**NULIDAD DEL CONTRATO - Aplicación - Normas de derecho privado**

Ley 167 de 1941, Código Contencioso Administrativo vigente para la fecha de la celebración del contrato, no regulaba los temas contenciosos contractuales del Estado. Claro está que sí se ocupaba de la revisión de los contratos del orden nacional, departamental y municipal por parte del Consejo de Estado y los tribunales administrativos (artículos 242 a 260). Para ese entonces, la cuestión estaba asignada a la jurisdicción ordinaria, con fundamento en lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 151 de la Constitución Política de 1886 que daba competencia a la Corte Suprema de Justicia respecto de los “negocios contenciosos en que constituyeran litigio entre dos o más departamentos”. (…) En suma, antes de la expedición del Decreto Ley 528 de 1964 las normas procesales aplicables para la solución de los conflictos derivados de los contratos de la administración pública resultaban ser las propias del derecho privado.

**NULIDAD DEL CONTRATO - Cómputo - Prescripción inicia desde el momento de la suscripción del contrato**

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

**NULIDAD DEL CONTRATO - Configuración - Prescripción extraordinaria**

Efectivamente, el citado artículo 1742 dispone que los vicios de nulidad absoluta, diferentes de los de objeto y causa ilícitos, podrán sanearse por ratificación. Pero cualquier vicio, entre ellos los excluidos anteriormente para el saneamiento por ratificación, se saneará por prescripción extraordinaria. 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. En ese orden, como el contrato cuestionado en esa oportunidad fue celebrado el 8 de abril de 1999, es claro que para el momento en que se produjo el fallo de esta Corporación ni siquiera había transcurrido el referido término de prescripción y, por consiguiente, estaba habilitada la potestad oficiosa del juez, como en efecto se hizo. En conclusión, es claro que sobre la pretensión de nulidad absoluta del contrato n.° 1.572 de 1962 se configuró el fenómeno de la prescripción y así habrá que declararlo.

**ACUERDO DE LAS PARTES - Sobre lo reclamado - Efectos vinculantes**

En esos términos, toda vez que con posterioridad a la demanda las partes llegaron a un acuerdo sobre lo reclamado en relación con la prestación del servicio, la controversia se considera jurídicamente superada, a través de un acuerdo que tiene plenos efectos vinculantes y que como lo ha dicho esta Corporación la única forma de desconocerlo es la demostración de vicios del consentimiento , que sólo pueden ser alegados por la parte interesada, tal como lo prescribe el artículo 1743 del Código Civil , en tratándose de nulidades relativas como las que suponen el error, la fuerza y el dolo , disposición que a su vez proscribe que el juez pueda declararlos oficiosamente y ni siquiera puede el Ministerio Público alegarlos. (…) En esos términos, la Sala revocará la sentencia de primera instancia en su numeral segundo, para en su lugar negar las pretensiones de restablecimiento de la demanda, toda vez que las mismas ya se encuentran superadas por acuerdo entre las partes.

**EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO - Alteración - Ecuación contractual - Teoría de la imprevisión**

Frente al desequilibrio contractual, vale la pena recordar que esta Corporación ha precisado que el equilibrio económico del contrato, dado el interés jurídico que con sus efectos pretende tutelar, se encuentra presente en todo tipo de relación negocial que da origen a un vínculo contractual, con independencia del régimen normativo que lo informe. (…) En esos términos, de entrada huelga advertir que la pretensión de revisión del contrato sólo procede cuando las circunstancias imprevistas que afectan la ecuación se han presentado con posterioridad a la suscripción del contrato. Así las cosas, al aterrizar al caso en estudio, en principio, no puede considerarse constitutiva de desequilibrio contractual la dificultad de hacer efectiva la fórmula de pago en los términos pactados en la cláusula tercera del contrato en estudio, toda vez que esa fue la voluntad de las partes en definir la imputación del pago, por lo cual esta fórmula las vincula. (…) Sin embargo, tampoco puede desconocerse que cuando la ejecución misma desborda toda razonabilidad para las partes, como ocurre en el sub lite, en el sentido de incorporar una carga desmedida para una de ellas, como lo es la prestación del servicio por más de 40 años sin ninguna contraprestación económica, se impone la reconducción de la relación jurídica. De lo contrario se pondría en riesgo la prestación misma del servicio público, con el detrimento que ello comportaría para la comunidad y las finanzas públicas. (…) En ese orden, es preciso advertir que las estipulaciones, como la cláusula tercera que aquí se estudia, deben atemperarse a las nuevas exigencias del régimen de competencia de los servicios públicos domiciliarios. Permitir que una empresa preste el servicio sin ningún tipo de remuneración como lo supone la realidad contractual que aquí se pone de manifiesto, pone en riesgo la prestación misma del servicio y rompe el esquema de competencia de los servicios públicos impuesto por la nueva normatividad (…) En consecuencia, la Sala debería confirmar la sentencia impugnada, en el sentido de declarar probado el desequilibrio de la ecuación financiera, para adecuar la estipulación de la cláusula tercera del acuerdo de 1962, que se convirtió en inviable como fórmula de pago, a la nueva normatividad vigente. Sin embargo, como las partes ya procedieron en esa dirección, según da cuenta el contrato de condiciones uniformes cebrado el 31 de diciembre de 1994 (fl. 144, c. 5), se impone revocar la decisión del a quo, en tanto la cuestión ya está superada y, su lugar, negar las pretensiones de la demanda.

**INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO - Indemnización de perjuicios - Procedencia**

De entrada debe recordarse que el pago de los servicios de energía, en los términos de la cláusula tercera, debido a la inexistencia de utilidades, quedaron subsumidos por el acuerdo del 27 de noviembre de 2003 del Municipio demandado, razón por lo cual se remite a lo expuesto sobre el particular en esta providencia. De suerte que no están llamadas a prosperar las pretensiones de incumplimiento y de indemnización de perjuicios solicitadas. (…) En consecuencia, la Sala revocará la sentencia del a quo para, en su lugar, declarar la prescripción de la pretensión de nulidad absoluta del acuerdo de 1962 y negar las demás pretensiones.

**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: 19001-23-31-000-2002-00345-01(34225)**

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

**Demandado: MUNICIPIO DE SANTANDER DE QUILICHAO**

**Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES**

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

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

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

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

*3. Se niegan las demás pretensiones de la demanda.*

*4. Sin costas.*

*5. Por Secretaría, liquídense los gastos del proceso.*

**SÍNTESIS DEL CASO**

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

1. **ANTECEDENTES**

**1. LA DEMANDA**

El 4 de marzo de 2002 (fl. 52, c. ppal), la sociedad Cedelca S.A. E.S.P., en ejercicio de la acción de controversias contractuales, prevista en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, presentó demanda en contra del Municipio de Santander de Quilichao (fls. 38 a 51, 59 a 61 y 91, c. ppal)[[1]](#footnote-1).

**1.1. Síntesis de los hechos**

Las pretensiones se sustentan en la situación fáctica que se resume así (fls. 38 a 46, c. ppal):

1.1.1. El 2 de octubre de 1962, el Municipio de Santander de Quilichao y Centrales Eléctricas del Cauca S.A. E.S.P., en adelante CEDELCA, suscribieron el contrato de prestación del servicio de energía eléctrica, contenido en la Escritura Pública n.° 1572. Por intermedio de esa contratación, la primera suscribió 178.458 acciones de la segunda, con un valor nominal de $10 por cada acción. Para el pago de esas acciones, el Municipio transfirió el dominio y la posesión de la Central Hidroeléctrica de Mondomo, con todas sus anexidades. Ese bien fue avaluado judicialmente y por la Asamblea General de Accionistas de CEDELCA en la suma de $1.784.571.78. El saldo restante del valor de las acciones fue cancelado en dinero.

1.1.2. En la cláusula tercera del mencionado contrato, las partes acordaron que CEDELCA prestaría el servicio de alumbrado y energía eléctrica en el casco Urbano de Santander de Quilichao, las dependencias municipales, el Hospital Francisco de Paula Santander y los establecimientos de educación municipal, entre las seis de la tarde y las seis de la mañana. El servicio se cobraría con base en las tarifas fijadas por el Ministerio de Fomento y con cargo a las utilidades que se liquidaran a favor del Municipio por el aporte total de las acciones suscritas, además de las que llegare a adquirir. En caso de que del último ejercicio resultara un saldo a favor del Municipio se debía reinvertir en acciones de CEDELCA por su valor nominal. Si se presentaba saldo en contra del Municipio, la cancelación de esa parte del pago del servicio se cargaba a las futuras utilidades.

1.1.3. Las acciones suscritas por la parte demandada no han producido dividendos desde 1962, razón por la cual la deuda para con CEDELCA asciende a la suma de $3.195.704.199. La demandada, a pesar de los múltiples requerimientos, se ha negado sistemáticamente al pago de esa deuda, en tanto, a su juicio, no está obligada de acuerdo con lo pactado en la relación contractual descrita y contenida en escritura pública n.° 1.572 del 2 de octubre de 1962.

1.1.4. Al 20 de diciembre de 2000, la Planta Eléctrica de Mondomo estaba avaluada en la suma de $85.400.000 y generaba el 0.45% de la energía que consumía el Municipio demandado. Esas circunstancias, según la demanda, generaron un desequilibrio en la ecuación financiera del contrato suscrito.

1.1.5. De igual manera, la parte actora refirió diferentes incumplimientos del Municipio demandado, tales como el no suministró de las tasas aprobadas para la prestación del servicio de energía, así como la entrega de la documentación exigida por el Sistema de Intercambios Comerciales del Sector Eléctrico. Igualmente, tampoco cumplió con las obras que se comprometió en la cláusula tercera del contrato en estudio. Por último, señaló que a pesar de que el servicio eléctrico para la zona rural no estaba incluido en la Escritura Pública n.° 1.572 de 1962, la actora lo prestó sin que fuera cancelado por el Municipio.

1.1.6. La parte actora advirtió que la ocurrencia del fenómeno del niño, sin precisar sus circunstancias de tiempo, modo y lugar, afectaron la ejecución del contrato, en tanto la prestación del servicio de energía se volvió más onerosa.

1.1.7. El 20 de diciembre de 1999, mediante resolución n.° 009925, la Superintendencia de Servicios Públicos tomó posesión de los negocios, bienes y haberes de la actora, con el fin de llevar a cabo su administración. La anterior decisión se fundamentó en su grave situación económica, por los incumplimientos de sus clientes, así como la destrucción de ciertos bienes necesarios para la producción de energía por parte de grupos al margen de la ley y el incremento de los usuarios finales del servicio, debido a la extensión de la población destinataria del servicio.

**1.2. Las pretensiones**

Con fundamento en los anteriores hechos, la parte actora deprecó las siguientes pretensiones (fls. 46 a 49, 58 a 61 y 91, c. ppal):

*1. Declárese la NULIDAD ABSOLUTA del convenio suscrito en la escritura pública número 1.572 suscrita entre CEDELCA S.A. E.S.P. y el Municipio de Santander de Quilichao el día 2 de octubre de 1962[[2]](#footnote-2).*

*2. Como consecuencia de la declaración de nulidad condénese al Municipio de Santander de Quilichao a pagar a la demandante CENTRALES ELÉCTRICAS DEL CAUSA S.A. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS, las siguientes cantidades líquidas de dinero:*

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

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

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

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

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

*PRIMERA SUBSIDIARIA*

*1. Declárese que en desarrollo del convenio suscrito el dos de octubre de 1962 entre CEDELCA S.A. E.S.P. y el MUNICIPIO DE SANTANDER DE QUILICHAO 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. E.S.P. y el municipio de SANTANDER DE QUILICHAO 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 1994 y en la Constitución Política.*

*3. Como consecuencia de la declaración de revisión* ***y con el fin de restablecer el equilibrio financiero del contrato por el período comprendido entre el 2 de octubre de 1962 y la fecha de presentación de esta demanda****, condénese al Municipio de Santander de Quilichao a pagar a la demandante CENTRALES ELÉCTRICAS DEL CAUCA S.A. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS, las siguientes cantidades líquidas de dinero:*

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

*Por concepto de alumbrado público la suma de* ***DOS MIL OCHOCIENTOS CINCO MILLONES QUINIENTOS DIECISÉIS MIL QUINIENTOS VEINTICUATRO PESOS MCTE ($2.805.516.524)*** *por concepto de Hospital Francisco de Paula Santander y Establecimientos Públicos la suma de* ***QUINIENTOS CINCUENTA Y UN MILLONES CIENTO CINCO MIL TRESCIENTOS DOCE PESOS MCTE ($551.105.312)*** *por parte del Municipio de Santander de Quilichao con los respectivos intereses, a título indemnizatorio.*

*f.* (sic) *El valor de los intereses moratorios, a título indemnizatorio, causados desde el 2 de noviembre de 1962, hasta el día de ejecutoria del fallo definitivo, liquidados sobre la cantidad que arroje la pretensión expresada en el literal precedente.*

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

*d. (sic) Que se condene a la parte demandada a pagar el valor de los gastos procesales.*

*SEGUNDA SUBSIDIARIA*

*1. Declárese la RESOLUCIÓN DEL CONTRATO suscrito en la escritura pública número 1572 suscrito entre CEDELCA S.A. E.S.P. y el municipio de SANTANDER DE QUILICHAO 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 1994 y en la Constitución Política.*

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

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

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

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

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

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

*TERCERA SUBSIDIARIA*

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

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

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

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

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

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

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

**1.3. Concepto de la violación**

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

**2. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

El Municipio de Santander de Quilichao (fls. 76 a 89, c. ppal) señaló que desde la vigencia de la Ley 178 de 1959, esa entidad territorial es accionista de CEDELCA S.A. E.S.P., tal como lo disponía el artículo 10 de la referida ley. Precisó que esas acciones provienen de dos fuentes: una, de la referida Ley 178 y, otra, de la cláusula segunda del contrato contenido en la Escritura Pública n.° 1.572 del 2 de octubre de 1962. En esa dirección, explicó que en los términos de la cláusula tercera del referido contrato, el pago del servicio prestado por CEDELCA tendría como posible fuente el reparto de utilidades de las acciones del Municipio, pero siempre bajo la claridad de que ese ejercicio fuera positivo. Como quiera que el susodicho contrato se encuentra vigente, es preciso estarse a lo pactado en él frente al ejercicio de las utilidades como forma de pago.

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

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

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

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

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

**3. LOS ALEGATOS**

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

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

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

1. **LA SENTENCIA APELADA**

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

*5. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL (…)*

*5.2. Las excepciones propuestas*

*Considera el Tribunal que las excepciones de inepta demanda y caducidad de la acción contractual por el Municipio de Santander de Quilichao no están llamadas a prosperar por cuanto se trata de aspectos que fueron analizados al momento de la admisión de la demanda, encontrándose ajustados a derecho[[3]](#footnote-3).*

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

*5.4. Consideraciones de la Sala (…)*

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

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

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

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

*Por otra parte, la nueva normatividad de servicio públicos domiciliarios (Leyes 142 y 143 de 1994) no sólo modificó la estructura de funcionamiento de la industria eléctrica, sino también el rol del Estado en esta industria, pasando de ser un ente prestador del servicio a asumir el papel de regulador, controlador y supervisor de dicho mercado. Así desde el año de 1991, las empresas del sector eléctrico están sometidas a nuevas condiciones y prioridades, muy diferentes a las que se planteaban para el año de 1962, fecha en que se suscribió el convenio contenido en la Escritura Pública n.° 1572, situación que hace más gravoso el cumplimiento de sus obligaciones con el Municipio de Santander de Quilichao.*

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

1. **SEGUNDA INSTANCIA[[4]](#footnote-4)**

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

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

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

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

(iv) El contrato n.° 1.752 de 1962 está vigente y es válido, hasta el punto que el juez de primera instancia no se pronunció sobre el particular. Además, no contradice la normatividad vigente sobre la prestación de servicios públicos. En efecto, se trata de un contrato oneroso, tal como se entiende de sus estipulaciones, y el artículo 10 de la resolución n.° 043 de 1995 de la CREG prescribió que los contratos celebrados con anterioridad a esa normatividad continuaban vigentes, siempre que no resultaran contrarios a la misma.

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

**IV. CONSIDERACIONES**

**1. PRESUPUESTOS PROCESALES**

**1.1. La jurisdicción, competencia y acción procedente**

Toda vez que dentro de la controversia está demandada una entidad pública, el Municipio de Santander de Quilichao, la misma es de conocimiento de esta jurisdicción. Ahora, esta Corporación es la competente para conocer del presente asunto, toda vez que el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo, subrogado por el artículo 2 del Decreto 597 de 1988 y modificado por el artículo 37 de la Ley 446 de 1998, le asigna el conocimiento en segunda instancia, entre otros asuntos, de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por parte de los tribunales administrativos[[5]](#footnote-5).

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

**1.2. La legitimación en la causa**

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

**1.3. La caducidad**

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

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

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

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

Lo anterior tuvo su desarrollo en el Código de Procedimiento Civil de la época[[6]](#footnote-6) que fijó la competencia de los asuntos contenciosos contractuales y extracontractuales en los jueces ordinarios[[7]](#footnote-7). Ahora, aun cuando el artículo 52 del Acto Legislativo 1 de 1945 suprimió la facultad del numeral 3 del artículo 151 de la Constitución Política de 1886, que servía a su vez como fundamento de la competencia de los jueces ordinarios frente a los temas contractuales, entre otros, la competencia de esos asuntos sólo fue precisada con la expedición del Decreto Ley 528 de 1964, que la radicó en cabeza de la jurisdicción contencioso administrativa[[8]](#footnote-8).

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

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

Ahora, si bien la Sección ha sostenido que la facultad oficiosa del juez para declarar la nulidad absoluta del contrato no está sometida al término de caducidad de la acción, en tanto “*el ejercicio de una potestad difiere sustancialmente del ejercicio del derecho de acción, por virtud del cual se acude a la jurisdicción para pedir la declaración judicial...”;* no obstante, sí se impone la limitación contenida en el artículo 1742 del Código Civil “*que prevé el saneamiento de la nulidad por prescripción extraordinaria de 20 años[[9]](#footnote-9), aún cuando la misma se haya generado por objeto o causa ilícitos”[[10]](#footnote-10).*

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[[11]](#footnote-11).

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. En ese orden, como el contrato cuestionado en esa oportunidad fue celebrado el 8 de abril de 1999, es claro que para el momento en que se produjo el fallo de esta Corporación ni siquiera había transcurrido el referido término de prescripción y, por consiguiente, estaba habilitada la potestad oficiosa del juez, como en efecto se hizo[[12]](#footnote-12).

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

Por último, conviene precisar que en algunos precedentes esta Corporación ha señalado que mientras esté en vigencia el contrato se puede solicitar la nulidad absoluta del mismo. Efectivamente, en reciente oportunidad, la Subsección C, sostuvo[[13]](#footnote-13):

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

*En efecto, esta Sección sobre el particular puntualizó:*

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

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

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

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

*“(…)”[[14]](#footnote-14)*

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

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

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

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

*Así las cosas, tiene sentido verificar la ocurrencia o no del término de caducidad cuando se solicita la nulidad absoluta del contrato estatal en aquellos supuestos en que el vicio se materializa desde el mismo momento de la celebración del negocio jurídico, pero no ocurre igual en aquellas situaciones en las que la posible irregularidad se desprende de la promulgación o expedición de una norma que revistiendo superioridad jerárquica al contrato puede llegar a afectarlo, hipótesis esta última que lejos de poder ser asimilada a la primera, requiere una interpretación armónica de las disposiciones legales sobre caducidad, en aras de garantizar al máximo el respeto por los cánones constitucionales.*

*En consecuencia, la caducidad en el caso concreto no ha operado por la sencilla pero potísima razón de que el contrato estatal se mantiene en ejecución y, por lo tanto, no se ha producido su terminación, momento éste desde el que, de haber acaecido, habría lugar a verificar el cómputo del plazo respectivo.*

En esta oportunidad, la Sala no comparte el anterior entendimiento por las razones que pasan a exponerse: (i) no se trata de una posición unánime ni unificada; (ii) el inicio del cómputo de la caducidad de la acción frente a la pretensión de nulidad absoluta tiene un punto de partida, que no puede ser otro que el momento de la suscripción del contrato, en tanto ese es el momento en que se configura el vicio. Circunscribirlo a la terminación o liquidación supondría desconocer las normas del Código Contencioso Administrativo que señalan que la caducidad de la acción contractual se cuenta desde la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho, que por regla general corresponde a la suscripción del contrato en materia de nulidad absoluta, y, además, dejar sin efectos la prescripción aquí explicada.

Finalmente, (iii) es posible, como se advierte en el precedente citado, que se compute la caducidad de forma distinta en relación con las normas superiores sobrevinientes, pero siempre como una excepción a la regla general anunciada. En el *sub lite* se cuestiona la cláusula tercera, que en sí misma no supone una gratuidad, sino que se deriva de su ejecución. En consecuencia, no se trata de un vicio de nulidad absoluta sobreviniente en estricto sentido, razón por la cual tampoco puede aplicarse la excepción del cómputo de caducidad referida en el precedente, sin perjuicio de que los efectos de la referida cláusula se analicen con el fondo de las demás pretensiones subsidiarias.

Debe advertirse que si bien la Subsección A en reciente providencia abordó una problemática similar a la aquí cuestionada, en donde se declaró no probada la caducidad de la acción, en tanto estimó que se trató de la formulación de un cargo de nulidad absoluta sobreviniente que se concretó el 31 de enero de 1997, fecha límite para ajustar los contratos de condiciones uniformes a la nueva normatividad de servicios públicos domiciliarios, en línea con lo dispuesto por la CREG en las resoluciones n.° 043 de 1995 y 1996, la Sala se aparta de ese entendimiento, por lo ya expuesto y, además, porque se aplicó el término de caducidad contemplado en el artículo 55 de la Ley 80 de 1993, que se reservó para controversias de responsabilidad contractual, al referir a la *“acción civil que se deriva de las acciones y omisiones a que refieren los artículos 50, 52 y 53 de esta ley prescribirá en el término de veinte (20) años”*, pero no así para temas de nulidad absoluta[[17]](#footnote-17).

De otro lado, precisa señalar que el pronunciamiento sobre la referida excepción se hace oficiosamente, en tanto en primera instancia no se pronunciaron al respecto. Lo anterior es posible por cuanto se trata de un presupuesto procesal necesario para definir los puntos sobre los cuales el juez puede pronunciarse de fondo frente a la *litis* planteada[[18]](#footnote-18). Por esa misma razón, la segunda instancia conserva la facultad oficiosa de revisar la caducidad o la prescripción, en la medida que no se vulnere el principio de la *no reformatio in pejus*. Ese principio, no se afecta en el *sub lite*, en tanto la declaratoria de prescripción de la pretensión de anulación absoluta del contrato en estudio no varía *per se* la sentencia de primera instancia frente a la declaratoria de desequilibrio contenida en ella. Cosa distinta es que se pueda variar al analizar ese punto de fondo, habida cuenta de que fue objeto de apelación.

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

(i) *Que no se resuelva en primera instancia sobre el presupuesto procesal*. En este supuesto, el juez *ad quem* conserva la facultad oficiosa para declarar no satisfecho el respectivo presupuesto procesal, así no haya sido objeto de la apelación, sin que ello comporte la violación del principio de la *no* *reformatio in pejus*, según lo contempla el artículo 164 del Código Contencioso Administrativo cuando prevé que “*el silencio del inferior no impedirá que el superior estudie y decida todas las excepciones de fondo, propuestas o no, sin perjuicio de la reformatio in pejus*”, esto es, el *ad quem* debe verificar que todos los presupuestos procesales se cumplan[[19]](#footnote-19), en tanto tales presupuestos son necesarios para un pronunciamiento de fondo y si no están cumplidos mal haría la segunda instancia en confirmar una decisión que resuelve de fondo la cuestión, cuando ello era improcedente.

(ii) Que se resuelva en primera instancia sobre el presupuesto procesal en el sentido de declararlo cumplido, pero realmente está incumplido. En ese hipotético, aun cuando el objeto de la apelación no se concrete en ese particular, como cuando solo apela la parte actora para que se aumente la condena, el juez *ad quem* conserva la facultad oficiosa para estudiar nuevamente el presupuesto procesal, en tanto como se dijo en el hipotético anterior, mal haría el juez en avalar una decisión de fondo, cuando esta resultaba improcedente, como lo ha precisado la Sala en anterior oportunidad[[20]](#footnote-20).

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

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

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

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

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

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

**2. EL PROBLEMA JURÍDICO**

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

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

**3. EL CASO CONCRETO**

**3.1. De los hechos probados**

Es dable aclarar que las pruebas documentales que aquí se citan y analizan fueron aportadas y decretadas en las oportunidades procesales correspondientes; además, los documentos que obran en copia simple y auténtica, es posible valorarlos en los términos de la jurisprudencia de esta Sección[[21]](#footnote-21).

Vale precisar que los hechos probados relacionados en los numerales 3.1.5 a 3.1.14. de esta providencia, se extraen de los documentos aportados por la parte actora durante la audiencia de conciliación judicial realizada ante el *a quo* el 26 de julio de 2004 (fls. 186 a 188, c. ppal). En esa oportunidad, participó, además del magistrado ponente, la contraparte y el Ministerio Público. En esos términos, se trata de medios de prueba conocidos por las partes y allegados al proceso durante una actuación procesal admitida legalmente[[22]](#footnote-22). En consecuencia, se valorarán sin otra consideración.

De todo ese conjunto probatorio se tiene:

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

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

*PRIMERO.- Que el compareciente GILBERTO TRUJILLO V., obra en el otorgamiento de esta escritura en su carácter de Personero Municipal de Santander y en ejercicio de la autorización a él conferida por el Acuerdo n.° 2 de abril de 1962, providencia declarada exequible por la Gobernación del Departamento del Cauca el día 13 de abril del citado año, parte que en adelante se denominará EL MUNICIPIO; y que el compareciente IRAGORRI HORMAZA obra en el otorgamiento de este instrumento en su carácter de Gerente Primer Suplente en ejercicio de Centrales Eléctricas del Cauca S.A. Cedelca persona jurídica domiciliada en Popayán, constituida por escritura número setecientos cuarenta y cuatro (744) de treinta y uno (31) de marzo de mil novecientos cincuenta y cinco (1955) de la Notaría Quinta del Circuito de Bogotá, y autorizada para iniciar operaciones por Resolución n.° 824 de 26 de agosto de 1955 de la Superintendencia de Sociedades Anónimas, y debidamente facturado por la Junta Directiva de la mencionada Compañía mediante proposición aprobada en su reunión verificada en Popayán el día 31 de agosto de 1962, parte para los efectos de este contrato se denominará CEDELCA. SEGUNDO.- Que en el carácter ya dicho proceden a formalizar el convenio jurídico que a continuación se determina: a) EL MUNICIPIO suscribe ciento setenta y ocho mil cuatrocientos cincuenta y ocho (178.458) acciones de CEDELCA de valor nominal de diez pesos ($10) cada una, títulos nominativos que paga, transfiriendo, como en efecto transfiere a CEDELCA, en representación del MUNICIPIO, el dominio y la posesión que este tiene actualmente radicados en la Central Hidroeléctrica de Mondomo, jurisdicción del Municipio de Santander (Cauca), planta integrada por: canal, túnel, represa, desarenador, tanque de presión, tubería, edificios, maquinarias, línea de transmisión, redes de distribución, terrenos y demás anexidades y dependencia de dicha Central Hidroeléctrica, bienes avaluados judicialmente, y por la Asamblea General de Accionistas de Cedelca, según documentos que luego se agregan al protocolo, en la cantidad de un millón setecientos ochenta y cuatro mil quinientos setenta y un pesos con setenta y ocho centavos ($1.784.571.78) moneda corriente, y el resto en dinero. TERCERO.- Por su parte CEDELCA se obliga para con el MUNICIPIO: a) A suministrarle, entre las seis (6) de la tarde y las seis (6) de la mañana, el servicio de alumbrado público de la ciudad de Santander y demás dependencias municipales y el servicio de energía permanente del Hospital “Francisco de Paula Santander” y de los establecimientos de educación municipales a las tarifas que para el efecto fije el Ministerio de Fomento y con cargo a las utilidades que se liquiden a favor del Municipio por el aporte total de las acciones suscritas y pagadas conforme al presente contrato, y demás que el Municipio de Santander posea como accionista de CEDELCA. El saldo que resultare a favor del Municipio se reinvertirá en acciones de CEDELCA por su valor nominal; y, si hubiere saldo en contra de éste se deferirá para su posterior cancelación con futuras utilidades. PARÁGRAFO.- Es entendido que el Municipio debe suministrar y reponer oportunamente toda la bombillería necesaria y adecuada, para poder utilizar el servicio de alumbrado a que se refiere este punto. b) A efectuar las reparaciones indispensables a la Central Hidroeléctrica de Mondomo para obtener que se preste un servicio ininterrumpido y eficiente. c) A efectuar por su cuenta todos los trabajos relacionados con la unificación y rectificación de redes de transmisión y distribución, de acuerdo con planes aprobados por el Instituto de Aprovechamiento de Aguas y Fomento Eléctrico, trabajos que se efectuarán en un plazo máximo de tres (3) años contaderos a partir de la fecha en que se haga entrega a CEDELCA de la Hidroeléctrica de Mondomo. D) A completar la red en el sector urbano de la ciudad de Santander, incluyendo la línea neutra que falta para independizar el alumbrado público, de manera que el servicio de alumbrado pueda efectuarse de las (6) de la tarde a las seis (6) de la mañana. e) A interconectar la Central Hidroeléctrica de Mondomo con las de Ovejas, Asnazú y Río Palo, a fin de garantizar eficiente servicio tanto a los suscriptores del Municipio de Santander como de otras localidades del Norte del Departamento. f) A efectuar estudios tendientes a la electrificación rural para ser realizados tan pronto como haya generación suficiente de energía y lo permitan los recursos financieros de la Empresa. CUARTO. Que los linderos de los inmuebles integrantes de la Central Hidroeléctrica de Mondomo en donde está construida la obra civil y los edificios de dicha central, son los siguientes* [se describen los linderos. La cláusula quinta relacionada los documentos integrantes del instrumento suscrito y, finalmente, se consignan el pago de los derechos notariales y otros gastos]*.*

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

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

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

3.1.6. El 24 de abril de 2003, mediante circular n.° 025, el Ministerio de Minas y Energía informó a los representantes legales de los entes territoriales sobre el destino de los recursos provenientes del artículo 107 de la Ley 788 de 2002[[23]](#footnote-23), en los siguientes términos (fl. 129, c. ppal):

*Como es de su conocimiento, mediante la Ley 788 de 2002 y ratificado tanto lo ordenado por esta ley como la intención del Gobierno Nacional en aras de normalizar las deudas oficiales de los entes territoriales con las Empresas Distribuidoras y Comercializadoras de Energía Eléctrica del país, queremos acudir a sus oficios y autonomía para que inicie el trámite pertinente y necesario de acuerdo a las normas de presupuesto vigentes, para incorporar la deuda que usted ha certificado y que reposa en documentos en el Ministerio de Minas y Energía al presupuesto de su respectivo ente territorial contablemente del ingreso como los gastos o pagos que se van a efectuar con los recursos asignados.*

*Como bien sabe usted, para poder acceder a estos recursos, se hace necesaria esta incorporación, por lo que rogamos iniciar los trámites presupuestales pertinentes con la mayor brevedad.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.1.11. El 23 de noviembre de 2003, el artículo 107 de la Ley 788 de 2002 fue declarado inexequible por la Corte Constitucional[[24]](#footnote-24), debido a la violación del principio de unidad de materia[[25]](#footnote-25).

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

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

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

3.1.14. Mediante resolución 181726 del 12 de diciembre de 2003, el Ministerio de Minas y Energía, en cumplimiento de lo dispuesto en el literal a) del artículo 1 de la Ley 859 de 2003, distribuyó los recursos disponibles para el pago del capital adeudado a las empresas de servicios públicos, entre otras, CEDELCA y al Municipio de Santander de Quilichao (fls. 145 a 150, c. ppal)[[27]](#footnote-27).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En esos términos, toda vez que con posterioridad a la demanda las partes llegaron a un acuerdo sobre lo reclamado en relación con la prestación del servicio, la controversia se considera jurídicamente superada, a través de un acuerdo que tiene plenos efectos vinculantes y que como lo ha dicho esta Corporación la única forma de desconocerlo es la demostración de vicios del consentimiento[[28]](#footnote-28), que sólo pueden ser alegados por la parte interesada, tal como lo prescribe el artículo 1743 del Código Civil[[29]](#footnote-29), en tratándose de nulidades relativas como las que suponen el error, la fuerza y el dolo[[30]](#footnote-30), disposición que a su vez proscribe que el juez pueda declararlos oficiosamente y ni siquiera puede el Ministerio Público alegarlos.

En esa línea, precisa recordar que el inciso final del artículo 305 del Código de Procedimiento Civil prescribe que en *“las sentencias se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en alegato de conclusión, y cuando este no proceda, antes de que entre el expediente al Despacho para sentencia, o que la ley permita considerarlo de oficio”*. En la misma dirección, el artículo 164 del Código Contencioso Administrativo permite al superior estudiar y decidir todas las excepciones de fondo que se encuentren probadas.

Valga precisar que si bien para cuando se firmó el susodicho acuerdo (27 de noviembre de 2003), la Corte Constitucional había declarado inexequible el artículo 107 de la Ley 788 de 2002, mediante sentencia C-1114 del 25 de noviembre de 2003, norma que fundamentó el referido acuerdo, lo cierto es que esa decisión todavía no se encontraba en firme, puesto que debía notificarse a través de edicto, tal como lo impone el inciso 2º artículo 16 del Decreto 2067 de 1991[[31]](#footnote-31). Igualmente, la Corte Constitucional ha precisado que la firmeza de sus decisiones de constitucionalidad sólo ocurre tres días después de su notificación[[32]](#footnote-32). En consecuencia, la ejecutoria de la sentencia referida se produjo en fecha posterior a la firma del acuerdo, es decir, bajo el amparo de la Ley 788 de 2002.

En todo caso, es oportuno aclarar que los reparos constitucionales quedaron superados con la expedición de la Ley 859 del 26 de diciembre de 2003[[33]](#footnote-33), que reprodujo el contenido del artículo 107 de la primera ley en cita. En suma, el acuerdo logrado el 27 de noviembre de 2003 tiene plenos efectos vinculantes.

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

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

3.2.2.1. Frente al desequilibrio contractual, vale la pena recordar que esta Corporación ha precisado que el equilibrio económico del contrato, dado el interés jurídico que con sus efectos pretende tutelar, se encuentra presente en todo tipo de relación negocial que da origen a un vínculo contractual, con independencia del régimen normativo que lo informe[[34]](#footnote-34).

En esa misma dirección, la Sección, al ocuparse del particular, concluyó[[35]](#footnote-35):

*Ahora bien, sea que se trate de un contrato estatal sometido al imperio del Estatuto de Contratación Estatal o sea que se trate de aquellos que por corresponder a una regla de excepción a su aplicación, como ocurre en el caso que ahora se examina, se encuentre sometido a las normas del derecho privado o a disposiciones especiales, lo cierto es que la equivalencia económica de las prestaciones contractuales constituye un principio medular que se encuentra inmerso en la legislación en materia de contratación estatal y que además lo recogen varias disposiciones del aludido derecho privado[[36]](#footnote-36), razón por la cual debe estar presente en todas las relaciones negociales[[37]](#footnote-37), máxime cuando uno de los extremos que la integran es una entidad de naturaleza estatal por cuya intervención se desprende que el negocio envuelve una finalidad pública, de manera que por vía de principio el equilibrio económico del contrato también está llamado a permear las relaciones contractuales sometidas al régimen de los particulares[[38]](#footnote-38) en donde una de ellas sea una persona jurídica de derecho público.*

En esos términos, de entrada huelga advertir que la pretensión de revisión del contrato sólo procede cuando las circunstancias imprevistas que afectan la ecuación se han presentado con posterioridad a la suscripción del contrato[[39]](#footnote-39).

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

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

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

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

Esa concepción constitucional tuvo su desarrollo en las Leyes 142 y 143 de 1994. La primera de ellas, en el artículo 34 prohíbe a las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios las prácticas discriminatorias, abusivas y restrictivas, en particular, la *“prestación gratuita o a precios o tarifas inferiores al costo, de servicios adicionales a los que contempla la tarifa”* (artículo 34.2); por su parte, el artículo 49 de la Ley 143 de 1994 impone el deber a las autoridades públicas de apropiar los recursos pertinentes para el pago de los servicios de electricidad, so pena de sanciones[[40]](#footnote-40). Esas mismas cargas, se reprodujeron en el artículo 7 de la Resolución 043 de 1995 de la Comisión de Regulación de Energía, vigente para la época de los hechos[[41]](#footnote-41); 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[[42]](#footnote-42).

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

En efecto, si bien, en principio, la no producción de utilidades de las acciones del municipio demandado puede considerarse un hecho atribuible a la propia actora, como responsable directa de la actividad empresarial[[43]](#footnote-43), lo cierto es que esa circunstancia se muestra como una constante a lo largo de la ejecución contractual por más de 40 años, frente a la cual el nuevo ordenamiento jurídico está llamado a incidir en la relación contractual, toda vez que este responde a una lógica de competencia y de prohibición de gratuidad, que aunque salvaguarda las relaciones contractuales anteriores, lo hace siempre que se ajusten a esas nuevas directrices legales del servicio público. En ese orden, si bien la estipulación contractual carece de reproche jurídico, lo cierto es que la realidad de su ejecución contractual se muestra insostenible, puesto que el servicio no ha tenido ninguna contraprestación económica, lo cual conllevaría a su reajuste, so pena de poner en riesgo la prestación del servicio público, en tanto la lógica de competencia tiene como eje la prestación onerosa de ese servicio, sin perjuicio de los subsidios estatales que el mismo ordenamiento jurídico admite.

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

En ese orden, es posible como lo dispone el artículo 868 del Código de Comercio[[44]](#footnote-44) que el juez adopte los reajustes necesarios para viabilizar la ecuación o, en su defecto, terminarla. En consecuencia, la Sala debería confirmar la sentencia impugnada, en el sentido de declarar probado el desequilibrio de la ecuación financiera, para adecuar la estipulación de la cláusula tercera del acuerdo de 1962, que se convirtió en inviable como fórmula de pago, a la nueva normatividad vigente. Sin embargo, como las partes ya procedieron en esa dirección, según da cuenta el contrato de condiciones uniformes cebrado el 31 de diciembre de 1994 (fl. 144, c. 5), se impone revocar la decisión del *a quo*, en tanto la cuestión ya está superada y, su lugar, negar las pretensiones de la demanda.

Igualmente, vale referir que aunque el contrato de 1997 también fue objeto de cuestionamiento judicial sobre su validez, es preciso señalar que dentro del expediente 34055 ya se definió su suerte en el sentido de mantener sus plenos efectos jurídicos vinculantes[[45]](#footnote-45).

Para finalizar, precisa advertir que la Subsección A en reciente oportunidad resolvió un asunto donde también se discutía sobre el alcance de una cláusula similar a la aquí en estudio. En esa ocasión, sostuvo que la cuestión tenía que ver con la imposibilidad que sobrevino de aplicar la cláusula por la prohibición de gratuidad que introdujeron las Leyes 142 y 143 de 1994, conclusión parecida a la del presente asunto, pero bajo dos imputaciones distintas. Por lo tanto, consideró que como desde el 31 de enero de 1997 la entidad adeudaba la prestación del servicio de conformidad con lo dispuesto en las citadas leyes, bajo la pretensión subsidiaria tercera de indemnización, condenó al municipio de Miranda al pago de los servicios prestados[[46]](#footnote-46).

En este asunto, se trata de sujetos diferentes, en tanto en aquella oportunidad fue demandado el municipio de Miranda, bajo un contrato distinto, aunque con una cláusula tercera del mismo tenor a la aquí analizada. 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 de la Subsección A se 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 desequilibrio declarado. De suerte que se confirma el sentido de la decisión que aquí se adopta.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

**F A L L A**

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

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

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

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

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

**NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE**

**RAMIRO PAZOS GUERRERO**

Presidente

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

Magistrada Magistrado

**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: 19001-23-31-000-2002-00345-01(34225)**

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

**Demandado: MUNICIPIO DE SANTANDER DE QUILICHAO**

**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**

**Consejera de Estado**

1. La demanda se corrigió en dos oportunidades, con el fin de modificar las pretensiones (fls. 58 a 61 y 91, c. ppal). Mediante autos del 14 de junio y del 9 de diciembre de 2002, el a quo admitió las correcciones (fls. 64 y 94, c. ppal). [↑](#footnote-ref-1)
2. Esta pretensión fue corregida. Su texto original solicitaba la nulidad del convenio suscrito en la Escritura Publica n.° 462, suscrito entre CEDELCA S.A. E.S.P y el Municipio de Santander de Quilichao (fl. 46, c. ppal). [↑](#footnote-ref-2)
3. Vale aclarar que en el auto admisorio de la demanda del 14 de junio de 2002, el *a quo* se limitó a decir que la demanda estaba ajustada a derecho y, en consecuencia, se admitía (fl. 64, c. ppal). [↑](#footnote-ref-3)
4. Las partes guardaron silencio cuando se corrió traslado para alegar de conclusión en esta instancia (fl. 272 y 273, c. ppal, segunda instancia, el término para el efecto corrió entre el 29 de agosto y el 11 de septiembre de 2007). Sin embargo, aproximadamente siete años después de vencido el término para alegar, el 8 de septiembre de 2014, la parte actora presentó un memorial donde reiteró la solicitud de nulidad absoluta del contrato, la cual a su juicio debía proceder de forma oficiosa, en tanto el contrato demandado suponía la prestación gratuita del servicio público de energía y, además, de manera indefinida y exclusiva (fls. 233 a 236, c. ppal, segunda instancia). [↑](#footnote-ref-4)
5. El numeral 5 del artículo 40 de la Ley 446 de 1998, que modificó el artículo 132 del Código Contencioso Administrativo, dispuso que los tribunales administrativos conocerían de los asuntos contractuales, cuya cuantía fuera superior a los 500 s.m.l.m.v., para la fecha de la presentación de la demanda. En ese orden, como la pretensión mayor es por $3.356.621.836, es claro que resultaba superior a los $154.500.000 que se exigían para que tuviera vocación de doble instancia (el salario mínimo para el 2002, cuando se presentó la demanda, era de $309.000). En consecuencia, es esta Corporación la competente para conocer del presente asunto. [↑](#footnote-ref-5)
6. Ley 105 de 1931. [↑](#footnote-ref-6)
7. Verbigracia el numeral 1 del artículo 109 del citado ordenamiento que radicó en los jueces civiles, en primera instancia, los contenciosos en que fuera parte un municipio y en el que se ventilaran cuestiones de mero derecho privado. [↑](#footnote-ref-7)
8. Cfr. SAAVEDRA BECERRA, Ramiro, *La responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública,* Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2011, 2ª reimpresión, pp. 118 y 119. El autor explica: *“Por otra parte, la necesidad de poner el derecho administrativo colombiano en sintonía con las tendencias dominantes y en especial con la escuela del “servicio público” con la cual se identificaban algunos juristas y también de sistematizar las diversas normas expedidas desde 1913, llevaron al gobierno a presentar al Congreso en 1939 un proyecto de ley que se convertía en el nuevo Código Contencioso Administrativo (Ley 167 de 1941). Aunque, una vez más, el marco constitucional impidió la adecuada extensión de las competencias, al menos fue posible reglamentar mejor el procedimiento contencioso administrativo. Tiempo después la Corte Suprema de Justicia habría de declarar inexequibles algunas de las nuevas competencias del juez administrativo, o de interpretarlas restrictivamente. Posteriormente, el Acto Legislativo 1 de 1945, entre otras innovaciones, suprimió (art. 52), la norma constitucional que daba competencia a la Corte respecto de “los negocios contenciosos en que tuviera parte la nación o que constituyeran litigio entre dos o más departamentos”, sobre la cual se fundaban los artículos del Código de Procedimiento Civil que fijaba la competencia de los jueces ordinarios en materia contencioso contractual y de la responsabilidad extracontractual de las personas públicas. Aun así, hasta 1964 la jurisprudencia ordinaria, en frecuente conflicto con la contencioso administrativa, entendió que tales normas legales seguían vigentes a pesar de la abrogación de la regla constitucional en que se fundaban, pues esta abrogación solo significa la descontitucionalización del problema, por lo cual, para poder afirmar la competencia del juez administrativo, era necesario reformar la ley. Estas discrepancias hicieron que la Ley 27 de 1963 revistiera de facultades extraordinarias al Presidente de la República “para delimitar la competencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, a fin de dar exacto cumplimiento al numeral 3 del artículo 141 de la Constitución Nacional”. En consecuencia, el Presidente expidió el Decreto-Ley 528 de 1964, que extendió los poderes del juez administrativo con la formulación de una cláusula general de competencia a su favor dentro de la cual quedaron cobijadas las controversias sobre responsabilidad de la administración, así como las relativas a los contratos administrativos”.*  [↑](#footnote-ref-8)
9. Cita original: *“Se precisa que si bien es cierto que la ley 791 de 2002, art. 1, redujo estos términos a 10 años, la misma no es aplicable al caso que se analiza, puesto que el contrato materia de evaluación se celebró con anterioridad a su vigencia”*. La Sala hace suya esa precisión, en tanto resulta aplicable al presente asunto. [↑](#footnote-ref-9)
10. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de julio de 2005, exp. 12.249, M.P. Alier Hernández Enríquez; reiterada por la misma Sección en sentencia del 16 de febrero de 2006, exp. 13.414, M.P. Ramiro Saavedra Becerra. [↑](#footnote-ref-10)
11. En su parte pertinente, la norma prescribe:*“OBLIGACIÓN DE DECLARAR LA NULIDAD ABSOLUTA. (…) Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria”.* [↑](#footnote-ref-11)
12. 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-12)
13. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 9 de mayo de 2011, exp. 17.863, M.P. Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-13)
14. Cita original: Consejo de Estado, Sección Tercera, auto de 9 de octubre de 1997, exp. 13.907, M.P. Daniel Suárez Hernández. [↑](#footnote-ref-14)
15. Cita original: Ver al respecto el auto del 25 de octubre de 1999, expediente No. 16153, actor: Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca. [↑](#footnote-ref-15)
16. Cita original: Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 13 de diciembre de 2001, exp. 20609, M.P. Ricardo Hoyos Duque. [↑](#footnote-ref-16)
17. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 10 de febrero de 2016, exp. 44.196, M.P. Marta Nubia Velásquez Rico. [↑](#footnote-ref-17)
18. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 9 de febrero de 2012, exp. 21.060, M.P. Mauricio Fajardo Gómez. En esa oportunidad, precisó: *“Ahora bien, en relación con la mencionada regla general, según la cual aquellos temas no propuestos en el recurso de alzada estarían llamados a excluirse del conocimiento del juez ad quem, conviene precisar que dicha regla general no es absoluta, puesto que la misma debe entenderse y admitirse junto con las excepciones que se derivan, por ejemplo, i) de las normas o los principios previstos en la Constitución Política; ii) de los compromisos vinculantes asumidos por el Estado a través de la celebración y consiguiente ratificación de Tratados Internacionales relacionados con la protección de los Derechos Humanos y la vigencia del Derecho Internacional Humanitario, o iii) de las normas legales de carácter imperativo, dentro de las cuales se encuentran, a título puramente ilustrativo, aquellos temas procesales que, de configurarse, el juez de la causa debe decretar de manera oficiosa, no obstante que no hubieren sido propuestos por la parte impugnante como fundamento de su inconformidad para con la decisión censurada”.* [↑](#footnote-ref-18)
19. Cfr. Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia del 1 de noviembre de 2007, exp. 15728, C.P. María Inés Ortiz Barbosa. Sobre el deber del *ad quem* de verificar los presupuestos procesales, se dijo: “*Es necesario advertir en primer lugar que en cualquiera de las instancias, es deber del fallador verificar el cumplimiento de los presupuestos de la acción que ejercita el demandante con el fin de despejar la existencia de hechos que impidan decidir sobre el fondo de las pretensiones de la demanda, de manera que ante la presencia de alguno, debe declararlo aún de manera oficiosa, en la sentencia*”. [↑](#footnote-ref-19)
20. Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 27 de marzo de 2014, exp. 25281, M.P. Danilo Rojas Betancourth. En esa oportunidad se advirtió: “*En aplicación de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 29 de la Constitución Política y el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, la Sala podrá revisar aquellos aspectos relacionados con los presupuestos procesales necesarios para emitir sentencia […] que son necesarios para emitir decisión de mérito, entonces la Sala se pronunciará sobre dicho punto, a pesar de que el mismo no fue materia de la alzada que motiva esta segunda instancia*”. [↑](#footnote-ref-20)
21. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de agosto de 2013, exp. 25.022, M.P. Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-21)
22. El artículo 26 de la Ley 640 de 2001 dispone: *“PRUEBAS EN LA CONCILIACIÓN JUDICIAL. En desarrollo de la audiencia de conciliación judicial en asuntos de lo contencioso administrativo, el Juez o Magistrado, de oficio, o a petición del Ministerio Público, podrá decretar las pruebas necesarias para establecer los presupuestos de hecho y de derecho del acuerdo conciliatorio. Las pruebas se practicarán dentro de los treinta (30) días siguientes a la audiencia de conciliación”.* [↑](#footnote-ref-22)
23. Es disposición prescribía: *“El parágrafo primero del artículo*[*treinta y cinco*](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0756_2002.html#35)*transitorio de la ley 756 de 2002 quedará así: Parágrafo 1o. Por una sola vez, el porcentaje restante del treinta por ciento (30%) de los recursos de que trata el inciso primero del presente*[*artículo*](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0756_2002.html#35)*, 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 directamente a los acreedores. // El Gobierno Nacional dentro de los 90 días siguientes a la promulgación de esta ley, hará la reglamentación pertinente, de conformidad con lo establecido por las normas que regulan la material <sic> en especial la Ley*[*383*](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0383_1997.html#1)*de 1997, Ley 9a. de 1989, Ley*[*142*](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0142_1994.html#1)*de 1994. // Los desembolsos se efectuarán una vez expedido el decreto reglamentario del presente artículo y sujeto a la disponibilidad fiscal. Dicho decreto deberá ser expedido dentro de un término de tres meses prorrogables por otros tres meses; // b) El 10% restante irá exclusivamente a normalizar eléctricamente los sectores urbanos de invasión, subnormalidad y desplazamiento. // Las empresas distribuidoras de energía en cada región deberán aportar a título gratuito los diseños de interventoría técnica para la ejecución de los respectivos proyectos de normalización eléctrica. Este será un requisito indispensable para la asignación de los recursos. Los proyectos de normalización eléctrica podrán contemplar la acometida a la vivienda del usuario, incluyendo el contador o sistema de medición del consumo. // Las autoridades de las entidades territoriales de acuerdo con su respectiva competencia tendrán un plazo de 30 días calendario, siguientes a la entrada en operación del respectivo proyecto de normalización eléctrica, para expedir los actos administrativos necesarios que asignen en forma provisional o definitiva el respectivo estrato a fin de que la empresa distribuidora de energía pueda facturar en forma individualizada el consumo de cada usuario. // La no expedición de los actos administrativos de estratificación provisional o definitiva será causal de mala conducta y obligará a la entidad territorial a pagar la respectiva factura que presente la empresa distribuidora de energía sin detrimento de las acciones de repetición a que haya lugar por causa de esta omisión. // Considérense como inversión social los gastos a que se refiere el presente artículo”*. Este artículo fue declarado inexequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-1114 del 25 de noviembre de 2003, exp. D-4585 M.P. Jaime Córdoba Triviño. [↑](#footnote-ref-23)
24. Sentencia C-1114 del 25 de noviembre de 2003, exp. D-4585, M.P. Jaime Córdoba Triviño. En esa ocasión, el Alto Tribunal sostuvo: “*Como puede advertirse, entonces, el artículo 107 citado contiene varias reglas de derecho que entran a hacer parte del régimen nacional de regalías.  No se trata, por lo tanto, de una disposición que regule la materia tributaria de que trata la Ley 788 de 2002.  Tampoco puede decirse que entre las reglas de derecho consagradas en ese artículo y la materia tributaria exista una relación de conexidad objetiva y razonable.  Por el contrario, se trata de un artículo que desarrolla un tema que  no guarda relación alguna con la materia de que trata la ley de que hace parte.  Por lo tanto, se está ante una disposición expedida con claro desconocimiento del principio de unidad de materia y que, por lo mismo, debe ser retirada del ordenamiento jurídico”*. Vista en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/c-1114-03.htm>. El 14 de abril de 2016. [↑](#footnote-ref-24)
25. Si bien la sentencia en cita no obra en el expediente, la Sala considera admisible su valoración, en atención a lo dispuesto por el artículo 10 de la Ley 527 de 1999 que admite como medios de pruebas los mensajes de datos, entendidos como *“la información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada por medios electrónicos”*. El mismo criterio ha sido aplicado antes por el pleno de la Sección Tercera y las Subsecciones B y C de la misma Sección, como una forma de propender por la utilización de las nuevas tecnologías en la dinámica de las relaciones intersubjetivas, y por supuesto en la actividad probatoria dentro de los procesos judiciales. Al respecto véanse la sentencia de 24 de octubre de 2013, exp. 26.690 y el auto de 6 de diciembre de 2012, exp. 45.679, ambos con ponencia del Consejero Jaime Orlando Santofimio y la del 27 de marzo de 2014, exp. 27364, C.P. Danilo Rojas Betancourth.  [↑](#footnote-ref-25)
26. El citado Acuerdo fue publicado el 5 de diciembre de 2003 (fl. 138, c. ppal, certificación del Personero Municipal de Santander de Quilichao). [↑](#footnote-ref-26)
27. Los valores de la distribución contenida en la resolución en comento fueron reajustados a través de la resolución 180324 del 24 de marzo de 2004 (fls. 151 a 154, c. ppal). [↑](#footnote-ref-27)
28. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de febrero de 2009, exp. 15.757, M.P. Ramiro Saavedra Becerra. [↑](#footnote-ref-28)
29. El tenor literal del aparte pertinente del artículo en cita es el siguiente: “*DECLARACIÓN DE NULIDAD RELATIVA>. La nulidad relativa no puede ser declarada por el juez o prefecto sino a pedimento de parte; ni puede pedirse su declaración por el Ministerio Público en el solo interés de la ley; ni puede alegarse sino por aquéllos en cuyo beneficio la han establecido las leyes, o por sus herederos o cesionarios; y puede sanearse por el lapso de tiempo o por ratificación de las partes (…)”*. [↑](#footnote-ref-29)
30. Ese artículo señala: *“NULIDAD ABSOLUTA Y RELATIVA>. La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas. // Hay así mismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces. // Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato”.* [↑](#footnote-ref-30)
31. Dicho aparte prescribe: *“La Sentencia se notificará por edicto con los considerandos y las aclaraciones y los salvamentos de voto correspondientes, debidamente suscritos por los magistrados y el Secretario de la Corte, dentro de los seis días siguientes a la decisión”*. [↑](#footnote-ref-31)
32. Auto n.° 283 del 2 de octubre de 2009, solicitud de nulidad de la sentencia C-588 de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. En esa oportunidad, la Corte Constitucional recordó: *“12º Que, tratándose de las sentencias de constitucionalidad, la notificación tiene una gran importancia que se manifiesta cuando se solicita la nulidad del pronunciamiento judicial, pues la oportunidad de presentar la correspondiente solicitud tiene como referente la notificación, dado que, de conformidad con la jurisprudencia, el término para impugnar la sentencia “es de tres días después de la notificación”*. [↑](#footnote-ref-32)
33. El artículo 1 de esa ley dispuso: “*El parágrafo 1º del artículo 35 cinco (sic) transitorio de la Ley 756 de 2002 quedará así: Parágrafo 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 con corte a junio 30 de 2002, debidamente reconocida y causada por el suministro de energía eléctrica y servicio de alumbrado público, a las entidades territoriales, así como a los centros educativos, a las instituciones de salud, a las empresas de acueducto y de saneamiento básico, que en su totalidad dependan o estén a cargo de dichas entidades territoriales. // Las empresas prestadoras del servicio de energía eléctrica y de alumbrado público que accedan a los recursos dispuestos en esta ley deberán condonar la totalidad de los intereses de mora y hasta el cincuenta por ciento (50%) de los intereses corrientes que los entes territoriales y sus institutos descentralizados adeudan por concepto de servicio de energía. // La distribución de los recursos a que hace referencia el presente literal, será realizada por el Ministerio de Minas y Energía con fundamento en las certificaciones suscritas por los representantes legales de las entidades territoriales o entes descentralizados, y las empresas acreedoras. Dichas empresas y las entidades territoriales serán responsables por la veracidad y materialidad de las cifras reportadas en las certificaciones. // De las deudas certificadas a junio 30 de 2002, deberán descontarse los abonos que se hayan efectuado con posterioridad a esta fecha. // Los recursos deberán ser girados directamente a los acreedores por parte de la Comisión Nacional de Regalías de conformidad con la distribución efectuada por el Ministerio de Minas y Energía; // b) El diez por ciento (10%) restante irá exclusivamente a normalizar eléctricamente los sectores rurales y urbanos de invasión, subnormalidad y desplazamiento. // Las empresas distribuidoras de energía en cada región deberán aportar a título gratuito los diseños de interventoría técnica para la ejecución de los respectivos proyectos de normalización eléctrica. Este será un requisito indispensable para la asignación de los recursos. Los proyectos de normalización eléctrica podrán contemplar la acometida a la vivienda del usuario, incluyendo el contador o sistema de medición del consumo. // Las autoridades de las entidades territoriales de acuerdo con su respectiva competencia tendrán un plazo de treinta (30) días calendario, siguientes a la entrada en operación del respectivo proyecto de normalización eléctrica, para expedir los actos administrativos necesarios que asignen en forma provisional o definitiva el respectivo estrato a fin de que la empresa distribuidora de energía pueda facturar en forma individualizada el consumo de cada usuario. // La no expedición de los actos administrativos de estratificación provisional o definitiva será causal de mala conducta y obligará a la entidad territorial a pagar la respectiva factura que presente la empresa distribuidora de energía sin detrimento de las acciones de repetición a que haya lugar por causa de esta omisión. // Considérense como inversión social los gastos a que se refiere el presente artículo. // Parágrafo. La transferencia de los dineros por parte de la Comisión Nacional de Regalías a las entidades a que hace referencia el literal a) del parágrafo 1° del artículo 1° de la presente ley no causarán ningún costo de auditoría financiera; por control excepcional la Contraloría General de la República ejercerá este”*. [↑](#footnote-ref-33)
34. Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección, sentencia del 27 de marzo de 2014, exp. 29214, M.P. Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-34)
35. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 27 de noviembre de 2013, exp. 31431, Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-35)
36. Cita original: *“ARTÍCULO 868. REVISIÓN DEL CONTRATO POR CIRCUNSTANCIAS EXTRAORDINARIAS. Cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir su revisión. // El juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato. // Esta regla no se aplicará a los contratos aleatorios ni a los de ejecución instantánea.” (Código de Comercio).* [↑](#footnote-ref-36)
37. Cita original: BENÍTEZ CAORCI, Juan J. “*La Revisión del Contrato”*. Segunda Edición 2010. Editorial Temis Bogotá Pag. 71-72. *“A través de una referencia panorámica se detecta que la tutela del débil aparece como una de las más significativas líneas evolutivas del derecho civil contemporáneo. Por consiguiente ha surgido una nueva moral contractual mediante la intervención del juez en el contrato para hacer reinar un mínimo de equidad en las relaciones negociales. En el nuevo concepto de contrato, la equidad y la justicia vienen a ocupar el centro de gravedad en sustitución del mero juego de fuerzas volitivas e individualistas que en la sociedad de consumo, comprobadamente son llevadas al predominio, de la voluntad del más fuerte sobre el más vulnerable, resultando inaceptable el desequilibrio irrazonable de la ingeniería contractual, valorizándose el equilibrio intrínseco de la relación en su totalidad, redefiniéndose por tanto lo que es razonable en materia de concesiones del contratatante más débil permitiendo así la existencia de un equilibrio mínimo en la relación contractual”*. [↑](#footnote-ref-37)
38. Cita original: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 21 de febrero de 2012, Exp. 2006-00537, M.P. William Namén Vargas*. “A la revisión del contrato mercantil refiere el artículo 868 del Código de Comercio, sin definirla. El aspecto para caracterizarla atañe a sus condiciones, requisitos o presupuestos y consecuencias normativas. // En torno a sus exigencias, delanteramente requiérese la existencia y validez del contrato. La inexistencia y la invalidez excluyen la teoría de la imprevisión y la revisión contractual por desequilibrio prestacional en tal virtud, sin perjuicio de los ajustes pertinentes en las prestaciones consecuenciales por nulidad. (…). // El artículo 868 del Código de Comercio, dispone la regla para contratos de ejecución sucesiva, escalonada, periódica o diferida, cuyas prestaciones se proyectan en espacio temporal distante a su celebración, y pueden afectarse por circunstancias sobrevenidas, previas a su cumplimiento futuro y terminación. Exceptúa los contratos aleatorios y los de ejecución instantánea. De suyo, los eventos alteradores de la simetría prestacional, han de acontecer después de celebrado el contrato, durante su ejecución y previamente a su extinción. Por esto, el precepto excluye el de ejecución instantánea, al agotarse en un solo acto coetáneo, simultáneo, sincrónico e inmediato con su existencia, coincidiendo celebración y cumplimiento. Empero, el contrato puede crear prestaciones instantáneas, otras sucesivas, y los contratantes podrán diferir el cumplimiento mientras no contradigan el tipo contractual, ni la ley lo prohíba, ad exemplum, en el mutuo la obligación a cargo del mutuario de restituir el préstamo y pagar intereses, puede ejecutarse al celebrarse o en lapso posterior. La revisión del contrato, en rigor se justifica por una prestación de cumplimiento futuro, cuya ejecución se hace después, en lapso ulterior a su existencia, así la determinación del desequilibrio prestacional o la excesiva onerosidad derive no de esa prestación unitaria sino de todo el contrato. Compréndase, entonces, la imposibilidad práctica de una alteración sobrevenida cuando la prestación se cumple o ejecuta al instante de su existencia, extinguiéndose en el mismo acto, también revisar o terminar lo que no existe. En torno a los contratos aleatorios, la realidad muestra la probable alteración sobrevenida de la equivalencia prestacional, o su excesiva onerosidad en el cumplimiento. Contraría la lógica descartar su presencia ulterior, en especial, tratándose de aleas anormales, ajenas o extrañas al tipo concreto de contrato aleatorio o a su estructura, disciplina legal o a la negociación, previsión, dosificación, distribución y asunción de los riesgos. En estos eventos, procede corregir toda alteración ulterior, imprevista e imprevisible, por fuera o más allá del riesgo propio o alea normal de estos negocios, naturalmente no bajo la regla comentada sino a través de los otros mecanismos singulares (v. gr., la revisión ex art. 1060 del C. de Co, en el seguro), ya los inherentes a la definición o regulación del tipo contractual específico, ora los generales de la buena fe, la equidad y justicia contractual, por cuanto en ningún contrato puede imponerse a una parte soportar al infinito todos los riesgos, menos los anormales so pretexto de la incertidumbre prestacional, el azar, albur o contingencia. // Dentro de los requisitos, está la sobreviniencia de las circunstancias determinantes de la asimetría prestacional. Han de acontecer después de la celebración, durante la ejecución y antes de la terminación del contrato. La sobreviniencia de las circunstancias es inmanente al cambio o mutación del equilibrio prestacional en la imprevisión. Las causas preexistentes, aún ignoradas al celebrarse el contrato y conocidas después por la parte afectada, no obstante otra percepción (p.ej., art. 6.2.2, “(a) dichos eventos acontecen o llegan a ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato;” Principios Unidroit, 2010), envuelven desequilibrio congénito, y escapan a la revisión ex artículo 868 del Código de Comercio, a cuyo tenor se autoriza cuando son “posteriores a la celebración de un contrato”.*  [↑](#footnote-ref-38)
39. Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 3 de mayo de 2001, exp. 12.083, M.P. María Elena Giraldo Gómez. En esa oportunidad, la Sección precisó: *“Ahora sobre otro punto deben diferenciarse “el reajuste y revisión de precios” por las partes de “la actualización o indexación monetaria”; mediante ésta se trata de preservar la equivalencia o representación monetaria del valor del contrato con el valor representativo real al momento del pago; recuérdese que en la mayoría de la veces por el transcurso del tiempo uno es el momento de ejecución y otro es el momento del pago. La actualización compensa, mediante la corrección, el efecto inflacionario de la moneda, generalmente, hasta el momento en el que se efectúe el pago. Se dice generalmente porque habrán casos en los cuales no procederá la indexación, por situaciones imputables al contratista. (…) // Queda claro entonces que la revisión de precios por las partes es consecuencia de su propia previsión en el contrato y de acuerdo con la fórmula acordada, cuando ocurra en la realidad la variación de los costos determinantes de los precios. Esto no significa que si durante la ejecución del contrato varían los costos determinantes de los precios que no podían ser previsibles al momento de ofertar o de celebrar el contrato - que eran imprevisibles - el afectado no pueda reclamar el restablecimiento económico”.* [↑](#footnote-ref-39)
40. Esa disposición prescribe: *“La Nación, las demás entidades territoriales, las entidades descentralizadas de aquéllas y éstas, así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas u órganos que integran la estructura del Estado, en todos los órdenes y niveles, incorporarán en sus respectivos presupuestos apropiaciones suficientes para satisfacer las obligaciones económicas contraídas por el uso del servicio público de electricidad, las cuales se deberán cancelar en las fechas en que se hagan exigibles. // Es deber del Contralor General de la República y de los contralores departamentales, y municipales, según el caso, cerciorarse de que los funcionarios que tienen la responsabilidad de preparar los 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-40)
41. Ese artículo señala: *“El municipio se someterá a los procedimientos para los pagos por concepto del servicio público de energía que tenga establecidos la empresa de servicios públicos con quien acuerde el suministro, para los usuarios oficiales. Estos procedimientos incluyen los definidos para los plazos de vencimientos y sanciones por mora en los pagos. // De acuerdo con las Leyes 142 y 143, la Nación, las demás entidades territoriales, las entidades descentralizadas de aquella y éstas, así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas u órganos que integran la estructura del Estado, en todos los órdenes y niveles, incorporarán en sus respectivos presupuestos apropiaciones suficientes para satisfacer las obligaciones económicas contraídas por el uso del servicio de alumbrado público, las cuales se deberán cancelar en las fechas en que se hagan exigibles. // Es deber del Contralor General de la República y de los contralores departamentales y municipales, según el caso, cerciorarse de que los funcionarios que tienen la responsabilidad de preparar los proyectos de presupuesto, de ejecutar apropiaciones y de cancelar las obligaciones, incorporen y realicen los pagos derivados de ellas. A quienes no lo hagan se les sancionará en la forma prevista en las normas vigentes, inclusive solicitando su destitución a la autoridad nominadora competente, sin perjuicio de las responsabilidades civil y penal que puedan corresponderles”.* [↑](#footnote-ref-41)
42. Prescribe el artículo en comento: *“Los municipios y las empresas distribuidoras o comercializadores de energía eléctrica tendrán plazo hasta el 30 de junio de 1996 para adecuar sus mecanismos administrativos de operación, y aplicar la presente resolución. No obstante, las empresas distribuidoras continuarán prestando el servicio en los términos acordados en los convenios que hubieren celebrado con las entidades territoriales que se encuentren vigentes y no resulten contrarias a las disposiciones legales aplicables a esta materia”*. [↑](#footnote-ref-42)
43. Está probado que el municipio demandado era apenas un socio minoritario, toda vez que para el 4 de marzo de 2002, el capital autorizado de CEDELCA era de $27.200.000.000, para un total de 2.720.000.000 acciones (fl. 6, c. ppal, certificado de existencia y representación de la Cámara de Comercio del Cauca del 4 de de marzo de 2002), de las cuales 178.458 acciones eran del municipio de Santander de Quilichao (fl. 33, c. ppal), es decir, representaba un porcentaje de participación bastante pequeño, como para endilgarle el fracaso de la empresa. [↑](#footnote-ref-43)
44. Esa norma señala: *“REVISIÓN DEL CONTRATO POR CIRCUNSTANCIAS EXTRAORDINARIAS. Cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir su revisión. // El juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato. // Esta regla no se aplicará a los contratos aleatorios ni a los de ejecución instantánea”*. Vale advertir que el régimen contractual del presente contrato es el del derecho privado, como quedó expuesto al estudiar la prescripción de la acción, además que las Leyes 142 y 143 de 1994 ratificaron ese entendimiento (artículos 31 y 8, parágrafo, respectivamente). [↑](#footnote-ref-44)
45. Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 2 de mayo de 2017, exp. 34055, M.P. Ramiro Pazos Guerrero. [↑](#footnote-ref-45)
46. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 10 de febrero de 2016, exp. 44.196, M.P. Marta Nubia Velásquez Rico. [↑](#footnote-ref-46)