CADUCIDAD DE LA ACCIÓN – Contratos de prestadores de servicios públicos – Término

[…] desde la modificación introducida al artículo 136 del Código Contencioso Administrativo (en adelante, el "CCA") por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998, la manera de computar el término de caducidad de dos (2) años de la acción -hoy medio de control- de controversias contractuales ha dependido de si los respectivos contratos "requier[en] de liquidación", y, en relación con estos, de si la liquidación fue efectuada, "de común acuerdo por las partes" o "unilateralmente por la administración", o no; y respecto de aquellos contratos que no "requier[en] de liquidación", de si son "de ejecución instantánea" o no." […]

RÉGIMEN JURÍDICO – Prestadores de servicios públicos – Régimen – Derecho privado

[…] Según lo establecido en los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994 y la jurisprudencia unificada de esta Sección, los actos y los contratos de las prestadoras de servicios públicos domiciliarios están sometidos a un régimen prevalentemente de derecho privado en virtud del cual, salvo cuando la ley disponga lo contrario, sus actos precontractuales14 y sus contratos y actos contractuales se gobiernan por las normas civiles y comerciales del derecho privado. Bajo esa lógica, esta Sección16 ha señalado que (se trascribe): "En aplicación de las normas que gobiernan los contratos de los prestadores de servicios públicos domiciliarios, (…) la cláusula de liquidación tiene origen [en] y corresponde a un pacto accesorio, de modo que no existe en el curso final del contrato una norma que (…) imponga llevar a cabo su realización, como s[í] sucede bajo el EGCAP [entiéndase, Estatuto General de Contratación de la Administración Pública] […]

DEBER DE INTERCONEXIÓN – Ley 142 de 1994 artículo 11 – Entidades prestadoras de servicios públicos – Energía Eléctrica – Bienes indispensables

[…] En los términos del numeral 11.6. del artículo 11 de la Ley 142 de 1994 –ubicado en el capítulo I, "principios generales", del título preliminar de la ley–, "[p]ara cumplir con la función social de la propiedad, pública o privada, las entidades que prest[a]n servicios públicos tienen", entre otros, el deber de "[f]acilitar el acceso [y la] interconexión de otras empresas o entidades que prestan servicios públicos, o que sean grandes usuarios de ell[a]s, a los bienes empleados para la organización y [la] prestación de los servicios."

Específicamente en relación con el servicio público domiciliario de energía eléctrica, el inciso primero del artículo 30 de la Ley 143 de 1994 –ubicado en el capítulo VI de la ley, *"de la interconexión"*– dispone que (se trascribe): *"Las empresas propietarias de redes de interconexión, transmisión y distribución permitirán la conexión y* [el] *acceso de las empresas eléctricas, de otros agentes generadores y de los usuarios que lo soliciten, previo el cumplimiento de las normas que rijan el servicio y el pago de las retribuciones que correspondan."* […]

PERFECCIONAMIENTO DE LOS CONTRATOS POR EL CONSENTIMIENTO – Código Civil – Consensualismo – Regla general de perfeccionamiento

contractual – Elementos esenciales del contrato – Autonomía privada – Concurso real de las voluntades

En relación con el fenómeno jurídico de la existencia del contrato, el artículo 1501 del Código Civil dispone que (se trascribe): "Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degener[a] en otro contrato diferente (…)". En esa misma línea, el inciso segundo del artículo 898 del Código de Comercio establece que (se trascribe): "Será inexistente el negocio jurídico cuando se haya celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exija para su formación, en razón del acto o contrato y cuando falte alguno de sus elementos esenciales." Esto significa que, para probar la existencia del contrato de "acceso y prestación de servicios de red[es] de distribución [de energía eléctrica]", Emcali debía acreditar un "concurso real de las voluntades" suya y de Comercializar sobre los elementos esenciales del negocio jurídico, y, de ser necesario, el lleno de "las solemnidades sustanciales que la ley exi[ge] para su formación".

Con respecto a esto último, se debe tener presente la clasificación de los contratos según su forma de perfeccionamiento, contenida en el artículo 1500 del Código Civil. Al tenor de la norma (se trascribe): "El contrato es real cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere; es solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil; y es consensual cuando se perfecciona por el solo consentimiento."

Sobre el particular, la Sala considera importante resaltar que una de las principales proyecciones de la autonomía privada consiste en la libertad de seleccionar el medio de expresión de la voluntad de las partes de un negocio jurídico, lo que se traduce en que la libertad de forma –también denominada consensualismo– es la regla general de perfeccionamiento de los contratos; o, dicho de otro modo, que salvo que la ley disponga lo contrario, los contratos son consensuales y, en ese sentido, para su nacimiento a la vida jurídica no requieren más que del "concurso real de las voluntades" de las partes sobre sus elementos esenciales.

RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS CONTRATOS ESPECIALES DE ACCESO E INTERCONEXIÓN – Régimen de derecho privado – Acuerdo de voluntades – Ausencia de solemnidades – Objeto y contraprestación

[…] señala el parágrafo del artículo 39 de la Ley 142 de 1994 que, "[s]alvo los contratos de que trat[a] (…) el numeral 39.1 (…), todos aquellos a los que se refiere [el] artículo" –entre ellos, los "contratos especiales" "en virtud de los cuales dos o más entidades prestadoras de servicios públicos o estas con grandes proveedores o usuarios, regulan el acceso compartido o de interconexión de bienes indispensables para la prestación de servicios públicos, mediante el pago de remuneración o peaje razonable"– "se r[igen] por el derecho privado."

El régimen jurídico de estos contratos resulta de la mayor relevancia en el caso concreto, en la medida en que, a diferencia de los contratos estatales sometidos al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, el contrato cuya declaratoria de existencia se pretende no está sujeto a ninguna solemnidad para su nacimiento a la vida jurídica. En ese orden de ideas, se tiene que la prosperidad de la pretensión de declaratoria de existencia del contrato de "acceso y prestación de servicios de red[es] de distribución [de energía eléctrica]" dependía únicamente de la acreditación de un

acuerdo de voluntades entre las partes del proceso sobre el objeto y la contraprestación del negocio jurídico, elementos esenciales del "contrato especial" bilateral y oneroso al que se hace alusión; a saber: la conexión y el acceso, por parte de Comercializar, al SDL operado por Emcali, y la remuneración o el "peaje razonable", correspondiente a los cargos por uso.

[…] no puede perderse de vista que, cuando de demostrar la celebración de un contrato consensual que no consta por escrito o en un documento se trata, el estándar probatorio a ser satisfecho por quien tiene la carga de la prueba es particularmente exigente. Esto, en atención al *"indicio grave de la inexistencia del respectivo acto"* consagrado en el inciso segundo del artículo 225 del CGP –aplicable por remisión del artículo 211 del CPACA– (se trascribe): *"Cuando se trate de probar obligaciones originadas en contrato o convención, o el correspondiente pago, la falta de documento o de un principio de prueba por escrito, se apreciará por el juez como un indicio grave de la inexistencia del respectivo acto, a menos que por las circunstancias en que tuvo lugar haya sido imposible obtenerlo, o que su valor y la calidad de las partes justifiquen tal omisión."*

OFERTA Y ACEPTACIÓN CONTRACTUAL – Código de Comercio artículo 845 – Aceptación expresa – Formación del negocio jurídico

[…] la Sala recuerda que, según lo establece la primera parte del artículo 845 del Código de Comercio, la "oferta o propuesta" es el "proyecto de negocio jurídico que una persona formul[a] a otra", proyecto de negocio jurídico que, para producir los efectos que le asigna el ordenamiento jurídico –uno de los cuales consiste, en los términos del inciso primero del artículo 864 del Código de Comercio, en que, "salvo estipulación en contrario, se ent[iende] celebrado [el negocio jurídico ofertado] en el lugar de residencia del proponente y en el momento en [el] que este recib[e] la aceptación de la propuesta"–, debe "contener los elementos esenciales del negocio y ser comunicada al destinatario." La aceptación, por su parte, es la expresión de la intención definitiva del destinatario de una oferta de celebrar el negocio jurídico en las condiciones planteadas por el proponente, y puede ser expresa o tácita. La aceptación expresa se da cuando el destinatario de la oferta exterioriza claramente su voluntad de concluir el negocio jurídico, y la tácita, según el artículo 854 del Código de Comercio, se manifiesta "por un hecho inequívoco de ejecución del contrato propuesto".

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

Magistrado ponente: Alberto Montaña Plata

Bogotá D.C., 24 de agosto de 2026

Radicación:	76001-23-31-000-2012-00002-03 (71.861)
Demandante:	Empresas Municipales de Cali – Emcali E.I.C.E. E.S.P. (Emcali)
Demandada:	Comercializar S.A. E.S.P. (Comercializar)
Referencia:	Controversias contractuales

Temas: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES – caducidad de la acción de controversias contractuales – régimen jurídico de los actos y los contratos de las prestadoras de servicios públicos domiciliarios – deber de las empresas operadoras de redes de interconexión, trasmisión y distribución de energía eléctrica de permitir la conexión y el acceso de las empresas eléctricas, de otros agentes generadores y de los usuarios que lo soliciten, previo el cumplimiento de las normas que rigen el servicio y el pago de las retribuciones que correspondan – cargos por uso de los sistemas de distribución local de energía eléctrica (SDLs) – contratos especiales para la gestión de los servicios públicos – contratos en virtud de los cuales dos (2) o más entidades prestadoras de servicios públicos o estas con grandes proveedores o usuarios, regulan el acceso compartido o de interconexión de bienes indispensables para la prestación de servicios públicos, mediante el pago de una remuneración o un peaje razonable – existencia e inexistencia del contrato – libertad de forma como proyección de la autonomía privada y regla general de perfeccionamiento de los contratos – indicio grave de la inexistencia de un acto ante la falta de un documento o de un principio de prueba por escrito cuando se trata de probar obligaciones originadas en un contrato o una convención – formación de los contratos consensuales mediante la formulación de una oferta y su posterior aceptación por parte del destinatario – aceptación tácita de la oferta.

Síntesis del caso: la empresa industrial y comercial del Estado prestadora de servicios públicos domiciliarios demandante solicita, entre otras pretensiones, que se declare la existencia de un contrato de "acceso y prestación de servicios de red*[es]* de distribución *[de energía eléctrica]" celebrado entre ella y la empresa de servicios públicos domiciliarios comercializadora de energía eléctrica demandada, y que esta última incumplió el contrato al no haberle pagado las* "sumas a *[las]* que t*[enía]* derecho *(…)* por *[concepto de]* la remuneración denominada 'cargos por uso'".

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la Sentencia proferida el 19 de julio de 2024 por el Tribunal Administrativo de Valle del Cauca, en la cual se accedió a las pretensiones de la demanda.[1]

Contenido: 1. Antecedentes – 2. Consideraciones – 3. Decisión

1. ANTECEDENTES

Contenido: 1.1. Posición de la parte demandante – 1.2. Posición de la parte demandada – 1.3. Sentencia de primera instancia – 1.4. Recurso de apelación – 1.5. Trámite relevante en segunda instancia

[1] El Consejo de Estado es **competente** para conocer de los recursos de apelación interpuestos en contra de las sentencias dictadas por los tribunales administrativos en primera instancia, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (en adelante, el "CPACA").

1.1. Posición de la parte demandante

1. El 4 de julio de 2012, Empresas Municipales de Cali – Emcali E.I.C.E. E.S.P. (en adelante, "Emcali") presentó una **demanda,**[2] en ejercicio del **medio de control de controversias contractuales,** en contra de Comercializar S.A. E.S.P. (en adelante, "Comercializar"), en cuyas pretensiones solicitó que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas (se trascribe):[3]

> *"PRIMERA: Se DECLARE probada la existencia del Contrato de Acceso y Prestación de Servicios de Red de Distribución y la ejecución del mismo en el periodo comprendido entre el 01 de septiembre de 2009 fecha de conexión y el 19 de marzo de 2010 fecha de retiro, entre EMCALI (…) y COMERCIALIZAR (…), cuyo objeto fue el uso de la red de distribución de energía de propiedad de EMCALI (…), teniendo como base la Ley 142 de 1994 en su artículo 170, ley 143 de 1994 en sus artículos 5 y 30, en concordancia con la Resolución CREG 070 de 1998, las cuales obligan a las empresas propietarias de redes de interconexión, transmisión y distribución a permitir la conexión y acceso de las empresas eléctricas, de otras empresas generadoras y de los usuarios que lo soliciten.*
> *SEGUNDA: Como consecuencia declare el incumplimiento del contrato, que se deriva de la declaratoria de su existencia.*
> *TERCERA: Condénese a la entidad demandada a pagar a EMCALI (…) las siguientes sumas de dinero:*
> *a) Por concepto de capital de la Factura No. 78394689, la suma de (…) $ 432.690.495.00 (…)*
> *b) Como perjuicios-Lucro Cesante de la Factura No. 78394689:*
> *Por concepto de intereses de mora a la tasa del 1,371000% mensual sobre el capital anterior de abril 6 de 2010 al 22 de junio de 2012, la suma de (…) $160.169.040 (…)*
> *c) Por concepto de capital de la Factura No. 79828930, la suma de (…) $346.108.803.00 (…)*
> *d) Como perjuicios-Lucro Cesante de la Factura No. 79828930:*
> *Por concepto de intereses de mora a la tasa del 1,371000% mensual sobre el capital anterior de mayo 6 de 2010 a junio 22 de 2012, la suma de (…) $ 123. 373.922.00 (…)*
> *e) Por concepto de capital de la Factura No. 813569*[30]*, la suma de (…) $177.934.786.00 (…)*
> *f) Como perjuicios-Lucro Cesante de la Factura No. 813569*[30]*:*

[2] Folios 180-199 del cuaderno 1 del Tribunal.
[3] La demanda fue reformada el 20 de septiembre de 2012, exclusivamente en el sentido de excluir las pretensiones subsidiarias de enriquecimiento sin causa originalmente formuladas y los hechos y fundamentos de derecho asociados a ellas, incluir la pretensión de declaratoria de incumplimiento contractual y la respectiva pretensión consecuencial de condena, y modificar la redacción de otras pretensiones y de algunos hechos (folios 202-221 del cuaderno 1 del Tribunal). Las pretensiones formuladas originalmente eran las siguientes (se trascribe): "*PRIMERA: Según los presupuestos facticos expuestos, admítase la ACCION DE CONTORVERSIA CONTRACTUAL y subsidiariamente declarase probada la ACCION IN REM VERSO (Acción para la devolución de las cosa por enriquecimiento sin causa). SEGUNDA: Como PRETENSIÓN PRINCIPAL, DECLARE probada la existencia del contrato y la ejecución del mismo en el periodo comprendido entre el 01 de septiembre de 2009 y el 19 de marzo de 2010, entre EMCALI (…) y COMERCIALIZAR (…), cuyo objeto fue el uso de la red de distribución de energía de propiedad de EMCALI (…), teniendo como base la Ley 142 de 1994 en su artículo 170, ley 143 de 1994 en sus artículos 5 y 30, en concordancia con la Resolución CREG 070 de 1998, las cuales obligan a las empresas propietarias de redes de interconexión, transmisión y distribución a permitir la conexión y acceso de las empresas eléctricas, de otras empresas generadoras y de los usuarios que lo soliciten. TERCERA: SUBSIDIARIAMENTE, condene a la entidad demandada a reintegrarle a EMCALI (…) la suma de (…) $1.306.975.022.00 (…) o aquellas sumas de dinero que se prueben en el debate, las cuales se les adeuda y que no han sido reintegradas; ya que con su negativa a la devolución se dio un enriquecimiento sin causa de COMERCIALIZAR (…) y al traslado patrimonial injustificado, ocasionando un detrimento patrimonial y empobrecimiento correlativo de EMCALI (…), con los correspondientes perjuicios por dicha negativa a reintegrar las sumas a que tiene derecho* [Emcali] *al pago por parte de los USUARIOS de la remuneración denominada CARGOS POR USO la cual fue recaudada por el comercializador COMERCIALIZAR (…) y que se reusó a reintegrar a EMCALI (…), a pesar de innumerables requerimientos. CUARTA: Condénese igualmente a COMERCIALIZAR (…), a pagar la indexación, corrección monetaria y/o cualquier otra suma de dinero que durante el debate resulte probada, la cual deberá actualizarse hasta la fecha en que se haga efectivo la devolución de las sumas de dinero que se demandan acorde con la fórmula de las matemáticas financieras hasta la fecha de ejecutoria del fallo definitivo. QUINTA: Las condenas respectivas serán actualizadas de conformidad con lo previsto en el artículo 178 del C.C.A. y deberán reconocer los intereses legales liquidados con variación promedio mensual del índice de precios al consumidor, desde la fecha de la ocurrencia de los hechos hasta cuando se le dé cabal cumplimiento a la sentencia que le ponga fin al proceso.*"

Por concepto de intereses de mora a la tasa del 1,371000% mensual sobre el capital anterior de junio 2 de 2010 a junio 22 de 2012, la suma de (…) $ 61.149.783.00 (…)
g) Por concepto de capital de la Factura No. 82801583, la suma de (…) $ 4.163.113.00 (…)
h) Como perjuicios-Lucro Cesante de la Factura No. 82801583:
Por concepto de intereses de mora a la tasa del 1,371000% mensual sobre el capital anterior de julio 2 de 2010 a junio 22 de 2012, la suma de (…) $1.385.082.00 (…)
Capital $ 960.897.197.00
Intereses $ 346.077.827.00
Total a junio 22 de 2012 $ 1.306.975.024.00
O aquellas sumas de dinero que se prueben en el debate, las cuales se le adeuda a [Emcali] *y que no han sido pagadas, sumas a que tiene derecho EMCALI (…) por la remuneración denominada CARGOS POR USO, las cuales fueron cobradas a los usuarios por el comercializador de energía COMERCIALIZAR (…) y el cual se reusó a pagar a EMCALI (…), a pesar de innumerables requerimientos.*
CUARTA: Condénese igualmente a COMERCIALIZAR (…), a pagar la indexación, corrección monetaria y/o cualquier otra suma de dinero que durante el debate resulte probada, la cual deberá actualizarse hasta la fecha en que se haga efectivo el pago de las sumas de dinero que se demandan.
QUINTA: Las condenas respectivas serán actualizadas de conformidad con lo previsto en el artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, las cuales se ajustarán tomando como base el Índice de Precios al Consumidor."

2. En el escrito de **demanda** con la reforma que se le introdujo, la parte demandante narró, en síntesis, los siguientes **hechos:**

3. 1) El 1 de septiembre de 2009, Comercializar solicitó a Emcali "*la conexión al Sistema de Distribución Local* [en adelante, 'SDL'] *en la*[s] *red*[es] *de su propiedad, con el fin de realizar la entrega de* [la] *energía* [eléctrica] *que (…) vendía a sus clientes finales en el mercado no regulado dentro del área de comercialización de Emcali (…)*".

4. 2) Emcali y Comercializar "[c]*onvinieron* [en] *que el precio por el uso de la*[s] *red*[es] *(peaje de SDL) tendría un valor asignado para cada (…) suscriptor de Comercializar*".

5. 3) Emcali "*facilitó una conexión y* [el] *acceso a la*[s] *red*[es] *del* [SDL] *de su propiedad a (…) Comercializar*".

6. 4) "*Para instrumentalizar los términos del contrato (…), Emcali (…) libró las siguientes facturas (…): a) No. 78394689 (…), pagadera el 6 de abril de 2010; b) No. 79828930 (…), pagadera el 6 de mayo de 2010; c) No. 813569*[30] *(…), pagadera el 2 de junio de 2010; y d) No. 82801583 (…), pagadera el 2 de julio de 2010.*"

7. 5) Desde el 7 de abril de 2010 y hasta la fecha de presentación de la demanda, Emcali "*no ha*[bía] *recibido suma alguna* [de] *parte de (…) Comercializar (…) por concepto del uso del* [SDL]".

8. Según sostuvo Emcali en la demanda (se trascribe):

> *"Para el agente comercializador COMERCIALIZAR (…), los cargos por uso son un* pass-through*, es decir, el Operador de Red (OR) EMCALI (…) liquidó y facturó al comercializador los cargos respectivos y este a su vez trasladó estos valores a sus usuarios sin ninguna diferencia, los cuales COMERCIALIZAR (…) no ha pagado a su distribuidor EMCALI (…) por concepto de la energía transportada, suma que asciende a (…) $1.306.975.022.00 (…), a junio 22 de 2012."*

1.2. Posición de la parte demandada

9. El 21 de mayo de 2014, Comercializar **contestó la demanda.**[4] Propuso la excepción mixta[5] de "*caducidad de la acción*", con fundamento en (se trascribe):

> "(…) *el hecho cierto e inequívoco de haberse procedido por la parte actora a realizar de manera extemporánea los cobros que está efectuando a la demandada en el presente proceso, con respecto al uso de las redes del* [SDL] *que efectuaron los usuarios de la demandada y que fueron atendidos efectivamente por ésta hasta el día 23 del mes de marzo de 2010* (…)
> *Así las cosas el término de caducidad debío contarse a partir del 24 de marzo de 2010, hasta el 24 de marzo de 2012 (2 años calendario). Caducidad de la acción que se encontraba entonces consumada para la fecha en que se presentó la solicitud de conciliación extrajudicial, lo cual aconteció el día 27 de marzo de 2012 y con creces para la fecha en que se presentó la demanda."*

10. Adicionalmente, Comercializar se opuso a la pretensión de declaratoria de existencia de un contrato (se trascribe):

> "(…) *como quiera que entre* [las partes del proceso] *no existio tal. Lo que sucede es que EMCALI (…), como propietaria de la*[s] *red*[es] *eléctrica*[s] *y operador de la*[s] *misma*[s]*, debe permitir, por expresa disposición legal, el uso de sus redes eléctricas a los usuarios de los otros agentes, debiéndose cancelar por ello la correspondiente remuneración, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 142 de 1994 (Arts. 5, 30 y 170) y la Resolución Creg 070 de 1998, que regula el tema de uso de redes eléctricas."*

1.3. Sentencia de primera instancia

11. El 19 de julio de 2024, el Tribunal Administrativo de Valle del Cauca profirió la **sentencia de primera instancia,**[6] en la cual accedió a las pretensiones de la demanda:

12. 1) De manera preliminar, el Tribunal desestimó la excepción de caducidad de la acción propuesta por Comercializar, con fundamento en que (se trascribe):

> *"el término debe contarse desde la fecha efectiva en que ocurrió la terminación del contrato por cualquier causa, en el caso concreto, desde*

[4] Folios 363-378 del cuaderno 2 del Tribunal.
[5] Comercializar también formuló la excepción de mérito que denominó "*improcedencia de reconocimiento y declaratoria de la ac*[c]*ión de* [enrique]*cimiento si*[n] *causa*". Sin embargo, la Sala se abstendrá de relacionar los argumentos expuestos en desarrollo de ella, en la medida en que las pretensiones subsidiarias de enriquecimiento sin causa originalmente planteadas en la demanda inicial fueron excluidas de la demanda reformada.
[6] Índice 55 Samai del Tribunal.

> *que COMERCIALIZAR* (…) *suspendió el uso de la conexión al Sistema de Distribución Local en la*[s] *red*[es] *de propiedad de* (…) *EMCALI* (…)
> (…) *el 16 de abril de 2010, fue el último reporte de consumo de energía suministrada por COMERCIALIZAR* (…) *usando las redes de propiedad de EMCALI* (…), *y fecha en la cual ocurrió la terminación tácita del contrato, iniciándose el término de caducidad de la acción.*
> *Por lo anterior, el término máximo de interposición de la demanda era hasta el 17 de abril de 2012 y en vista de que la solicitud de conciliación prejudicial fue realizada el 27 de marzo de 2012 según constancia del 25 de junio de 2012 emanada por la procuraduría, faltaban 21 días para la caducidad, los cuales se reanudaron desde el 26 de junio hasta el 17 de julio de la 2012, y la demanda fue radicada el 04 de julio de la misma anualidad, se encontraba dentro del término el demandante para interponer la acción.*"

13. 2) En relación con el fondo del asunto, el Tribunal concluyó que había lugar a acceder a las pretensiones de la demanda (se trascribe): "*al encontrarse probada la existencia de una relación contractual entre las partes* [del proceso] *por disposición legal y, por ende,* [que] (…) *COMERCIALIZAR* (…) *tenía la obligación de pagar los valores correspondientes a los cargos por uso de la*[s] *red*[es] *recaudados de los usuarios* (…), *en virtud de lo dispuesto en la resolución CREG 7*[0] *de 1998 y* [las] *leyes 142 y 143 de 1994.*" A esta conclusión arribó tras referir normas y jurisprudencia acerca de la pretensión de declaratoria de existencia de un contrato y del régimen prevalentemente de derecho privado de los actos y los contratos de las prestadoras de servicios públicos domiciliarios, y luego de considerar que (se trascribe):

> "(…) *no se evidencia formalidades en la relación sustancial entre demandante y demandado* (…)
> (…) *conforme al artículo 39 de la misma Ley* [se refiere a la Ley 142 de 1994], *se faculta a las E.S.P. celebrar contratos especiales para la gestión de los servicios públicos, en especial el artículo 39.4*[7] *el cual se encasilla la relación que por disposición legal sostuvieron las partes en la presente litis* (…)
> *Si bien en el caso concreto no se celebró un contrato con las formalidades por escrito, la misma normatividad reguladora del tema establece los presupuestos en que se desarrolla la relación sustancial entre las partes involucradas en la prestación de servicios públicos, en este caso EMCALI y COMERCIALIZAR* (…), *por lo que considera esta Sala de Decisión que, la situación que se presenta en el caso* sub examine, *obedece a la existencia de un contrato estatal.*
> *Así las cosas, se tiene que el objeto y causa de la relación sustancial entre EMCALI* (…) *y COMERCIALIZAR* (…), *se encuentra consagrada en los artículos 170 de la Ley 142 de 1994, arts. 5 y 30 de la Ley 143 de 1994 y en la resolución CREG 70 de 1998* (…)
> *Por lo tanto, resulta evidente la ejecución de un contrato de acuerdo a los preceptos normativos y jurisprudenciales citados con anterioridad, aunado al hecho de que las partes involucradas acordaron tácitamente la ejecución del mismo conforme a las pruebas aportadas al proceso, especialmente comunicaciones del 28 de marzo de 2011* (…) *y del* [30 de noviembre de

[7] Artículo 39 (se trascribe): "*Para los efectos de la gestión de los servicios públicos se autoriza la celebración, entre otros, de los siguientes contratos especiales:* (…) *39.4. Contratos en virtud de los cuales dos o más entidades prestadoras de servicios públicos o estas con grandes proveedores o usuarios, regulan el acceso compartido o de interconexión de bienes indispensables para la prestación de servicios públicos, mediante el pago de remuneración o peaje razonable. Este contrato puede celebrarse también entre una empresa de servicios públicos y cualquiera de sus grandes proveedores o usuarios. Si las partes no se convienen, en virtud de esta Ley la comisión de regulación podrá imponer una servidumbre de acceso o de interconexión a quien tenga el uso del bien* (…)".

> 2011][8] (…)*; resulta procedente declarar la existencia un contrato de uso de redes de interconexión, transmisión y distribución entre EMCALI* (…) *y COMERCIALIZAR* (…)*, por disposición legal y reglamentaria.*"

14. 3) Finalmente, el Tribunal estableció que las sumas de dinero adeudadas por Comercializar a Emcali efectivamente correspondían a las indicadas en las "*facturas*" 78394689, 79828930, 81356930 y 82801583, sumas que actualizó hasta la fecha de la sentencia y sobre las cuales, además, reconoció intereses moratorios –calculados desde el vencimiento de las respectivas "*facturas*" y hasta la fecha de la sentencia a una tasa equivalente a una y media (1,5) veces el Interés Bancario Corriente (IBC)–.

15. En la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia se dispuso lo siguiente (se trascribe):

> *"PRIMERO: DECLARAR la existencia del contrato de acceso y prestación de redes de distribución entre EMCALI* (…) *y COMERCIALIZAR* (…)*, por disposición legal y reglamentaria* (…)
> *SEGUNDO: como consecuencia de lo anterior, DECLARAR el incumplimiento del contrato de acceso y prestación de red de distribución por parte de COMERCIALIZAR* (…)
> *TERCERO: Condenar A Comercializar* (…) *a pagar a EMCALI* (…)*, la suma de* (…) *$9.155.539.476,05 por concepto total cuatro (4) facturas, capital indexado más intereses como valor adeudado* (…)
> *CUARTO: Sin condena en costas en esta instancia.*
> *QUINTO: Dese cumplimiento a esta sentencia en los términos establecidos en el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011, modificado por el artículo 87 de la Ley 2080 de 2021."*

1.4. Recurso de apelación

16. El 9 de agosto de 2024,[9] Comercializar interpuso **recurso de apelación** en contra de la Sentencia de 19 de julio de 2024. En el escrito de apelación, solicitó revocar la decisión impugnada y, en su lugar, negar las pretensiones de la demanda. Lo anterior, con fundamento, esencialmente, en la "*falta de* [acreditación de] *los presupuestos legales y* [los] *elementos estructurales que debe contener un contrato; de manera especial, por la ausencia de* [un] *acuerdo de voluntades entre las partes* [del proceso] *para celebrar* [un] *contrato* [de acceso a y] *uso de las redes* [de distribución de energía eléctrica] *de propiedad de Emcali.*" Al respecto, argumentó que (se trascribe):

> "(…) *para que exista contrato, como requisito* sine qua non *debe haber una voluntad real y cierta de negociar entre las partes. Voluntad por la cual cada parte se obligue frente a la otra. En el caso que nos ocupa, ni COMERCIALIZAR se obligó de manera voluntaria con EMCALI, ni EMCALI se obligó voluntariamente con COMERCIALIZAR* (…)
> *Se trató, sí,* (…) *de una relación por disposición de la Ley y la Regulación de la CREG, con ocasión a la obligación de EMCALI que, como propietario de Red*[es] *de Distribución de energía tenía que facilitar el acceso a la*[s]

[8] El Tribunal se refiere a las comunicaciones CSA-202-03-2011-lmg de 28 de marzo y CSA-0579-11-2011 de 30 de noviembre de 2011, dirigidas por la representante legal de Comercializar a la Jefe del Departamento de Cartera y al Gerente General de Emcali, respectivamente.
[9] Índice 61 Samai del Tribunal.

> *misma*[s] *a COMERCIALIZAR para la atención de sus Usuarios* (…) *los elementos esenciales de esa relación por disposición legal y reglamentaria los prescribe la normatividad del sector eléctrico.*
> *En suma, esa vinculación no tiene que estar presidida, ni gobernada por un contrato* interpartes. *Contrato que brillo en el proceso por su ausencia.*
> *Con todo, la conclusión sobre la existencia de contrato que debe caer por falta de acuerdo negocial entre EMCALI y CONERCIALIZAR."*

17. En esa misma línea, sostuvo que el Tribunal "*se limitó a mencionar dos* [(2) pruebas] *de todo el acervo probatorio* [se refiere a las comunicaciones CSA-202-03-2011-lmg de 28 de marzo y CSA-0579-11-2011 de 30 de noviembre de 2011, dirigidas por la representante legal de Comercializar a la Jefe del Departamento de Cartera y al Gerente General de Emcali, respectivamente] (…)*, las cuales resultan in*[anes] *para concluir la existencia del contrato.*" Al respecto, hizo referencia a los dos (2) documentos aludidos, e indicó lo siguiente (se trascribe):

> *"Adviértase de las anteriores comunicaciones, que en ningún momento las misma componen o contiene un elemento estructurante de un contrato, así como tampoco tienen entidad probatoria suficiente para esos efectos, pues se limitan a solicitar un estado de cuenta*[10] *y a proponer formula de pago. Es decir que carecen de vocación probatoria para derivar de ellas consecuencias legales y probatorias llamadas a edificar un contrato."*

1.5. Trámite relevante en segunda instancia

18. El 21 de octubre de 2024, la Procuradora Delegada de Intervención 6 – Primera ante el Consejo de Estado emitió **concepto**[11] sobre el proceso. La delegada del Ministerio Público compartió el razonamiento del Tribunal y solicitó confirmar la decisión de primera instancia.

2. CONSIDERACIONES

Contenido: 2.1. Cuestión previa: oportunidad de la acción en atención al régimen jurídico del contrato cuya declaratoria de existencia se pretende – 2.2. Análisis sustantivo – 2.3. Sobre la condena en costas

2.1. Cuestión previa: oportunidad de la acción en atención al régimen jurídico del contrato cuya declaratoria de existencia se pretende

19. La controversia que en esta oportunidad ocupa la atención de la Sala tiene que ver con el alegado incumplimiento de un contrato de "*acceso y prestación de servicios de red*[es] *de distribución* [de energía eléctrica]", negocio jurídico cuya declaratoria de existencia se pretende, el cual habría sido celebrado entre dos (2) prestadoras de servicios públicos domiciliarios –Emcali y Comercializar–. El objeto de dicho contrato habría consistido, según la demandante, en "*el uso* [por parte de Comercializar] *de la*[s] *red*[es] *de distribución de energía* [eléctrica] *de propiedad de Emcali*",

[10] En relación con este punto, agregó (se trascribe): "*Estado de cuenta sobre obligaciones que emanan precisamente de la relación que por disposición legal o reglamentaria y en el plano de la realidad se surtió entre EMCALI y COMERCIALIZAR.*"
[11] Índice 10 Samai.

durante "*el periodo comprendido entre el 01 de septiembre de 2009 –fecha de conexión– y el 19 de marzo de 2010 –fecha de retiro–*".

20. En asuntos como el presente, desde la modificación introducida al artículo 136 del Código Contencioso Administrativo (en adelante, el "CCA") por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998, la manera de computar el término de caducidad de dos (2) años de la acción –hoy medio de control– de controversias contractuales ha dependido de si los respectivos contratos "*requier*[en] *de liquidación*", y, en relación con estos, de si la liquidación fue efectuada, "*de común acuerdo por las partes*" o "*unilateralmente por la administración*", o no; y respecto de aquellos contratos que no "*requier*[en] *de liquidación*", de si son "*de ejecución instantánea*" o no.

21. Según lo establecido en los artículos 31[12] y 32[13] de la Ley 142 de 1994 y la jurisprudencia unificada de esta Sección, los actos y los contratos de las prestadoras de servicios públicos domiciliarios están sometidos a un régimen prevalentemente de derecho privado en virtud del cual, salvo cuando la ley disponga lo contrario, sus actos precontractuales[14] y sus contratos y actos contractuales[15] se gobiernan por las normas civiles y comerciales del derecho privado. Bajo esa lógica, esta Sección[16] ha señalado que (se trascribe): "*En aplicación de las normas que gobiernan los contratos de los prestadores de servicios públicos domiciliarios,* (…) *la cláusula de liquidación tiene origen* [en] *y corresponde a un pacto accesorio, de modo que no existe en el curso final del contrato una norma que* (…) *imponga llevar a cabo su realización, como s*[í] *sucede bajo el EGCAP* [entiéndase, Estatuto General de Contratación de la Administración Pública]."

22. En el caso concreto, al no estar acreditada la existencia de un acuerdo entre Emcali y Comercializar en virtud del cual el contrato de "*acceso y prestación de servicios de red*[es] *de distribución* [de energía eléctrica]" cuya declaratoria de existencia aquella pretende debiera ser objeto de liquidación, y comoquiera que dicho negocio jurídico no correspondería a un contrato de ejecución instantánea sino a uno de ejecución sucesiva,[17]

---

[12] Artículo 31 (se trascribe): "*Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa* (…)".

[13] Artículo 32 (se trascribe): "*Salvo en cuanto la Constitución Política o esta Ley dispongan expresamente lo contrario, la constitución, y los actos de todas las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, en lo no dispuesto en esta Ley, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado* (…)".

[14] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena de la Sección Tercera, Sentencia de unificación de 3 de septiembre de 2020, exp. 42.003 (se trascribe): "*Salvo las excepciones expresamente establecidas en la ley vigente, los actos precontractuales de los prestadores de servicios públicos domiciliarios no son actos administrativos y se rigen por la normatividad civil y comercial, así como, de resultar aplicables, por los principios que orientan la función administrativa.*"

[15] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena de la Sección Tercera, Sentencia de unificación de 9 de mayo de 2024, exp. 53.962 (se trascribe): "*Salvo las excepciones legales, los actos jurídicos adoptados por los prestadores de servicios públicos domiciliarios con motivo de su actividad contractual, no son actos administrativos y se rigen por la normatividad civil y comercial, así como por las reglas atinentes a su régimen especial. Por tal razón, para controvertirlos a través del medio de control de controversias contractuales, el demandante no tiene la carga de solicitar su anulación.*"

[16] *Ibid*.

[17] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia de 11 de abril de 2019, exp. 41.321 (se trascribe): "*Los contratos, de conformidad con la forma en que se ejecutan, son de ejecución instantánea o de tracto sucesivo. Los primeros son aquellos que se cumplen en un solo momento, es*

de allí se sigue que el término de caducidad de dos (2) años dentro del cual Emcali podía acudir a esta jurisdicción empezó a correr, de conformidad con el literal b) del numeral 10 del artículo 136 del CCA,[18] "*desde la terminación del contrato por cualquier causa*"; esto es, como lo estimó acertadamente el Tribunal, a partir del día siguiente a la última fecha en la que Comercializar suministró energía eléctrica a sus usuarios finales a través del SDL operado por Emcali.

23. Como lo puso de presente el Tribunal, en el proceso está probado[19] que Comercializar, en cumplimiento de sus deberes regulatorios[20] como agente comercializador de energía eléctrica del Mercado de Energía Mayorista (en adelante, el "MEM"), reportó al Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales (en adelante, el "SIC") –esto es, a XM Compañía de Expertos en Mercados S.A. E.S.P. (en adelante, "XM" o el "ASIC")– demandas de energía eléctrica en una "*frontera* [comercial][21] *registrada con* [el] *Operador de Red*[22] [en adelante, 'OR'] *Emcali*" correspondientes al 16 de abril de 2010.

---

decir, no se ejecutan a lo largo del transcurso del tiempo, sino en el instante mismo en que se satisfacen las obligaciones que se derivan de [ellos]*, luego de su perfeccionamiento y/o legalización. Por su parte, los de tracto sucesivo son aquellos en los que las obligaciones se cumplen de manera periódica o continua a lo largo del tiempo*".

[18] Al tenor del artículo 40 de la Ley 153 de 1887 –antes de la modificación introducida por el artículo 624 del Código General del Proceso (en adelante, el "CGP")–, "[l]*as leyes concernientes a la sustanciación y* [la] *ritualidad de los juicios prevalec*[ían] *sobre las anteriores desde el momento en que deb*[ían] *empezar a regir*"; "[p]*ero los términos que hubier*[a]*n empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvier*[a]*n iniciadas, se reg*[ían] *por la ley vigente al tiempo de su iniciación.*" El CPACA entró en vigor el 2 de julio de 2012, según lo dispuesto en su artículo 308.

[19] Archivos TXT "*CR1E0416*" de la carpeta "*2010-04*" de la carpeta "*Comercializar_SA*" y XLSX "*Fronteras_de_Comercializar_antes_Emcali*", ambos de la carpeta "*2018_06_29_Tribunal_Valle_Cauca_Comercializar_vf.docx*" del CD a folio 479 del cuaderno principal.

[20] Artículo 6 de la Resolución CREG No. 6 de 2003 –"[p]*or la cual se adoptan las normas sobre registro de fronteras comerciales y contratos, suministro y reporte de información, y liquidación de transacciones comerciales, en el Mercado de Energía Mayorista*"–, el cual se encontraba vigente para la época de los hechos de la demanda (se trascribe): "*La información sobre medición, correspondiente a los medidores ubicados en las fronteras comerciales registradas ante el SIC, se entregará al ASIC con sujeción a los siguientes plazos: (…) 2. Agentes Comercializadores: 2.1 Reportes diarios: Los agentes comercializadores deben reportar al Administrador del SIC la demanda horaria, medida a través de los medidores que para el efecto se tienen dispuestos en cada una de sus fronteras, dentro de las 72 horas siguientes al día de operación* (…)".

[21] Resolución CREG No. 24 de 1995 –"[p]*or la cual se reglamentan los aspectos comerciales del mercado mayorista de energía en el sistema interconectado nacional, que hacen parte del Reglamento de Operación*"– (se trascribe): "*Artículo 1: Para efectos de la presente resolución, y de las demás reglamentaciones que desarrollen aspectos relacionados con el mercado mayorista de energía eléctrica, se tendrán en cuenta las siguientes definiciones generales: Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales: Dependencia del Centro Nacional de Despacho adscrita a Interconexión Eléctrica S.A. 'E.S.P.', encargada del registro de los contratos de energía a largo plazo; de la liquidación, facturación, cobro y pago del valor de los actos o contratos de energía en la bolsa por generadores y comercializadores; del mantenimiento de los sistemas de información y programas de computación requeridos; y del cumplimiento de las tareas necesarias para el funcionamiento adecuado del Sistema de Intercambios Comerciales (SIC)* (…) *Agente comercializador: Es la empresa registrada ante el Administrador SIC que realiza la comercialización de energía* (…) *Comercialización de energía eléctrica: Actividad consistente en la compra y venta de energía eléctrica en el mercado mayorista y su venta con destino a otras operaciones en dicho mercado o a los usuarios finales. Comercializador: Persona natural o jurídica cuya actividad principal es la comercialización de energía eléctrica* (…) *Mercado mayorista: Conjunto de sistemas de intercambio de información entre generadores y comercializadores de grandes bloques de energía eléctrica en el sistema interconectado nacional, para realizar contratos de energía a largo plazo y en bolsa sobre cantidades y precios definidos, con sujeción al Reglamento de Operación y demás normas aplicables* (…) *Sistema de Intercambios Comerciales (SIC): Conjunto de reglas y procedimientos establecidos en el Reglamento de Operación que permiten definir las obligaciones y acreencias de generadores, comercializadores y los transportadores por concepto de los actos o contratos de energía en la bolsa conforme al despacho central. El SIC incluye el proceso de liquidación del valor de los intercambios, la preparación y actualización del estado de cuenta de cada generador y comercializador que participa en la bolsa de energía y de los transportadores, y la facturación, pago y recaudo del valor de las transacciones realizadas en la misma bolsa* (…) *Artículo 9: Son fronteras comerciales en el mercado mayorista el punto de conexión de generadores y comercializadores a las redes del Sistema de Transmisión Nacional, a los Sistemas de Transmisión Regional o a los Sistemas de Distribución local* (…) [C]*ada agente participante del mercado mayorista puede tener uno o más puntos de frontera comercial* (…)".

[22] Anexo General de la Resolución CREG No. 70 de 1998 –"[p]*or la cual se establece el Reglamento de Distribución de Energía Eléctrica, como parte del Reglamento de Operación del Sistema Interconectado Nacional*"– (se trascribe): "*1. DEFINICIONES. Para los efectos del presente Reglamento se aplicarán las definiciones consagradas*

24. Con las anteriores precisiones en mente, la Sala concluye que la demanda presentada por Emcali el 4 de julio de 2012 lo fue oportunamente, dentro del término de 2 años, contados según lo establecido en el literal b) del numeral 10 del artículo 136 del CCA. Lo anterior, en la medida en que: 1) Comercializar suministró energía eléctrica a sus usuarios finales a través del SDL operado por Emcali hasta el 16 de abril de 2010 –y no hasta el 19 de marzo de 2010, como equivocadamente se indicó en la pretensión primera de la demanda reformada–; y 2) el 27 de marzo de 2012, cuando quedaban 22 días calendario del término de caducidad de la acción de controversias contractuales –hasta el 17 de abril de 2012–, Emcali presentó una solicitud de conciliación extrajudicial que suspendió el término hasta el 25 de junio de 2012, fecha en la cual se declaró fallida la conciliación.[23]

25. Si bien la pretensión de declaratoria de incumplimiento contractual y la respectiva pretensión consecuencial de condena únicamente fueron planteadas por Emcali en la reforma de la demanda –actuación procesal realizada el 20 de septiembre de 2012, esto es, luego de vencido el término de caducidad de la acción de controversias contractuales–, la Sala estima que no son extemporáneas, comoquiera que desde la demanda inicial se pretendió –aunque desde la óptica del enriquecimiento sin causa– que Comercializar fuera condenada al pago de "*la remuneración denominada 'cargos por uso'*".[24]

2.2. Análisis sustantivo

26. La Sala **confirmará** la decisión de primera instancia. En consecuencia, se **actualizará,** hasta la fecha de esta sentencia, la condena impuesta por el Tribunal. Esta decisión será adoptada por las razones que pasan a exponerse a continuación:

27. 1) En los términos del numeral 11.6. del artículo 11 de la Ley 142 de 1994 –ubicado en el capítulo I, "*principios generales*", del título preliminar de la ley–, "[p]*ara cumplir con la función social de la propiedad, pública o privada, las entidades que* prest[a]n *servicios públicos tienen*", entre otros, el deber de "[f]*acilitar el acceso* [y la] *interconexión de otras empresas o entidades que prestan servicios públicos, o que sean grandes usuarios de*

en las Leyes 142 y 143 de 1994, en sus disposiciones reglamentarias, y en especial las siguientes: (…) *Distribuidor Local (DL): Persona que opera y transporta energía eléctrica en un Sistema de Distribución Local, o que ha constituido una empresa cuyo objeto incluye el desarrollo de dichas actividades; y la operará directamente o por interpuesta persona (Operador)* (…) *Operador de Red de STR's y/o SDL's (OR): Es la persona encargada de la planeación de la expansión y de las inversiones, operación y mantenimiento de todo o parte de un STR o SDL; los activos pueden ser de su propiedad o de terceros. Para todos los propósitos son las empresas que tienen Cargos por Uso de los STR's y/o SDL's aprobados por la CREG. El OR siempre debe ser una Empresa de Servicios Públicos* (…) *Sistema de Distribución Local (SDL): Sistema de transmisión de energía eléctrica compuesto por redes de distribución municipales o distritales; conformado por el conjunto de líneas y subestaciones, con sus equipos asociados, que operan a tensiones menores de 220 kV que no pertenecen a un sistema de transmisión regional por estar dedicadas al servicio de un sistema de distribución municipal, distrital o local* (…)".

[23] Folios 14-17 del cuaderno 1 del Tribunal.

[24] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Auto de 17 de abril de 2026, exp. 73.981 (se trascribe): "(…) *en relación con el término de caducidad, se advierte que este debe cumplirse respecto de las pretensiones nuevas formuladas en la reforma de la demanda* (…) *Sin embargo, dicho término debe cumplirse únicamente en relación con pretensiones completamente nuevas que disten sustancialmente de las presentadas en la demanda inicial* (…)".

ell[a]*s, a los bienes empleados para la organización y* [la] *prestación de los servicios."*

28. Específicamente en relación con el servicio público domiciliario de energía eléctrica,[25] el inciso primero del artículo 30 de la Ley 143 de 1994 –ubicado en el capítulo VI de la ley, "*de la interconexión*"– dispone que (se trascribe): "*Las empresas propietarias de redes de interconexión, transmisión y distribución permitirán la conexión y* [el] *acceso de las empresas eléctricas, de otros agentes generadores y de los usuarios que lo soliciten, previo el cumplimiento de las normas que rijan el servicio y el pago de las retribuciones que correspondan.*"[26]

29. 2) Según lo establecido en los literales c) y d) del artículo 23[27] de la Ley 143 de 1994, la retribución a ser pagada al OR de un SDL de energía eléctrica por el acceso a y el uso de las redes por él operadas corresponde a una tarifa aprobada, de acuerdo con una metodología de cálculo previamente definida en atención a las pautas descritas en los artículos 39 a 41 de la misma ley,[28] por la Comisión de Regulación de Energía y Gas (en adelante, la "CREG"). La regulación se refiere a esta tarifa y a las que retribuyen el acceso a y el uso de un Sistema de Trasmisión Regional (en

[25] Artículo 14 de la Ley 142 de 1994 (se trascribe): "*Para interpretar y aplicar esta Ley se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:* (…) *14.25. Servicio público domiciliario de energía eléctrica: Es el transporte de energía eléctrica desde las redes regionales de transmisión hasta el domicilio del usuario final, incluida su conexión y medición. También se aplicará esta Ley a las actividades complementarias de generación, de comercialización, de transformación, interconexión y transmisión* (…)".

[26] Idéntico sentido tiene el artículo 170 de la Ley 142 de 1994 –ubicado en el capítulo II, "*energía eléctrica y gas combustible*", del título IX, "*normas especiales para algunos servicios*", de la ley– (se trascribe): "*Sin perjuicio de lo dispuesto en otras partes de esta Ley, las empresas propietarias de redes de interconexión, transmisión y distribución permitirán la conexión y acceso de las empresas eléctricas, de otras empresas generadoras y de los usuarios que lo soliciten, previo el cumplimiento de las normas que rijan el servicio y el pago de las retribuciones que correspondan.*"

[27] Artículo 23 (se trascribe): "*Para el cumplimiento del objetivo definido en el artículo 20 de la presente ley, la Comisión de Regulación de Energía y Gas con relación al servicio de electricidad tendrá las siguientes funciones generales:* (…) *c) Definir la metodología para el cálculo de las tarifas por el acceso y uso de las redes eléctricas* (…) *d) Aprobar las tarifas que deban sufragarse por el acceso y uso de las redes eléctricas* (…)".

[28] Ley 143 de 1994 (se trascribe): "*Artículo 39: Los cargos asociados con el acceso y uso de las redes del sistema interconectado nacional cubrirán, en condiciones óptimas de gestión, los costos de inversión de las redes de interconexión, transmisión y distribución, según los diferentes niveles de tensión, incluido el costo de oportunidad de capital, de administración, operación y mantenimiento, en condiciones adecuadas de calidad y confiabilidad y de desarrollo sostenible. Estos cargos tendrán en cuenta criterios de viabilidad financiera. Artículo 40: Las tarifas por el acceso y uso de las redes del sistema interconectado nacional deben incluir los siguientes cargos: a) Un cargo de conexión que cubrirá los costos de la conexión del usuario a la red de interconexión; b) Un cargo fijo asociado a los servicios de interconexión; c) Un cargo variable, asociado a los servicios de transporte por la red de interconexión. Artículo 41: La Comisión de Regulación de Energía y Gas definirá la metodología del cálculo y aprobará las tarifas por el acceso y uso de las redes del sistema interconectado nacional y el procedimiento para hacer efectivo su pago. Parágrafo 1: Las tarifas de acceso a las redes se calcularán considerando entre otros factores, la ubicación de los centros de carga dentro de las redes regionales y los sistemas de distribución asociados, los costos reales del sistema de transmisión o de distribución que se requieren para atender cada centro de carga y las condiciones ambientales que puedan afectar la inversión y el mantenimiento* (…)".

adelante, "STR") o el Sistema de Trasmisión Nacional (en adelante, el "STN") de energía eléctrica[29] con la expresión *cargos por uso*.[30]

30. 3) El artículo 39 de la Ley 142 de 1994 autoriza, "[p]*ara los efectos de la gestión de los servicios públicos*", la celebración de distintos tipos de "*contratos especiales*", entre los que enuncia, en el inciso primero de su numeral 39.4., los "[c]*ontratos en virtud de los cuales dos o más entidades prestadoras de servicios públicos o estas con grandes proveedores o usuarios, regulan el acceso compartido o de interconexión de bienes indispensables para la prestación de servicios públicos, mediante el pago de remuneración o peaje razonable*." La CREG, en el Concepto No. 1176 de 2004, tuvo la oportunidad de pronunciarse[31] acerca de este tipo de "*contratos especiales*", así (se trascribe): "(…) *en cuanto al objeto, estos contratos pueden estar encaminados a regular: i) el acceso compartido de bienes indispensables para la prestación de servicios públicos; o ii) la interconexión de este mismo tipo de bienes. Entendido el acceso como entrada o paso* (…)*, concluimos, a título enunciativo, que el fin práctico del primero de estos contratos consistiría en la utilización de bienes destinados a la prestación de un servicio por parte de personas distintas al propietario o al operador, ya para prestar simultáneamente el mismo servicio, o bien para soportar o contener los activos del prestador del mismo o de otro servicio público*."

31. Según la caracterización del tipo contractual, este negocio jurídico resulta idóneo para instrumentalizar la conexión y el acceso, por parte de las empresas eléctricas y de otros agentes generadores, a las redes de interconexión, trasmisión y distribución de energía eléctrica operadas por otras empresas del sector –como la conexión y el acceso de una empresa comercializadora de energía eléctrica como Comercializar al SDL de un OR como Emcali–. En estos eventos, la "*remuneración*" o el "*peaje razonable*"

---

[29] Resolución CREG No. 1 de 1994 –"[p]*or la cual se reglamenta el transporte de energía eléctrica por el Sistema de Transmisión Nacional y se regula la liquidación y administración de las cuentas originadas por los cargos de uso de dicho sistema*"– (se trascribe): "*Artículo 1: Para efectos de la presente resolución, y de las demás reglamentaciones que desarrollen aspectos relacionados con la transmisión de energía eléctrica, se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:* (…) *Sistema de transmisión nacional: Es el sistema interconectado de transmisión de energía eléctrica compuesto por el conjunto de líneas, con sus correspondientes módulos de conexión, que operan a tensiones iguales o superiores a 220 kV. Sistema de transmisión regional: Sistema interconectado de transmisión de energía eléctrica compuesto por redes regionales o interregionales de transmisión; conformado por el conjunto de líneas y subestaciones, con sus equipos asociados, que operan a tensiones menores de 220 kV y que no pertenecen a un sistema de distribución local* (…) *Transmisión: Actividad consistente en el transporte de energía por líneas de transmisión, y la operación, mantenimiento y expansión de sistemas de transmisión, ya sean nacional o regionales. Transportador: Persona natural o jurídica que opera y transporta energía eléctrica en el sistema de transmisión nacional o en un sistema de transmisión regional* (…)".

[30] Resolución CREG No. 97 de 2008 –"[p]*or la cual se aprueban los principios generales y la metodología para el establecimiento de los cargos por uso de los Sistemas de Transmisión Regional y Distribución Local*"– (se trascribe): "*Artículo 1: Para la interpretación y aplicación de esta Resolución, se tendrán en cuenta, además de las definiciones establecidas en las Leyes 142 y 143 de 1994, en el Decreto 388 de 2007 y en las resoluciones vigentes de la CREG, las siguientes:* (…) *Cargos por Uso del OR: Son los cargos, expresados en $/kWh acumulados para cada Nivel de Tensión, que remuneran a un OR los Activos de Uso de los SDL y STR* (…)".

[31] Artículo 73 de la Ley 142 de 1994 (se trascribe): "*Las comisiones de regulación tienen la función de regular los monopolios en la prestación de los servicios públicos, cuando la competencia no sea, de hecho, posible; y, en los demás casos, la de promover la competencia entre quienes presten servicios públicos, para que las operaciones de los monopolistas o de los competidores sean económicamente eficientes, no impliquen abuso de la posición dominante, y produzcan servicios de calidad. Para ello tendrán las siguientes funciones y facultades especiales:* (…) *73.24. Absolver consultas sobre las materias de su competencia* (…)".

a que hace referencia la ley corresponderá, naturalmente, a los cargos por uso aprobados por la CREG.

32. 4) De conformidad con la primera parte del inciso primero del artículo 141 del CPACA, en ejercicio del medio de control de controversias contractuales, "[c]*ualquiera de las partes de un contrato del Estado p*[uede] *pedir que se declare su existencia*".

33. En relación con el fenómeno jurídico de la existencia del contrato, el artículo 1501 del Código Civil dispone que (se trascribe): "*Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degener*[a] *en otro contrato diferente* (…)". En esa misma línea, el inciso segundo del artículo 898 del Código de Comercio establece que (se trascribe): "*Será inexistente el negocio jurídico cuando se haya celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exija para su formación, en razón del acto o contrato y cuando falte alguno de sus elementos esenciales.*" Esto significa que, para probar la existencia del contrato de "*acceso y prestación de servicios de red*[es] *de distribución* [de energía eléctrica]", Emcali debía acreditar un "*concurso real de las voluntades*"[32] suya y de Comercializar sobre los elementos esenciales del negocio jurídico, y, de ser necesario, el lleno de "*las solemnidades sustanciales que la ley exi*[ge] *para su formación*".

34. 5) Con respecto a esto último, se debe tener presente la clasificación de los contratos según su forma de perfeccionamiento, contenida en el artículo 1500 del Código Civil. Al tenor de la norma (se trascribe): "*El contrato es real cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere; es solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil; y es consensual cuando se perfecciona por el solo consentimiento.*"

35. Sobre el particular, la Sala considera importante resaltar que una de las principales proyecciones de la autonomía privada consiste en la libertad de seleccionar el medio de expresión de la voluntad de las partes de un negocio jurídico, lo que se traduce en que la libertad de forma –también denominada *consensualismo*– es la regla general de perfeccionamiento de los contratos; o, dicho de otro modo, que salvo que la ley disponga lo contrario, los contratos son consensuales y, en ese sentido, para su nacimiento a la vida jurídica no requieren más que del "*concurso real de las voluntades*" de las partes sobre sus elementos esenciales. En palabras de HINESTROSA[33] (se trascribe):

---

[32] Artículo 1494 del Código Civil (se trascribe): "*Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones* (…)". En ese mismo sentido, la primera parte del artículo 864 del Código de Comercio define el contrato como "*un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial*".

[33] HINESTROSA, Fernando, *Tratado de las obligaciones*, t. II, *De las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico*, vol. I, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015, 311-312 y 448.

> *"A lo largo del último milenio se ha proclamado hasta la exageración la libertad de forma, bajo el lema del* solus consensus obligat, *que acá se entiende en la posibilidad que tiene el particular de expresarse y de dar a conocer su disposición de intereses por cualquier medio, asumiendo, como es obvio, los riesgos de su empleo. El principio se manifiesta indirectamente en el código civil, al no haber este incluido la forma dentro de los requisitos de validez del acto o contrato (art. 1502), y directamente en el de comercio, en cuanto el art. 824 previene: 'Los comerciantes podrán expresar su voluntad de contratar u obligarse verbalmente, por escrito o por cualquier modo inequívoco'. En tal sentido, los particulares no solo pueden valerse de cualquiera forma, sino que resultan vinculados cuando quiera que realizan o incurren en una conducta legalmente tipificada* (…)
> *La ley, atendiendo a diversas consideraciones, cambiantes según la cultura y las exigencias del tráfico, al disciplinar las distintas figuras negociales, en los códigos o en leyes especiales, señala cuáles son solemnes y cuáles las formalidades respectivas, en el entendido de que para las figuras restantes no exige vestido especial (*nuda pacta*)* (…)".

36. Adicional a lo dispuesto en los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994 (como se refirió antes), señala el parágrafo del artículo 39 de la Ley 142 de 1994 que, "[s]*alvo los contratos de que trat*[a] (…) *el numeral 39.1* (…), *todos aquellos a los que se refiere* [el] *artículo*" –entre ellos, los "*contratos especiales*" "*en virtud de los cuales dos o más entidades prestadoras de servicios públicos o estas con grandes proveedores o usuarios, regulan el acceso compartido o de interconexión de bienes indispensables para la prestación de servicios públicos, mediante el pago de remuneración o peaje razonable*"– "*se r*[igen] *por el derecho privado.*"

37. El régimen jurídico de estos contratos resulta de la mayor relevancia en el caso concreto, en la medida en que, a diferencia de los contratos estatales sometidos al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública,[34] el contrato cuya declaratoria de existencia se pretende no está sujeto a ninguna solemnidad para su nacimiento a la vida jurídica.[35] En ese orden de ideas, se tiene que la prosperidad de la pretensión de declaratoria de existencia del contrato de "*acceso y prestación de servicios de red*[es] *de distribución* [de energía eléctrica]" dependía únicamente de la acreditación de un acuerdo de voluntades entre las partes del proceso sobre el objeto y la contraprestación del negocio jurídico, elementos esenciales del "*contrato especial*" bilateral[36] y oneroso[37] al que se hace alusión; a saber: la conexión y el acceso, por parte de Comercializar, al SDL operado por Emcali, y la remuneración o el "*peaje razonable*", correspondiente a los cargos por uso.

---

[34] Ley 80 de 1993 (se trascribe): "*Artículo 39: Los contratos que celebren las entidades estatales constarán por escrito y no requerirán ser elevados a escritura pública, con excepción de aquellos que impliquen mutación del dominio o imposición de gravámenes y servidumbres sobre bienes inmuebles y, en general, aquellos que conforme a las normas legales vigentes deban cumplir con dicha formalidad* (…) *Artículo 41: Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y este se eleve a escrito* (…)".
[35] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 4 de mayo de 2022, exp. 55.015.
[36] Artículo 1496 del Código Civil (se trascribe): "*El contrato es unilateral cuando una de las partes se obliga para con otra que no contrae obligación alguna; y bilateral, cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente.*"
[37] Artículo 1497 del Código Civil (se trascribe): "*El contrato es gratuito o de beneficencia cuando solo tiene por objeto la utilidad de una de las partes, sufriendo la otra el gravamen; y oneroso, cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro.*"

38. 6) Alcanzado este punto, no puede perderse de vista que, cuando de demostrar la celebración de un contrato consensual que no consta por escrito o en un documento[38] se trata, el estándar probatorio a ser satisfecho por quien tiene la carga de la prueba es particularmente exigente. Esto, en atención al "*indicio grave de la inexistencia del respectivo acto*" consagrado en el inciso segundo del artículo 225 del CGP –aplicable por remisión del artículo 211[39] del CPACA– (se trascribe): "*Cuando se trate de probar obligaciones originadas en contrato o convención, o el correspondiente pago, la falta de documento o de un principio de prueba por escrito, se apreciará por el juez como un indicio grave de la inexistencia del respectivo acto, a menos que por las circunstancias en que tuvo lugar haya sido imposible obtenerlo, o que su valor y la calidad de las partes justifiquen tal omisión.*"

39. 7) Según las consideraciones hasta aquí expuestas, la Sala coincide con Comercializar en que las dos (2) pruebas documentales a partir de las cuales el Tribunal estimó que Emcali y Comercializar "*acordaron tácitamente la ejecución del*" contrato de "*acceso y prestación de servicios de red* [es] *de distribución* [de energía eléctrica]" cuya declaratoria de existencia la primera pretende "*carecen de vocación probatoria para derivar de ellas consecuencias legales y probatorias llamadas a edificar un contrato*." En efecto:

40. Mediante la comunicación CSA-202-03-2011-lmg de 28 de marzo de 2011[40] que la representante legal de Comercializar le dirigió a la Jefe del Departamento de Cartera de Emcali, la primera se limitó a solicitarle a la segunda "*una confirmación de* [sus] *cuentas por pagar*" (se trascribe):

> *"Con el propósito de obtener una confirmación de nuestras cuentas por pagar le solicitamos nos confirmen el saldo de sus cuentas con nosotros al 31 de diciembre de 2010.*
> *Favor indicar detalladamente las partidas que le componen y su concepto*
> *Les agradecemos enviar su respuesta antes del 15 de abril de 2011 a nuestras oficinas ubicadas en* (…), *o si lo prefiere al fax* (…)".

41. Por medio de la comunicación CSA-0579-11-2011 de 30 de noviembre de 2011[41] dirigida por la representante legal de Comercializar al Gerente General de Emcali, aquella puso a consideración de este una "*propuesta de pago*" de varias deudas a su cargo (se trascribe):

> *"Asunto: Propuesta de Pago* (…)
> *Con respecto a EMCALI, COMERCIALIZAR presenta una deuda que se detalla a continuación:* (…)

[38] Artículo 243 del CGP (se trascribe): "*Son documentos los escritos, impresos, planos, dibujos, cuadros, mensajes de datos, fotografías, cintas cinematográficas, discos, grabaciones magnetofónicas, videograbaciones, radiografías, talones, contraseñas, cupones, etiquetas, sellos y, en general, todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo, y las inscripciones en lápidas, monumentos, edificios o similares* (…)".
[39] Artículo 211 (se trascribe): "*En los procesos que se adelanten ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en lo que no esté expresamente regulado en este Código, se aplicarán en materia probatoria las normas del Código de Procedimiento Civil* [entiéndase hoy, el CGP]."
[40] Folio 81 del cuaderno 1 del Tribunal.
[41] Folios 91-97 del cuaderno 1 del Tribunal.

SDL	
CAPITAL	*$ 960.897.197*
INTERESES DE MORA	*$ 200.277.117*
SUBTOTAL	*$ 1.161.174.314*

(…)
Para el pago de lo anterior COMERCIALIZAR S.A. E.S.P. pone a consideración de EMCALI la siguiente propuesta: (…)".

42. Como se advierte fácilmente, de las anteriores comunicaciones no puede siquiera inferirse la existencia de un acuerdo de voluntades entre las partes del proceso sobre los elementos esenciales del contrato cuya declaratoria de existencia se pretende. Sin embargo, ello no conduce a la Sala a concluir que el contrato de "*acceso y prestación de servicios de red*[es] *de distribución* [de energía eléctrica]" no existió; por el contrario, se considera que en el proceso está debidamente acreditado que dicho negocio jurídico se formó mediante la aceptación tácita, por parte de Emcali, de una oferta que Comercializar le había formulado:

43. 8) Previamente, la Sala recuerda que, según lo establece la primera parte del artículo 845[42] del Código de Comercio, la "*oferta o propuesta*" es el "*proyecto de negocio jurídico que una persona formul*[a] *a otra*", proyecto de negocio jurídico que, para producir los efectos que le asigna el ordenamiento jurídico –uno de los cuales consiste, en los términos del inciso primero del artículo 864 del Código de Comercio, en que, "*salvo estipulación en contrario, se ent*[iende] *celebrado* [el negocio jurídico ofertado] *en el lugar de residencia del proponente y en el momento en* [el] *que este recib*[e] *la aceptación de la propuesta*"–, debe "*contener los elementos esenciales del negocio y ser comunicada al destinatario.*" La aceptación, por su parte, es la expresión de la intención definitiva del destinatario de una oferta de celebrar el negocio jurídico en las condiciones planteadas por el proponente, y puede ser expresa o tácita.[43] La aceptación expresa se da cuando el destinatario de la oferta exterioriza claramente su voluntad de concluir el negocio jurídico, y la tácita, según el artículo 854[44] del Código de Comercio, se manifiesta "*por un hecho inequívoco de ejecución del contrato propuesto*".

44. En la audiencia de pruebas de 14 de febrero de 2019[45] fue practicado el interrogatorio de parte del representante legal de Comercializar.[46] La Sala destaca las siguientes preguntas formuladas por la apoderada de Emcali y las respectivas respuestas dadas por el interrogado en el desarrollo de la diligencia:

[42] Artículo 845 (se trascribe): "*La oferta o propuesta, esto es, el proyecto de negocio jurídico que una persona formule a otra, deberá contener los elementos esenciales del negocio y ser comunicada al destinatario. Se entenderá que la propuesta ha sido comunicada cuando se utilice cualquier medio adecuado para hacerla conocer del destinatario.*"
[43] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 4 de mayo de 2022, exp. 55.015.
[44] Artículo 854 (se trascribe): "*La aceptación tácita, manifestada por un hecho inequívoco de ejecución del contrato propuesto, producirá los mismos efectos que la expresa, siempre que el proponente tenga conocimiento de tal hecho dentro de los términos indicados en los artículos 850 a 853, según el caso.*"
[45] Folios 497-498 del cuaderno principal.
[46] Minutos 3:13 a 25:46 del archivo WMV "*CP_0214133518617*" de la carpeta "*SALA5TCA_0214132445467*" de la carpeta "*2012-00002-00. AP2*" del CD a folio 496 del cuaderno principal.

Pregunta de la apoderada de Emcali (se trascribe): "*¿Es cierto, sí o no, que Comercializar S.A. E.S.P. solicitó a Emcali la conexión al sistema de distribución local en la red de su propiedad?*".[47]

Respuesta del representante legal de Comercializar (se trascribe): "*Es cierto; explico: Comercializar S.A. E.S.P. era una empresa que comercializaba energía eléctrica. Al entrar al sistema de comercialización podía, según la ley de servicios públicos domiciliarios, la ley de energía, utilizar las redes públicas y privadas, solicitando previamente la correspondiente conexión.*"[48]

Pregunta de la apoderada de Emcali (se trascribe): "*¿Es cierto, sí o no, que entre Comercializar y Emcali se acordó que el precio por el uso de la red tendría un valor asignado para cada suscriptor de Comercializar?*".[49]

Respuesta del representante legal de Comercializar (se trascribe): "*Es cierto en que cuando se hace la solicitud de conexión las partes deben acordar un precio de peaje, que está precisamente dentro de la fórmula de comercialización y precio final de la energía al usuario.*"[50]

45. De lo recién trascrito, la Sala estima que las manifestaciones del representante legal de Comercializar cumplen los requisitos establecidos en los numerales 1 a 5 del artículo 191[51] del CGP –aplicable por remisión del artículo 211 del CPACA– para ser consideradas una confesión de que Comercializar formuló a Emcali una oferta de contrato para conectarse y acceder al SDL operado por esta última, a cambio del pago de los cargos por uso que correspondiera.

46. En este punto, la Sala pone de presente, como lo sostuvo Comercializar en la contestación de la demanda y durante todo el proceso, y lo ratificó su representante legal en el interrogatorio de parte que rindió, que el objeto y la contraprestación o los elementos esenciales del contrato de "*acceso y prestación de servicios de red*[es] *de distribución* [de energía eléctrica]" cuya declaratoria de existencia Emcali pretende –y, por ende, del proyecto de negocio jurídico que en su momento la demandada le formuló a la demandante–, esto es, la conexión y el acceso, por parte de Comercializar, al SDL operado por Emcali, y la remuneración o el "*peaje razonable*" correspondiente a los cargos por uso, se encuentran establecidos en la ley y en la regulación.

47. Por otro lado, la Sala encuentra probado, mediante la información que XM –en su condición de ASIC del MEM– remitió al proceso,[52] que, por lo

[47] Minutos 8:12 a 8:23 de la audiencia de pruebas de 14 de febrero de 2019.
[48] Minutos 8:24 a 8:50 de la audiencia de pruebas de 14 de febrero de 2019.
[49] Minutos 8:54 a 9:03 de la audiencia de pruebas de 14 de febrero de 2019.
[50] Minutos 9:10 a 9:25 de la audiencia de pruebas de 14 de febrero de 2019.
[51] Artículo 191 (se trascribe): "*La confesión requiere: 1. Que el confesante tenga capacidad para hacerla y poder dispositivo sobre el derecho que resulte de lo confesado. 2. Que verse sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria. 3. Que recaiga sobre hechos respecto de los cuales la ley no exija otro medio de prueba. 4. Que sea expresa, consciente y libre. 5. Que verse sobre hechos personales del confesante o de los que tenga o deba tener conocimiento* (…)".
[52] Archivos TXT de las distintas subcarpetas de la carpeta "*Comercializar_SA*" y XLSX "*Fronteras_de_Comercializar_antes_Emcali*", ambos de la carpeta "*2018_06_29_Tribunal_Valle_Cauca_Comercializar_vf.docx*" del CD a folio 479 del cuaderno principal.

menos desde enero de 2008 y hasta abril de 2010, Comercializar suministró energía eléctrica a sus usuarios finales a través del SDL operado por Emcali, circunstancia de la cual se deriva que Emcali aceptó tácitamente, "*por un hecho inequívoco de ejecución del contrato propuesto*", la oferta que Comercializar le había formulado. Sobre el particular, conviene subrayar que en ningún momento del proceso Comercializar ha desconocido la existencia y la ejecución de una relación jurídica entre ella y Emcali con respecto al acceso y el uso por parte de aquella de las redes de distribución de energía eléctrica de propiedad de esta, sino únicamente el carácter o la naturaleza contractual de dicha relación.

48. Así las cosas, al estar debidamente acreditado en el proceso que entre Emcali y Comercializar se celebró un contrato de "*acceso y prestación de servicios de red*[es] *de distribución* [de energía eléctrica]", "*cuyo objeto fue el uso de la*[s] *red*[es] *de distribución de energía* [eléctrica] *de propiedad de Emcali*", y comoquiera que el recurso de apelación interpuesto por Comercializar se concentró exclusivamente en este punto de la decisión de primera instancia, la Sala **confirmará** la Sentencia de 19 de julio de 2024.

49. 9) Por último, la condena impuesta por el Tribunal a cargo Comercializar y a favor de Emcali será **actualizada,** desde la fecha de la sentencia de primera instancia y hasta la fecha de esta sentencia. La aplicación de la fórmula de actualización[53] arroja un resultado de $10.182.805.407,_{38}$.

2.3. Sobre la condena en costas

50. De conformidad con el inciso primero del artículo 188 del CPACA[54] y el numeral 3 del artículo 365[55] del CGP, se condenará en costas de esta instancia a Comercializar. Estas deberán ser tasadas y liquidadas por el tribunal de primera instancia, de acuerdo con los artículos 365 y 366 del CGP.

3. DECISIÓN

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

[53] VA = VH * (IPC final/IPC inicial). Donde: VA: Valor actualizado; VH: Valor histórico; IPC final: IPC julio/2026 = 159,79; e IPC inicial: IPC julio/2024 = 143,67.

[54] Artículo 188 (se trascribe): "*Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil* [entiéndase hoy, el CGP] (…)".

[55] Artículo 365 (se trascribe): "*En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:* (…) *3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda* (…)".

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia de 19 de julio de 2024, proferida por el Tribunal Administrativo de Valle del Cauca, y **ACTUALIZAR** la condena impuesta a cargo de Comercializar S.A. E.S.P. y a favor de Empresas Municipales de Cali – Emcali E.I.C.E. E.S.P. La parte resolutiva de la sentencia de primera instancia quedará así:

> *"PRIMERO: DECLARAR la existencia del contrato de acceso y prestación de redes de distribución entre EMCALI (…) y COMERCIALIZAR (…), por disposición legal y reglamentaria (…)*
> *SEGUNDO: como consecuencia de lo anterior, DECLARAR el incumplimiento del contrato de acceso y prestación de red de distribución por parte de COMERCIALIZAR (…)*
> *TERCERO: Condenar A Comercializar (…) a pagar a EMCALI (…), la suma de (…) $10.182.805.407,[38] por concepto total cuatro (4) facturas, capital indexado más intereses como valor adeudado (…)*
> *CUARTO: Sin condena en costas en esta instancia.*
> *QUINTO: Dese cumplimiento a esta sentencia en los términos establecidos en el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011, modificado por el artículo 87 de la Ley 2080 de 2021."*

SEGUNDO: CONDENAR en costas de esta instancia a Comercializar S.A. E.S.P., las cuales se fijarán y liquidarán por el tribunal de primera instancia, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

Por Secretaría, una vez ejecutoriado este proveído, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado electrónicamente
FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Presidente de la Subsección

Firmado electrónicamente
ALBERTO MONTAÑA PLATA
Magistrado

Firmado electrónicamente
DIEGO ENRIQUE FRANCO VICTORIA
Magistrado