos de la relación contractual cuya declaratoria de nulidad se pretende, son las llamadas a integrar los extremos de la controversia.

**1.4. La caducidad de la acción**

Antes de la entrada en vigencia de la reforma introducida por la Ley 446 de 1998[[4]](#footnote-4), el Código Contencioso Administrativo no previó en forma específica un término para promover la acción de nulidad absoluta o relativa de los contratos estatales y se limitó a establecer que las controversias derivadas de ese tipo de asuntos caducan en un término de dos años[[5]](#footnote-5) contados a partir de la ocurrencia de los motivos de hecho y de derecho que les sirven de origen, lo que habían transcurrido entre la época de perfeccionamiento del contrato y la presentación de la demanda.

Sin embargo, el artículo 1742 del Código Civil le otorga competencia al juez del contrato para declarar la nulidad absoluta de los contratos, al tiempo que le impone la obligación de hacerlo de oficio cuando aparece manifiesta en el acto o contrato. Dice la norma:

*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.* –Se resalta–

La Ley 80 de 1993 reafirmó la competencia en mención y la posibilidad de ejercerla oficiosamente al señalar: “Artículo 45º.- De la Nulidad Absoluta. La nulidad absoluta podrá ser alegada por las partes, por el agente del Ministerio Público, por cualquier persona o declarada de oficio, y no es susceptible de saneamiento por ratificación”.

En efecto, se ha sostenido que la facultad oficiosa del juez para declarar la nulidad absoluta del contrato no está sometida al término de caducidad de la acción, en tanto “el ejercicio de una potestad difiere sustancialmente del ejercicio del derecho de acción, por virtud del cual se acude a la jurisdicción para pedir la declaración judicial...”; no obstante, sí se impone la limitación contenida en el artículo 1742 del Código Civil “que prevé el saneamiento de la nulidad por prescripción extraordinaria de 20 años[[6]](#footnote-6), aun cuando la misma se haya generado por objeto o causa ilícitos”[[7]](#footnote-7).

Efectivamente, el citado artículo 1742 dispone que los vicios de nulidad absoluta, diferentes de los de objeto y causa ilícitos, podrán sanearse porratificación. Pero cualquier vicio, entre ellos los excluidos anteriormente para el saneamiento por ratificación, se saneará por prescripción extraordinaria[[8]](#footnote-8).

Ahora, aun cuando la Sala ha sostenido que es posible el pronunciamiento oficioso del juez para declarar la nulidad absoluta del contrato sin consideración al término de caducidad, también precisó que esa posibilidad estaba atada al término de 20 años de prescripción señalado en el artículo 1742 del Código Civil, arriba citado. El límite para el ejercicio de dicha competencia en el *sub lite* es el previsto para el saneamiento de la nulidad por el paso del tiempo, que tiene lugar, conforme a la precitada norma del Código Civil por prescripción extraordinaria, que para el caso particular operaría en un término de 20 años, por tratarse de hechos anteriores a la reducción de dicho término por virtud de la Ley 791 de 2002.

En efecto, para la época de presentación de la demanda y, aún para el momento en que se decide, no operó dicho fenómeno extintivo, por lo que se mantiene la carga del juez para pronunciarse oficiosamente sobre la existencia o no de una causal de nulidad absoluta del contrato, lo que amerita un pronunciamiento de fondo sobre los presupuestos de validez del contrato cuestionado[[9]](#footnote-9).

1. **Problema jurídico**

Para definir el asunto, analizará la Sala, si están presentes en el caso los presupuestos de existencia y validez del contrato, para afirmar, frente a los últimos, si se configuró una causal que imponga su anulación. Para ello deberá analizarse el alcance del contrato suscrito en 1962 de cara a la regulación del servicio expedida en forma posterior, para establecer si aquel fue modificado y, en caso afirmativo, bajo qué consecuencias jurídicas, para determinar, finalmente, si estuvo o no viciado en su formación el contrato de condiciones uniformes de 1997 en lo que respecta al municipio actor y al servicio de energía que en virtud de este reciben las áreas públicas del municipio y las dependencias de la administración local.

1. **Análisis probatorio**
	1. El 2 de octubre de 1962, mediante la escritura pública No. 1572, el municipio de Santander de Quilichao y CEDELCA S.A. pactaron la adquisición por parte del primero de 178.458 acciones de la segunda, a un valor nominal de $10, cada una, cuyo valor pagó mediante la transferencia del dominio sobre la central hidroeléctrica de Mondomo y sus anexidades. También se acordó (fl. 157, c . 1):

*TERCERO. Por su parte CEDELCA se obliga para con el municipio: a) A suministrarle entre las seis (6) de la tarde y las seis (6) de la mañana, el servicio de alumbrado público de la ciudad de Santander y demás dependencias municipales y el servicio de energía permanente del hospital Santander y de los establecimientos de educación municipal a las tarifas que para el efecto del Ministerio de Fomento y* ***con cargo a las utilidades que se liquiden a favor del municipio por el aporte total de las acciones suscritas y pagadas conforme al presente contrato,*** *y además como accionista de CEDELCA. El saldo que resultare a favor del municipio se revertirá en acciones de CEDELCA, por su valor nominal; y,* ***si hubiere saldo en contra éste se deferirá para su posterior cancelación con futuras utilidades.***

* 1. El 31 de diciembre de 1997 (fl. 144, c. 1), CEDELCA S.A. E.S.P. elaboró el contrato de condiciones uniformes para la prestación del servicio público domiciliario de energía eléctrica, con el siguiente objeto:

*[E]l presente contrato tiene por objeto la prestación del servicio público domiciliario de energía eléctrica los usuarios, a cambio de un precio en dinero, que se fijará según las tarifas vigentes, de acuerdo con la asignación del bien al que se le presta el servicio, de acuerdo con las resoluciones sobre tarifas vigentes, y los respectivos consumos registrados en el aparato de medición instalado para el efecto en cada inmueble.*

*(…)*

*Obligaciones del suscriptor. Cancelar oportunamente el servicio de energía mensualmente (…)*

* 1. El 22 de enero de 2003, el “Jefe de la Unidad de Apoyo Contabilidad” hizo constar con destino a este proceso *“que revisados los registros contables en los libros auxiliares a 31 de diciembre de 2002, y actas de Asamblea General de Accionistas durante los períodos posteriores a 1962, se encuentra que Centrales Eléctricas del Cauca S.A. E.S.P. CEDELCA no ha aprobado distribución de utilidades a ninguno de sus accionistas, sino que dichas utilidades amorticen pérdidas de ejercicios anteriores. Por tal razón no existe liquidación de dividendos a favor del municipio de Santander de Quilichao”* (fl. 195, c. 1).
	2. El 4 de diciembre de 2003, el Concejo Municipal de Santander de Quilichao expidió el Acuerdo No. 11 de 2003, por medio del cual adicionó el presupuesto municipal de la vigencia 2003 en la suma de $4.337.794.299, recursos que serían girados por el Gobierno nacional *“para cubrir el monto de la facturación aceptada por el municipio de Santander de Quilichao, con saldo a 30 de junio de 2002 y para el pago de servicio a que se refiere la cláusula tercera de la escritura pública 1572 del 2 de octubre de 1962”.* El acuerdo se expidió bajo las siguientes consideraciones:

*Que la Ley 844 del 17 de octubre de 2003 apropia recursos para el cumplimiento de lo normado en el artículo 107 de la Ley 788 de 2002 para el pago de la deuda por concepto del suministro de energía eléctrica que las entidades territoriales tengan con las Empresas Públicas de Servicios Públicos de Energía con corte a 30 de junio de 2002.*

*Que el municipio mediante oficio remitido al Ministerio de Hacienda y Crédito Público expresó las relaciones contractuales que desde 1962 tiene con la Empresa Centrales Eléctricas del Cauca, CEDELCA S.A. E.S.P.,* ***las cuales le impedían reconocer directamente la deuda por facturación de los servicios de energía a las dependencias municipales así como por el servicio de alumbrado público, no obstante lo anterior el ministerio reconoció pagar la obligación contribuyendo con ello al salvamento del patrimonio económico de los Caucanos****.*

*Que aun cuando el Ministerio de Minas y Energía, se dice que el municipio a* (sic) *reconocido la deuda con la empresa de Energía Eléctrica del Cauca CEDELCA,* ***el municipio lo que ha aceptado es el monto de la facturación con corte a 30 de junio de 2002 por concepto de la prestación del servicio de alumbrado público y suministro de energía,*** *por lo cual se le han asignado recursos por valor de cuatro mil trescientos treinta y siete millones setecientos noventa y cuatro mil doscientos noventa y nueve pesos ($4.337.794.299) moneda legal para el pago de la deuda. –Se resalta–*

La parte resolutiva del acuerdo prevé:

*Artículo tercero: estos recursos que serán girados por el gobierno nacional a Cedelca S.A. E.S.P., cubrirán el monto de la facturación aceptada por el municipio de Santander de Quilichao, con saldo a 30 de junio de 2002 y para el pago del servicio a qué se refiere la cláusula tercera del escritura pública 1572 del 2 de octubre de 1962.*

* 1. En efecto, las Resoluciones Nos. 181726 de 30 de diciembre de 2003 (fl. 238, c. 1) y 180324 de 24 de marzo de 2004, proferidas por el Viceministro de Minas y Energía en cumplimiento de lo previsto en la Ley 788 de 2002[[10]](#footnote-10), distribuyeron los recursos para el pago del capital adeudado por los diferentes municipios a las empresas prestadoras del servicio de energía eléctrica. Consta en ellas la suma que se dispuso entregar a CEDELCA como pago de la deuda por el servicio de energía por parte de diferentes municipios, entre ellos Santander de Quilichao.
	2. Los señores Aldemar Ríos Bermúdez y Néstor Alfonso Prado García, ex alcalde y concejal de Santander de Quilichao, respectivamente (fls. 25 y s.s., c. 2), declararon conocer el contenido de la estipulación tercera de la escritura pública de 1962 tantas veces referida y el contenido del contrato suscrito en aquella oportunidad; también dijeron que no les constan los hechos relativos al contrato de condiciones uniformes que se afirma fue impuesto por CEDELCA.

Por su parte, el testigo Darío Rubio Jiménez (fl. 32, c. 2), jefe de planeación de CEDELCA para la época en que se solicitó su declaración, dio cuenta de las posiciones jurídicas defendidas por las partes en el presente asunto y entregó sus percepciones acerca de la forma en que, a su juicio, deben ser interpretadas las obligaciones de las partes en la presente controversia, cuestión que corresponde a un concepto jurídico del declarante, ajeno además al área de su experticia, y no a su conocimiento directo de hechos que puedan servir de insumos para la decisión del caso.

1. **Análisis de la Sala**

A juicio del municipio actor, el contrato de condiciones uniformes para la prestación del servicio público de energía eléctrica del año 1997 debe anularse, por cuanto no medió en este la voluntad del ente territorial para obligarse en los términos ofrecidos por la entidad prestadora, pues afirma que nunca tuvo la intención de modificar los términos del contrato suscrito entre las mismas partes en el año 1962.

Para la decisión del caso tiene en cuenta la Sala, en primera medida, que tratándose de un contrato suscrito con una empresa de servicios públicos domiciliarios, no está sujeto al estatuto de contratación pública y se rige por las normas del derecho privado y las que regulan en forma específica la prestación del servicio.

En efecto, en su texto original, la Ley 142 de 1994 previó:

*ARTÍCULO 31. CONCORDANCIA CON EL ESTATUTO GENERAL DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta Ley, y que tengan por objeto la prestación de esos servicios, se regirán por el parágrafo 1 del artículo* [*32*](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0080_1993.html#32) *de la Ley 80 de 1993 y por la presente Ley, salvo en lo que la presente Ley disponga otra cosa*

*Las comisiones de regulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y podrán facultar, previa consulta expresa, que se incluyan en los demás. Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos en los que se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa.*

El parágrafo 1 del artículo 32 de la Ley 80 al que remitió la mencionada disposición no es otro que el que contiene el régimen de excepción a la aplicación del estatuto de contratación pública y que originalmente[[11]](#footnote-11) dispuso:

*Sin perjuicio de lo dispuesto en esta ley sobre fiducia y encargo fiduciario, los contratos que celebren los establecimientos de crédito, las compañías de seguro y las demás entidades financieras de carácter estatal, que correspondan al giro ordinario de las actividades propias de su objeto social, no estarán sujetos a las disposiciones del presente estatuto y se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades.*

Para la Sala es claro que la referida remisión normativa tuvo como finalidad hacer extensiva la excepción al régimen general de la contratación pública a los contratos suscritos por las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios en desarrollo de las labores propias de su objeto social. Ello quedó suficiente esclarecido por virtud de la reforma contenida en la Ley 689 de 2001, que modificó la posible ambigüedad de la remisión normativa al disponer:

*Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa.*

*Las Comisiones de Regulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y podrán facultar, previa consulta expresa por parte de las empresas de servicios públicos domiciliarios, que se incluyan en los demás. Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos y contratos en los que se utilicen esas cláusulas y/o se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa. Las Comisiones de Regulación contarán con quince (15) días para responder las solicitudes elevadas por las empresas de servicios públicos domiciliarios sobre la inclusión de las cláusulas excepcionales en los respectivos contratos, transcurrido este término operará el silencio administrativo positivo.*

Por ello, debe analizarse el contrato de condiciones uniformes para la prestación del servicio público de energía eléctrica de 1997, de cara a las disposiciones de las normas específicas que lo regulan y que temporalmente le resulten aplicables y, en forma supletoria, bajo las disposiciones del derecho privado[[12]](#footnote-12).

El Código Civil distingue aquellos vicios derivados de la ausencia de requisitos que la ley prescribe para el valor de ciertos actos y contratos y de aquellos relativos a la calidad o estado de los contratantes, para concluir que las primeras constituyen causales de nulidad absoluta y, las segundas, de nulidad relativa. Así lo prevé:

***ARTICULO 1740. CONCEPTO Y CLASES DE NULIDAD.*** *Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes.*

*La nulidad puede ser absoluta o relativa.*

***ARTICULO 1741. 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.*

Bajo dicho entendido, son causales de nulidad absoluta de los contratos: (i) el objeto ilícito, (ii) la causa ilícita, (iii) la incapacidad absoluta y (iv) la ausencia de algún requisito o formalidad previsto en la ley para el valor de los actos contratos, en razón de su naturaleza.

Por su parte, el artículo 1502 del Código Civil prevé los requisitos generales de validez de los contratos en los siguientes términos:

*ARTICULO 1502. REQUISITOS PARA OBLIGARSE. Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario:*

*1o.) que sea legalmente capaz.*

*2o.) que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio.*

*3o.) que recaiga sobre un objeto lícito.*

*4o.) que tenga una causa lícita.*

*La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra.*

A simple vista se aprecia que dichos requisitos generales coinciden, casi en forma plena, con las causales de nulidad absoluta que su ausencia genera; sin embargo, se verifican dos distinciones fundamentales entre uno y otro tipo de vicio.

La primera, correspondiente a la capacidad de los contratantes, cuya ausencia total se reputa como una nulidad absoluta, mientras que la incapacidad relativa solo da lugar a una nulidad también relativa. La segunda y que interesa para la decisión del caso, corresponde al consentimiento, por cuanto sus vicios, entendidos como el error, la fuerza y el dolo, en los términos del artículo 1508 y siguientes del Código Civil, son nulidades relativas. Empero, la ausencia total de consentimiento no corresponde a la existencia de alguna circunstancia correspondiente al estado o calidad de quien se obliga, sino a un requisito indispensable para la concreción del contrato.

En efecto, no es entonces equiparable la ausencia plena de consentimiento, en ausencia del cual no se reputa perfecto el contrato, a la existencia de un vicio en su formación, bajo el entendido que lo primero se constituye en causal de nulidad absoluta y lo segundo en causal de nulidad relativa.

En claro lo anterior, pasa la Sala a verificar si el municipio de Santander de Quilichao consintió o no el contrato de condiciones uniformes para la prestación del servicio de energía con CEDELCA.

La Ley 142 de 1994, por la cual *“se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones”*, aplicable, entre otros, al servicio de energía eléctrica, estaba vigente en la época en que tuvo lugar el contrato de condiciones uniformes cuestionado y radicó en cabeza de los municipios la obligación de asegurar la prestación eficiente de dichos servicios dentro de sus correspondientes comprensiones territoriales, inclusive como directos prestadores en los eventos previstos en la ley[[13]](#footnote-13).

La ley en comento también definió el contrato de servicios públicos como un acuerdo consensual, en virtud del cual una empresa presta a un usuario el servicio requerido a cambio de un precio, conforme a estipulaciones previstas para ser ofrecidas a muchos usuarios determinados; empero, no restringe la posibilidad de pactar cláusulas especiales con algunos de ellos. Así lo prevé:

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

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

También reguló en forma expresa la forma en que se entiende celebrado el contrato, que regido generalmente por disposiciones comunes para todos los usuarios, tal como se explicó, se constituye normalmente en uno de mera adhesión para el usuario, quien no concurre en la redacción de las cláusulas que le son propias. En tales condiciones, el contrato se reputa perfeccionado, en los términos legales, a partir de que el prestador define las condiciones en que ofrece el servicio y el usuario adhiere a estas, lo que ocurre a través de la solicitud de prestación del servicio, bajo el presupuesto de que el inmueble se encuentre en las condiciones previstas para recibirlo. Dice la ley:

*Artículo  129. Celebración del contrato. Existe contrato de servicios públicos desde que la empresa define las condiciones uniformes en las que está dispuesta a prestar el servicio y el propietario, o quien utiliza un inmueble determinado, solicita recibir allí el servicio, si el solicitante y el inmueble se encuentran en las condiciones previstas por la empresa.*

Así las cosas, el contrato de servicios públicos domiciliarios se reputa existente con el acuerdo de voluntades de las partes, sin que sea un requisito *ad substantiam actus* el escrito que lo contenga otorgado por las partes, por razón de la dificultad práctica que ello entrañaría en atención a que se celebran forma masiva y constante, con gran número de usuarios. Por ello, la ley previó unas precisas condiciones para que se entienda otorgado el consentimiento en este tipo de eventos, siendo estas: (i) la previa definición de la condiciones por parte de la empresa y (ii) la solicitud del servicio por parte de quien a partir de ese momento se reputa como suscriptor. Esto por supuesto sujeto a que (iii) el inmueble se encuentre en las condiciones fijadas por la empresa para recibir el servicio.

Para la Sala, aunque el cuestionamiento de legalidad del contrato se funda en la presunta ausencia de consentimiento frente a este, no existe duda con respecto a que el ente territorial solicitó la prestación del servicio público a CEDELCA a partir del mismo momento en que le hizo entrega de la central hidroeléctrica de Mondomo, con lo cual quedó en imposibilidad de producir su propia energía y pasó a ser socio de dicha empresa. En efecto, en el mismo acto de transferencia de la planta solicitó la prestación del servicio domiciliario a algunas de sus dependencias territoriales, que reconocen las partes se ha facilitado desde aquella época al ente territorial, así como del servicio de alumbrado público. De igual manera, reconocen los extremos procesales conocer el contrato de condiciones uniformes de 1997 y sus estipulaciones, al tiempo que no ha existido manifestación por parte del ente territorial para suspender la prestación del servicio o dejar de recibirlo en forma definitiva.

Para entender lo anterior no puede pasarse por alto que la prestación del servicio del demandado al demandante no surgió en 1997, sino en 1962, esto es, el servicio ya se venía prestando, por lo que la solicitud del mismo se dio en el segundo de los referidos años, sin que hasta la época de la demanda hubiera cesado la voluntad y necesidad del ente territorial de beneficiarse de este.

De acuerdo con lo expuesto, para la Sala es claro que en el presente evento concurren (i) el ánimo de CEDELCA S.A. de prestar el servicio al municipio y (ii) la voluntad de este de beneficiarse del mismo, por lo cual no le cabe duda a la Sala de que sí se configuraron los presupuestos de existencia del contrato para la prestación del servicio público, demostrado como está que la solicitud para recibirlo por parte del ente territorial data del momento mismo en el que transfirió a CEDELCA el dominio sobre la central hidroeléctrica de Mondomo, por lo que *ab initio* no se aprecian razones para la prosperidad del cargo de nulidad absoluta, en tanto y en cuanto se funda en la ausencia total de consentimiento frente al actual contrato que rige la prestación del servicio.

Por supuesto, lo que cuestiona el municipio de Santander de Quilichao no es su intención de recibir el servicio, la que aparece patente a lo largo del proceso, sino la inexistencia de voluntad de modificar lo pactado en 1962 en relación con su forma de pago, pues afirma que esa fue la intención de CEDELCA en virtud del contrato de condiciones uniformes de 1997, con el que pretendió desconocer lo previamente estipulado.

El artículo 132 de la Ley 142 de 1994, que dispone cuál ha de ser el régimen de dichos contratos y deja a salvo las estipulaciones especiales de las partes, que por disposición legal prevalecen sobre el contrato de condiciones uniformes. Dice la norma:

*Artículo  132. Régimen legal del contrato de servicios públicos. El contrato de servicios públicos se regirá por lo dispuesto en esta Ley, por las condiciones especiales que se pacten con los usuarios, por las condiciones uniformes que señalen las empresas de servicios públicos, y por las normas del Código de Comercio y del Código Civil.*

*Cuando haya conflicto entre las condiciones uniformes y las condiciones especiales, se preferirán éstas. Al definir los efectos fiscales del contrato de servicios públicos, se tendrá en cuenta que, a pesar de tener condiciones uniformes, resulta celebrado con cada usuario en particular. –Se resalta–*

De este modo, el contrato de condiciones uniformes no tiene, en principio, la virtualidad de extinguir los pactos específicos entre las partes del contrato de prestación de servicios públicos domiciliarios, sino que rige la relación prestador – usuario en aquellas materias que no han sido objeto de una especial regulación por ellas. Sin embargo, es preciso analizar los efectos que para la relación jurídica entre las partes tuvo la regulación de los servicios públicos derivada de la Constitución de 1991 y demás normas que desarrollan sus postulados.

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

Esa concepción constitucional tuvo su desarrollo en las Leyes 142 y 143 de 1994. La primera de ellas, en el artículo 34 prohíbe a las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios las prácticas discriminatorias, abusivas y restrictivas, en particular, la *“prestación gratuita o a precios o tarifas inferiores al costo, de servicios adicionales a los que contempla la tarifa”* (artículo 34.2); por su parte, la Ley 143 de 1994 impone el deber a las autoridades públicas de apropiar los recursos pertinentes para el pago de los servicios de electricidad, so pena de sanciones[[14]](#footnote-14).

Esas mismas cargas, se reprodujeron el artículo 7 de la Resolución 043 de 1995 de la Comisión de Regulación de Energía y Gas[[15]](#footnote-15); igualmente, el artículo 10 de la citada resolución dispone el respeto de los convenios que se hubieren celebrado con entidades territoriales que se encuentren vigentes, pero siempre que no contradigan las normas aplicables a la materia[[16]](#footnote-16) e impuso en forma imperativa la adecuación de los mecanismos administrativos de las empresas a estas nuevas regulaciones.

En ese orden, es preciso advertir que estipulaciones como la contenida en la cláusula tercera del contrato suscrito entre las partes en 1962, respecto de la forma de pago del servicio, quedaron llamadas a atemperarse a las nuevas exigencias del régimen de competencia de los servicios públicos domiciliarios. Permitir que una empresa preste el servicio sin ningún tipo de remuneración como lo supone la realidad contractual cuya prevalencia se pretende pone en riesgo la prestación misma del servicio y rompe el esquema de competencia de los servicios públicos impuesto por la nueva normatividad[[17]](#footnote-17).

En efecto, con independencia de que el ejercicio negativo en que se ha mantenido la empresa actora, el cual bien puede atribuírsele[[18]](#footnote-18), lo cierto es que se muestra como una constante a lo largo de la ejecución contractual, frente a la cual el ordenamiento jurídico respondió con una lógica de competencia y de prohibición de gratuidad, que impuso la adecuación a esas nuevas necesidades y realidades del servicio público. En ese orden, aunque la estipulación contractual respecto de la forma de pago pactada en 1962 carece de reproche jurídico, lo cierto es que la realidad de su ejecución contractual era insostenible, hasta el punto de poner en riesgo la prestación del servicio, situación que en forma evidente contraría los postulados de las Leyes 142 y 143 de 1994, por lo que era preciso ajustarla, en los términos del artículo 10 de la Resolución 043 de 1995 de la CREG por la cual se reguló el cobro del servicio que prestan las empresas de servicios públicos a los municipios por el servicio de energía eléctrica, que solo dejó a salvo los pactos previos que no resulten contrarios a lo previsto por el nuevo ordenamiento de servicios públicos, al que claramente se opone la prestación del servicio sin remuneración periódica y al deber de facturar y cobrar el servicio en lapsos que permitan la sostenibilidad de su prestación[[19]](#footnote-19).

Ya en forma más reciente, la Resolución No. 123 de 2011 de la CREG[[20]](#footnote-20) estipuló, sin dubitación, que los municipios deben someterse a los procedimientos que para el pago del servicio tenga previsto el prestador, incluidos los plazos de vencimientos de la facturación, al tiempo que previó que cualquier estipulación sobre la forma de pago también queda sujeta a las disposiciones legales vigentes.

En esos términos, el contrato de condiciones uniformes para la prestación del servicio debía incorporar, como lo hizo, las disposiciones para ajustar la forma de pago del servicio a la nueva regulación vigente, para lo cual, por tratarse de una dispoción imperativa y de órden público, no se requería el consentimiento del usuario, quien también quedó sujeto a las nuevas normas que regularon, entre otros aspectos, el pago del servicio como asunto de interés general.

En prueba irrefutable de ello se constituye el pago realizado en el año 2003 por concepto de la prestación del servicio público con ocasión de recursos dispuestos para ello por la Nación en virtud de una disposición legal, por virtud del cual y por disposición del Gobierno Nacional se pagaron $4.337.794.299 como remuneración por el servicio de energía eléctrica prestado por CEDELCA hasta junio del año 2002, hecho indicativo de que con independencia de las posiciones jurídicas de las partes, el servicio debía pagarse por lo que desde la administración central se dispuso lo necesario para ello, con el fin de mantener los postulados de la Ley 142 de 1994, no solo en el municipio demandante, sino en varios de ellos que a nivel nacional presentaban mora en la satisfacción de ese tipo de obligaciones.

En cuanto al servicio público domiciliario de suministro de energía eléctrica, de la misma manera en que la Resolución 043 de 1995 dispuso la necesidad de ajustar las relaciones contractuales a la nueva regulación legal, la Resolución 108 de 1997[[21]](#footnote-21), también expedida por la Comisión de Regulación de Energía y Gas prevé la obligatoriedad del pago del servicio *“en los términos definidos por la ley y el contrato”*, de modo tal que incorporó las disposiciones legales a los acuerdo de voluntades vigentes y futuros para la prestación del servicio.

Así las cosas, la Sala no aprecia una ilegal modificación unilateral del contrato de 1962, sino la expedición, por parte de CEDELCA, en las condiciones previstas en la ley, de las condiciones generales llamadas a regir la prestación del servicio a partir de la nueva regulación legal, lo que en modo alguno permite señalar la existencia de algún vicio en la formación del contrato de condiciones uniformes, por lo que el cargo único de la demanda no está llamado a prosperar.

**5. Costas**

No hay lugar a condena en costas, debido a que no se evidencia en el caso concreto actuación temeraria de ninguna de las partes, condición exigida por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 para que se proceda a imponerlas.

1. **DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera –Subsección “B”-, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la constitución y la ley,

**FALLA**

**PRIMERO.** CONFIRMARla sentencia de 22 de marzo de 2007, por medio de la cual el Tribunal Administrativo del Cauca negó las pretensiones de la demanda.

**SEGUNDO**. Sin costas.

**TERCERO.** En firme esta providencia devuélvase el expediente al tribunal de origen.

**NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE**

**STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO DANILO ROJAS BETANCOURTH**

 Magistrada Magistrado

 Aclara voto

**RAMIRO PAZOS GUERRERO**

Presidente

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN B**

**Consejero ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO**

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

**Radicación número: 19001-23-31-000-2002-01234-01(34055)**

**Actor: MUNICIPIO DE SANTANDER DE QUILICHAO**

**Demandado: CENTRALES ELÉCTRICAS DEL CAUCA CEDELCA S.A.**

**Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES**

**ACLARACIÓN DE VOTO DE LA MAGISTRADA STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO**

De conformidad con el num. 7 del art. 33 del Reglamento Interno del Consejo de Estado -Acuerdo n.° 58 de 1999, modificado por el art. 1 del Acuerdo n.° 35 de 2001-, procedo a consignar las razones por las cuales aclaro mi voto favorable a la providencia de la referencia.

El motivo de pronunciamiento es porque, a mi juicio, los asuntos correspondientes a los expedientes 34225 y 34055 han debido acumularse en tanto mediante acción de controversias contractuales las mismas partes, entre otros aspectos, pretenden determinar la normatividad aplicable a la prestación del servicio de energía eléctrica en el municipio de Santander de Quilichao por parte de Centrales Eléctricas del Cauca S. A. E.S.P. (CEDELCA). Lo anterior si se considera que, en el proceso identificado con el número **34225,** CEDELCA pretende principalmente que se declare la nulidad absoluta del contrato contenido en escritura pública 1572 del 2 de octubre de 1962 celebrado con el municipio demandado, al tiempo que aboga por el pago del servicio de energía eléctrica prestado. Mientras que en el expediente **34055** el municipio antes referido busca que se declare la nulidad absoluta del contrato de condiciones uniformes del año 1997, pues considera que le fue impuesto por CEDELCA, desatendiendo las condiciones previamente pactadas de común acuerdo en el contrato del 2 de octubre de 1962, para la prestación del servicio de alumbrado público en el municipio y el servicio domiciliario de energía eléctrica.

Lo expuesto en consideración al principio de economía procesal y en aras de garantizar la igualdad en la decisión para casos similares. Sobre el punto, el Código de Procedimiento Civil, vigente para la época de presentación de las demandas, señalaba:

*ARTÍCULO 157.* ***PROCEDENCIA DE LA ACUMULACION.*** *-Artículo modificado por el artículo 1, numeral 88 del Decreto 2282 de 1989. El nuevo texto es el siguiente:> Podrán acumularse dos o más procesos especiales de igual procedimiento o dos o más ordinarios\*, a petición de quien sea parte en cualquiera de ellos, siempre que se encuentren en la misma instancia:*

*1. Cuando las pretensiones formuladas habrían podido acumularse en la misma demanda.*

*2. Cuando el demandado sea el mismo y las excepciones propuestas se fundamenten en los mismos hechos, salvo que aquéllas tengan el carácter de previas.*

*3. Cuando existan varios procesos de ejecución en los cuales se persiga exclusivamente la misma cosa hipotecada o dada en prenda.*

*4. cuando en los procesos de que trata el numeral anterior, todos los acreedores que hayan concurrido convengan en que se acumulen a un ejecutivo quirografario que contra el mismo deudor se adelante por otros acreedores”.*

En efecto, como ya se enunció, los asuntos antes relacionados, además de la conexidad de pretensiones se servían de las mismas pruebas en cuanto la controversia, además se suscitó entre las mismas partes, pues el municipio de Santander de Quilichao y CEDELCA son demandantes y demandados recíprocos.

Fecha *ut supra.*

**STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO**

**Magistrada**

1. Tuvo por demostrada la existencia del referido pago. [↑](#footnote-ref-1)
2. Código Contencioso Administrativo, artículo 129. *“El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los Tribunales Administrativos (…)”.* [↑](#footnote-ref-2)
3. El recurso de apelación fue promovido el 30 de marzo de 2007, en vigencia de la Ley 446 de 1998. [↑](#footnote-ref-3)
4. El contrato de condiciones uniformes para la prestación del servicio público de energía eléctrica cuya nulidad se pretende data del 31 de diciembre de 1997, época en la cual no se había expedido ni entrado en vigencia la Ley 446 de 1998, por lo que esta no rige la situación particular de dicho contrato, en atención a lo previsto en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, lo atinente a su nulidad debe regirse por las normas vigentes al momento del perfeccionamiento del contrato. [↑](#footnote-ref-4)
5. Las relativas a contratos caducarán en dos (2) años de ocurridos los motivos de hecho o de derecho que le sirvan de fundamento. [↑](#footnote-ref-5)
6. Cita original: *“Se precisa que si bien es cierto que la ley 791 de 2002, art. 1, redujo estos términos a 10 años, la misma no es aplicable al caso que se analiza, puesto que el contrato materia de evaluación se celebró con anterioridad a su vigencia”*. La Sala hace suya esa precisión, en tanto resulta aplicable al presente asunto. [↑](#footnote-ref-6)
7. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de julio de 2005, exp. 12.249, M.P. Alier Hernández Enríquez; reiterada por la misma Sección en sentencia del 16 de febrero de 2006, exp. 13.414, M.P. Ramiro Saavedra Becerra. [↑](#footnote-ref-7)
8. En su parte pertinente, la norma prescribe: *“OBLIGACIÓN DE DECLARAR LA NULIDAD ABSOLUTA.**(…) Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria”.* [↑](#footnote-ref-8)
9. Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de septiembre de 2015, exp. 33.139, M.P. Stella Conto Díaz del Castillo. [↑](#footnote-ref-9)
10. Parágrafo 1°. Por una sola vez, el porcentaje restante del treinta por ciento (30%) de los recursos de que trata el inciso primero del presente artículo, descontadas las participaciones a que se refieren los parágrafos segundo y tercero del presente artículo, serán destinados de la siguiente manera:

a) El noventa por ciento (90%) exclusivamente al pago de la deuda vigente a junio 30 de 2002, debidamente reconocida y causada por el suministro de energía eléctrica, incluyendo alumbrado público, a los departamentos y municipios, así como a los centros educativos, a las instituciones de salud, a las empresas de acueducto y de saneamiento básico, que en su totalidad dependan o estén a cargo de dichas entidades territoriales. El monto de los recursos a disponer será certificado por el Ministerio de Minas y Energía con fundamento en la información que presenten las entidades del sector eléctrico. Los recursos podrán ser girados directa mente a los acreedores.

Por su parte, el inciso primero de la norma hace mención a *“El setenta por ciento (70%) de los recursos de que trata el articulo 361 de la Constitución Política, que estén siendo administrados por la Dirección General del Tesoro Nacional y que no hayan sido apropiados en el Fondo Nacional de Regalías a diciembre 31 de 2001, se destinaran en su totalidad y exclusivamente a la financiación de proyectos de inversión dirigidos a cubrir el pasivo pensional de las entidades territoriales, a través del Fondo de Pensiones Territoriales, Fonpet”.*  [↑](#footnote-ref-10)
11. Antes de la reforma introducida por la Ley 1150 de 2007. [↑](#footnote-ref-11)
12. Ley 142 de 1994. *“Artículo  32. Régimen de derecho privado para los actos de las empresas. Salvo en cuanto la Constitución Política o esta Ley dispongan expresamente lo contrario, la constitución, y los actos de todas las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, en lo no dispuesto en esta Ley, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado.*

*La regla precedente se aplicará, inclusive, a las sociedades en las que las entidades públicas sean parte, sin atender al porcentaje que sus aportes representen dentro del capital social, ni a la naturaleza del acto o del derecho que se ejerce. Declarado Exequible Sentencia Corte Constitucional 066 de 1997 (…)”.* [↑](#footnote-ref-12)
13. Ley 142 de 1994. *“Artículo  6º. Prestación directa de servicios por parte de los municipios. Los municipios prestarán directamente los servicios públicos de su competencia, cuando las características técnicas y económicas del servicio, y las conveniencias generales lo permitan y aconsejen, lo cual se entenderá que ocurre en los siguientes casos:*

*6.1. Cuando, habiendo hecho los municipios invitación pública a las empresas de servicios públicos, no haya habido empresa alguna que se ofreciera a prestarlo;*

*6.2. Cuando, no habiendo empresas que se ofrecieran a prestar el servicio, y habiendo hecho los municipios invitación pública a otros municipios, al Departamento del cual hacen parte, a la Nación y a otras personas públicas o privadas para organizar una empresa de servicios públicos que lo preste, no haya habido una respuesta adecuada;*

*6.3. Cuando, aun habiendo empresas deseosas de prestar el servicio, haya estudios aprobados por el Superintendente que demuestren que los costos de prestación directa para el municipio serían inferiores a los de empresas interesadas, y que la calidad y atención para el usuario serían, por lo menos, iguales a las que tales empresas podrían ofrecer. Las Comisiones de Regulación establecerán las metodologías que permitan hacer comparables diferentes costos de prestación de servicios.*

*6.4. Cuando los municipios asuman la prestación directa de un servicio público, la contabilidad general del municipio debe separarse de la que se lleve para la prestación del servicio; y si presta más de un servicio, la de cada uno debe ser independiente de la de los demás. Además, su contabilidad distinguirá entre los ingresos y gastos relacionados con dicha actividad, y las rentas tributarias o no tributarias que obtienen como autoridades políticas, de tal manera que la prestación de los servicios quede sometida a las mismas reglas que serían aplicables a otras entidades prestadoras de servicios públicos.*

*En el evento previsto en el inciso anterior, los municipios y sus autoridades quedarán sujetos, en lo que no sea incompatible con la Constitución o con la ley misma, a todo lo que esta Ley dispone para las empresas y sus administradores y, en especial, a las regulaciones de las Comisiones y al control, inspección, vigilancia y contribuciones de la Superintendencia de servicios públicos y de las Comisiones. Pero los concejos determinarán si se requiere una junta para que el municipio preste directamente los servicios y, en caso afirmativo, ésta estará compuesta como lo dispone el artículo 27 de ésta ley”.* [↑](#footnote-ref-13)
14. Esa disposición prescribe: *“La Nación, las demás entidades territoriales, las entidades descentralizadas de aquéllas y éstas, así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas u órganos que integran la estructura del Estado, en todos los órdenes y niveles, incorporarán en sus respectivos presupuestos apropiaciones suficientes para satisfacer las obligaciones económicas contraídas por el uso del servicio público de electricidad, las cuales se deberán cancelar en las fechas en que se hagan exigibles. // Es deber del Contralor General de la República y de los contralores departamentales, y municipales, según el caso, cerciorarse de que los funcionarios que tienen la responsabilidad de preparar los proyectos de presupuesto, de ejecutar las apropiaciones y de cancelar las obligaciones incorporen y realicen los pagos derivados de ellas. A quienes no lo hagan, se les sancionará en la forma prevista en las normas vigentes, inclusive solicitando su destitución a la autoridad nominadora competente, sin perjuicio de las responsabilidades civil y penal que puedan corresponderles”.* [↑](#footnote-ref-14)
15. Ese artículo señala: *“El municipio se someterá a los procedimientos para los pagos por concepto del servicio público de energía que tenga establecidos la empresa de servicios públicos con quien acuerde el suministro, para los usuarios oficiales. Estos procedimientos incluyen los definidos para los plazos de vencimientos y sanciones por mora en los pagos. // De acuerdo con las Leyes 142 y 143, la Nación, las demás entidades territoriales, las entidades descentralizadas de aquella y éstas, así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas u órganos que integran la estructura del Estado, en todos los órdenes y niveles, incorporarán en sus respectivos presupuestos apropiaciones suficientes para satisfacer las obligaciones económicas contraídas por el uso del servicio de alumbrado público, las cuales se deberán cancelar en las fechas en que se hagan exigibles. // Es deber del Contralor General de la República y de los contralores departamentales y municipales, según el caso, cerciorarse de que los funcionarios que tienen la responsabilidad de preparar los proyectos de presupuesto, de ejecutar apropiaciones y de cancelar las obligaciones, incorporen y realicen los pagos derivados de ellas. A quienes no lo hagan se les sancionará en la forma prevista en las normas vigentes, inclusive solicitando su destitución a la autoridad nominadora competente, sin perjuicio de las responsabilidades civil y penal que puedan corresponderles”.* [↑](#footnote-ref-15)
16. Prescribe el artículo en comento: *“Los municipios y las empresas distribuidoras o comercializadores de energía eléctrica tendrán plazo hasta el 30 de junio de 1996 para adecuar sus mecanismos administrativos de operación, y aplicar la presente resolución. No obstante, las empresas distribuidoras continuarán prestando el servicio en los términos acordados en los convenios que hubieren celebrado con las entidades territoriales que se encuentren vigentes y no resulten contrarias a las disposiciones legales aplicables a esta materia”*. [↑](#footnote-ref-16)
17. Aunque no se pactó una prestación gratuita del servicio, las condiciones propias de la ejecución del contrato han llevado a la imposibilidad de cobrarlo, por virtud de la condición suspensiva que se pactó para la forma de pago, lo que para efectos prácticos equivale a la imposibilidad de cobrar, aunque su hubiera pactado la posibilidad de hacerlo frente a utilidades futuras que tampoco se han presentado hasta la fecha en que las pruebas dan cuenta de lo ocurrido en la relación negocial. [↑](#footnote-ref-17)
18. Está probado que las acciones que detenta el ente territorial en CEDELCA, corresponden al 0.0397697% del total de estas, por lo que no es posible afirmar que ostenta el control sobre las decisiones y políticas de la empresa, esto es, que las decisiones administrativas que han determinado la imposibilidad de repartir utilidades no han dependido de la voluntad del municipio de Santander de Quilichao, ni este ostenta control administrativo de la empresa. (fls. 197, c. 1 y 19, c. 2) [↑](#footnote-ref-18)
19. La Resolución en cita también dispone:

*“ARTICULO 6o. FACTURACIÓN. La empresa distribuidora o comercializadora facturará mensualmente o bimestralmente el servicio de alumbrado público al municipio, de acuerdo con el sistema de facturación que tenga autorizado la empresa suministradora de energía eléctrica.*

*PARÁGRAFO. El municipio está obligado al pago oportuno del suministro de energía eléctrica y en ningún caso habrá lugar a la exoneración del pago, por expresa prohibición legal. La empresa distribuidora o comercializadora y el respectivo municipio podrán acordar modalidades de pago, con sujeción a las disposiciones legales vigentes”.* [↑](#footnote-ref-19)
20. *Artículo 14. Sistema de pago del Suministro. El municipio o distrito se someterá a los procedimientos para los pagos por concepto del servicio público de energía que tenga establecidos la empresa de servicios públicos con quien acuerde el suministro, para los usuarios oficiales. Estos procedimientos incluyen los definidos para los plazos de vencimientos y cobro de intereses por mora en los pagos.*

*Artículo 15. Obligación del pago del suministro. El municipio estará obligado al pago oportuno del suministro de energía eléctrica y en ningún caso habrá lugar a la exoneración del pago, por expresa prohibición legal. Los municipios y distritos podrán acordar con la empresa que suministra la energía eléctrica para el servicio de alumbrado público formas de pago del suministro con sujeción a las disposiciones legales vigentes.* [↑](#footnote-ref-20)
21. *“ARTÍCULO 3º. CRITERIOS GENERALES****.*** *Las relaciones que surgen del contrato de servicios públicos domiciliarios de energía eléctrica y de distribución de gas combustible por red de ductos, se desarrollarán dentro de los principios consagrados en las Leyes* [*142*](http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_0142_1994.htm#1) *y* [*143*](http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_0143_1994.htm#1) *de 1994, y el Decreto* [*1842*](http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/decreto_1842_1991.htm#1) *de 1991, siempre que no contradigan tales leyes, con sujeción a los siguientes criterios generales sobre protección de los derechos de los suscriptores o usuarios de los servicios:*

*(…)*

*10.) De no abuso del derecho. Los derechos originados en razón del contrato de servicios públicos, no podrán ser ejercidos con la intención de causar daño a la otra parte contratante ni con un fin distinto al señalado por las normas.*

*(…)*

*13.) De facturación oportuna. Los suscriptores o usuarios tienen derecho a conocer oportunamente los valores que deban pagar en razón del suministro y los demás servicios inherentes que les sean prestados. Para estos efectos, en los contratos de servicios públicos se estipulará la forma como se entregarán las facturas, con las debidas seguridades en su remisión. Las partes podrán acordar que el envío de la factura se efectúe por medios electrónicos.*

*14.) De obligatoriedad del pago. Los suscriptores o usuarios pagarán, en los términos definidos por la ley y el contrato, las facturas de servicios públicos que les presenten las empresas por la prestación del servicio”.* [↑](#footnote-ref-21)