



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO DE POPAYÁN
Carrera 4ª # 2-18. Teléfono 8240802. Email: j08admpayan@cendoj.ramajudicial.gov.co

Popayán, veintinueve (29) de julio de 2022

Expediente: 19-001-33-33-008-2016-00168-00
Actor: MUNICIPIO DE SANTANDER DE QUILICHAO
Demandado: COMPAÑÍA ENERGÉTICA DE OCCIDENTE S.A.S. E.S.P. y
SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS
DOMICILIARIOS
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

DEMANDA EN RECONVENCION
Actor: COMPAÑÍA ENERGÉTICA DE OCCIDENTE S.A.S. E.S.P.
Demandado: MUNICIPIO DE SANTANDER DE QUILICHAO
Medio de Control: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

SENTENCIA núm. 102

**LA DEMANDA FORMULADA POR EL MUNICIPIO DE SANTANDER DE QUILICHAO
CONTRA LA COMPAÑÍA ENERGÉTICA DE OCCIDENTE S.A.S. E.S.P. Y LA
SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS – MEDIO DE
CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.**

1.- ANTECEDENTES.

1.1.- La demanda y postura del municipio de Santander de Quilichao.

El municipio de Santander de Quilichao, por medio de apoderado judicial formuló demanda a través del medio de control contenido en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, en contra de la Compañía Energética de Occidente S.A.S E.S.P., y la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, a fin de que se declare la nulidad de los actos administrativos contenidos en las decisiones empresariales nro. 20153403339181 del 4 de agosto de 2015 expedida por dicha compañía, mediante la cual se declaró la suspensión por falta de pago del servicio de energía eléctrica de las dependencias del municipio y el alumbrado público; y nro. 20153403358811 del 26 de agosto de 2015 a través del cual se desató desfavorablemente el recurso de reposición interpuesto por el municipio de Santander de Quilichao contra la primera decisión.

Igualmente, busca la nulidad de la Resolución nro. SSPD – 20158500039875 del 13 de noviembre de 2015 expedida por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, a través de la cual se desató desfavorablemente el recurso de apelación interpuesto por el municipio de Santander de Quilichao.

A título de restablecimiento del derecho pretende de forma principal:

Que se ordene a la Compañía Energética de Occidente S.A.S. E.S.P. continuar prestándole al municipio de Santander de Quilichao el servicio de alumbrado público y energía eléctrica; se abstenga de suspender o cortar el servicio de las dependencias y establecimientos del municipio; que se ordene resolver las peticiones, quejas o reclamos que realice el municipio relacionadas con el servicio de alumbrado público y energía eléctrica, ello en virtud del acuerdo de voluntades contenido en la Escritura Pública 1572 del 2 de octubre de 1962 de la Notaría Primera de Popayán, celebrado entre las partes, el contrato de gestión del 28 de junio de 2010 celebrado entre la Compañía Energética de Occidente S.A.S E.S.P. y CEDELCA SA ESP, y la cesión del contrato de condiciones uniformes de esta última a la mentada compañía.

Pretende también que se condene a las demandadas a pagar al municipio la suma \$5'315.999, correspondiente al valor pagado por concepto de suministro de combustible ACPM que debió utilizar para las plantas eléctricas durante el tiempo en que permaneció suspendido el servicio de energía eléctrica y alumbrado público y todos los perjuicios que se le hubieren causado como consecuencia de la suspensión del servicio, desconociendo el acuerdo de voluntades contenido en la Escritura Pública nro. 1572 del 2 de octubre de 1962 de la Notaría Primera de Popayán, así como los honorarios de abogados que hubiese tenido que contratar para su defensa judicial, y todos los demás perjuicios que se llegaren a causar en la suma que resulte probada, todo con la correspondiente indexación.

Pretensiones subsidiarias principales:

Que la compañía accionada se abstenga de suspender o cortar el servicio de energía eléctrica y alumbrado público de las dependencias y establecimientos del municipio de Santander de Quilichao, hasta tanto no se profieran los fallos definitivos dentro los tres procesos: i) medio de control de controversia contractual contra CENTRALES ELECTRICAS DEL CAUCA S.A. E.S.P., la cual cursa en el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAUCA con radicación 19001-23-33-004-2012-00635-00, magistrado ponente DAVID RAMIREZ FAJARDO, ii) demanda ejecutiva singular contra del MUNICIPIO DE SANTANDER DE QUILICHAO, la cual cursa en el Juzgado Segundo Civil de Santander de Quilichao con radicación 2011-00164-00, y, iii) Acción de controversia contractual instaurada por CENTRALES ELECTRICAS DEL CAUCA SA ESP contra el MUNICIPIO DE SANTANDER DE QUILICHAO, que cursa en el Consejo de Estado – Sección Tercera. MP. RAMIRO DE JESUS PAZOS GUERRERO con radicado 19001233100020020034501 y queden debidamente ejecutoriados. Que se ordene a la COMPAÑÍA ENERGÉTICA DE OCCIDENTE SAS ESP continuar prestándole al municipio el servicio de alumbrado público y energía eléctrica hasta tanto no se resuelvan en última instancia todos los procesos judiciales, que definan a cargo de quién se encuentra el pago del servicio suministrado al municipio. Ordenar a la Compañía Energética de Occidente abstenerse de realizar cualquier tipo de cobro por concepto de energía eléctrica o alumbrado público de las dependencias y establecimientos del municipio de Santander de Quilichao, hasta tanto no se tenga certeza de quién y cómo debe asumir el pago correspondiente. Que, como consecuencia de lo anterior, se ordene a la Compañía, no adelantar algún tipo trámite que conlleve a la suspensión del servicio de energía eléctrica a las dependencias y el alumbrado público del municipio de Santander de Quilichao, hasta tanto no se tenga certeza de quién y cómo debe asumir el pago correspondiente. Que se condene a la Compañía a pagar al municipio de Santander de Quilichao la suma de \$ 5'315.999, correspondiente al valor pagado por concepto de suministro de combustible ACPM que debió utilizar para las plantas eléctricas durante el tiempo en que permaneció suspendido el servicio de energía eléctrica y alumbrado público, con la correspondiente indexación, más costas procesales.

A título de restablecimiento del derecho pretende de forma subsidiaria:

Que se ordene a la COMPAÑÍA ENERGÉTICA DE OCCIDENTE SA ESP, realizar los cobros de los valores facturados por concepto de alumbrado público y energía eléctrica del servicio prestado al MUNICIPIO DE SANTANDER DE QUILICHAO, a CENTRALES ELECTRICAS DEL CAUCA SA ESP, en virtud del acuerdo de voluntades contenido en la escritura pública nro. 1572 del 2 de octubre de 1962 de la Notaría Primera de Popayán, celebrado entre el municipio de Santander de Quilichao y CEDELCA SA ESP, el contrato de gestión del 28 de junio de 2010 celebrado entre la COMPAÑÍA ENERGÉTICA DE OCCIDENTE SAS ESP y CEDELCA SA ESP y la cesión del contrato de condiciones uniformes de CEDELCA SA ESP a la COMPAÑÍA ENERGÉTICA DE OCCIDENTE SAS ESP. Que, como consecuencia de lo anterior, se ordene a la CEO SAS ESP, no adelantar ningún trámite que conlleve a la suspensión del servicio de energía eléctrica a las dependencias y el alumbrado público del municipio de Santander de Quilichao. Que se condene a la COMPAÑÍA ENERGÉTICA DE OCCIDENTE S.A. E.S.P., a pagar al municipio la suma \$ 5.315.999, correspondiente al valor pagado por concepto de suministro de combustible ACPM que debió utilizar para las plantas eléctricas durante el tiempo en que permaneció suspendido el servicio de energía eléctrica y alumbrado público, con la debida actualización, más costas procesales.

Se sustenta la demanda en que por mandato de los artículos 1, 2 y 10 de la Ley 178 del 30 de diciembre de 1959 se creó el impuesto nacional sobre las propiedades inmuebles en el departamento del Cauca, recursos que se destinarían por parte de los municipios que lo recaudaren, en este caso el municipio de Santander de Quilichao, para la compra de acciones de la empresa Centrales Eléctricas del Cauca- CEDELCA S.A., adquiriendo el municipio la condición de accionista de dicha sociedad.

Se afirma que dichas entidades suscribieron la Escritura Pública 1572 de 2 de octubre de 1962 de la Notaría Primera del Círculo de Popayán, protocolizando el Acuerdo 7 de 1962 mediante el cual el ente territorial suscribía 178.458 acciones de CEDELCA S.A., por valor nominal de diez pesos m/cte. (\$10) cada una, a cambio de transferirle el dominio y posesión que el municipio tenía sobre la Central Hidroeléctrica de Mondomo avaluada en \$1'784.571,78, y el resto en dinero, así, la participación accionaria del municipio en CEDELCA S.A., tiene como fuentes, en primer lugar, la Ley 179 de 1959 y posteriormente la citada escritura pública, y luego las acciones recibidas a cambio de las utilidades.

Que de conformidad con la constancia del 10 de febrero de 2016 expedida por el contador público de CEDELCA S.A. E.S.P., para esa fecha el municipio de Santander de Quilichao tenía un total de 1'060.805,720 acciones, con un porcentaje de participación del 2,822741%.

Que de acuerdo a lo citado en la cláusula tercera de la escritura pública ya mencionada, CEDELCA S.A., se comprometió, entre otras obligaciones a: *"A) A suministrar, 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 San Francisco de Paula Santander y de los establecimientos de educación municipal 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"* y, asimismo, se estableció que si del ejercicio financiero de CEDELCA S.A. hubiere utilidades para el municipio, se pagaría el servicio de energía y alumbrado público y el saldo se reinvertiría en acciones de esta sociedad, por su valor nominal; y que si no había utilidades, el pago de la energía se defería, para su posterior cancelación, con futuras utilidades.

Puso de manifiesto que la Escritura Pública 1572 del 2 de octubre de 1962, no ha tenido modificación, ni ha sido objeto de anulación o revisión de la jurisdicción contencioso administrativa con sentencia ejecutoriada, y que CEDELCA S.A. E.S.P. en diciembre 31 de 1997 impuso de manera unilateral al municipio un contrato de condiciones uniformes para la prestación del servicio público domiciliario de energía eléctrica, del cual hacía parte integral, las obligaciones del acuerdo de pago contenidas en la citada escritura pública.

Expone que CEDELCA S.A. E.S.P., presentó una demanda en ejercicio de la acción de controversia contractual contra el municipio de Santander de Quilichao, persiguiendo la anulación o en subsidio la revisión de este contrato, proceso que cursa en la Sección Tercera del Consejo de Estado con radicado 19001-23-31-000-2002-00345-01, magistrado ponente RAMIRO DE JESUS PAZOS GUERRERO, y por ello considera que los términos del convenio se encuentran vigentes.

También, que el 28 de junio de 2010 CEDELCA S.A. E.S.P. y la COMPAÑÍA ENERGÉTICA DE OCCIDENTE S.A.S. E.S.P., suscribieron un contrato de gestión con el siguiente objeto: *"EL GESTOR por su cuenta y riesgo asuma la gestión administrativa, operativa, técnica y comercial, la inversión, ampliación de coberturas, rehabilitación y mantenimiento preventivo y correctivo de la infraestructura eléctrica y demás actividades necesarias para la prestación de los servicios de distribución y comercialización de energía eléctrica del departamento del cauca"*, y del mismo modo en el mes de julio de 2010 se celebraron acuerdos de cesión entre CEDELCA S.A. ESP como cedente, la COMPAÑÍA ENERGÉTICA DE OCCIDENTE como cesionario y la EMPRESA MUNICIPAL DE ENERGÍA ELÉCTRICA S.A ESP, TERMOTASAJERO S.A ESP, GENERARCO SA ESP, ISAGEN SA ESP Y EMGESA SA ESP como contratistas cedidos, para la prestación del servicio de energía eléctrica en el departamento del Cauca,

y adicionalmente CEDELCA le cedió a la compañía energética el contrato de condiciones uniformes que tenía con todos sus usuarios.

Que, de conformidad con los contratos de gestión y cesión, LA COMPAÑÍA ENERGÉTICA DE OCCIDENTE SAS ESP es la encargada de la prestación de los servicios de alumbrado público, energía eléctrica y demás en el departamento del Cauca, en este caso también al municipio de Santander de Quilichao, pero que, CEDELCA S.A. conserva la propiedad.

Destaca que por existir y estar vigente el acuerdo de pago contenido en la escritura nro. 1572 antes mencionada, CEDELCA S.A., al no continuar suministrando directamente el servicio de alumbrado público y energía eléctrica permanente al municipio, transfirió este compromiso a la empresa que le gestionara en esas actividades, en este caso, la COMPAÑÍA ENERGÉTICA DE OCCIDENTE S.A.S. E.S.P. compañía que el 16 de septiembre 2010 comenzó a elaborar facturas de cobro de alumbrado público y energía eléctrica al municipio de Santander de Quilichao, sus establecimientos y dependencias, donde se cobran los servicios de alumbrado público y energía eléctrica, pero, este no ha cancelado el servicio toda vez que se encuentra vigente el convenio jurídico celebrado con CENTRALES ELECTRICAS DEL CAUCA S.A. E.S.P., que consagra la compensación de esta obligación con las utilidades que generan las acciones, y que por ello la COMPAÑÍA ENERGÉTICA DE OCCIDENTE S.A.S. E.S.P. presentó en el mes de mayo de 2011 demanda ejecutiva singular contra el ente territorial cuyo proceso inició en el Juzgado Segundo Civil de Santander de Quilichao, con radicación 2011-00164-00, buscando el pago de dichos servicios suministrados hasta el mes de mayo de 2011, en una cuantía de \$1'034.404.44, juicio dentro del cual, en cuya defensa se puso de presente que quien debe cancelar el servicio de energía eléctrica y alumbrado público es CENTRALES ELECTRICAS DEL CAUCA SA ESP, en virtud del convenio contenido en la escritura pública mencionada. Agregó que, al momento de presentar la demanda que hoy se resuelve, dicho proceso cursa ante la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, magistrado ponente MANUEL ANTONIO BURBANO GOYES.

Aunado a lo anterior, precisó que el municipio presentó en el mes de noviembre de 2012, demanda de controversia contractual contra CENTRALES ELECTRICAS DEL CAUCA S.A. E.S.P., la cual cursa en el Tribunal Administrativo del Cauca con radicación 19001-23-33-004-2012-00635-00, magistrado ponente DAVID RAMIREZ FAJARDO, con la cual se pretende que CEDELCA dé cumplimiento al contrato que se encuentra contenido en la escritura pública ya citada, proceso al que fue vinculado como litisconsorte la COMPAÑÍA ENERGÉTICA DE OCCIDENTE S.A. ESP, pero que fue posteriormente suspendido al considerar que la decisión que se tome dentro del mismo, tiene estrecha relación y depende de la situación que se discute dentro del proceso de naturaleza contractual que cursa ante el Consejo de Estado.

Finalmente, señaló que, a pesar de la existencia de estos procesos judiciales entre las partes, y para presionar el pago del servicio de energía, la COMPAÑÍA ENERGÉTICA DE OCCIDENTE S.A. E.S.P., por medio de decisión empresarial nro. 20153403339181 del 4 de agosto de 2015 resolvió suspender el servicio de alumbrado público y energía eléctrica a varias dependencias municipales, decisión que fue confirmada al resolver los recursos de reposición y apelación contra esta interpuestos, mediante los actos enjuiciados, no obstante, promovieron acción de tutela, en la cual, al resolver la impugnación presentada contra la sentencia de tutela proferida el 24 de diciembre de 2015 por el Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de Santander de Quilichao, que la declaró improcedente, el Tribunal Superior de Popayán mediante sentencia de 11 de febrero de 2016 revocó el fallo de primera instancia y tuteló los derechos vulnerados al municipio, pero de manera transitoria mientras se decide en última instancia la acción contencioso administrativa que resuelva la nulidad de la decisión empresarial tomada por la compañía energética, relacionado con la suspensión del servicio de alumbrado público y energía, y como medida provisional de protección de los derechos fundamentales, ordenó al representante legal de la Compañía suspender la ejecución de la decisión administrativa con radicado 20153403339181 de 4 de agosto de 2015 y en consecuencia la reconexión del servicio de energía y alumbrado público.

Condensando, en el concepto de violación de las normas invocadas, a saber, Constitución Política artículos 1, 2, 4, 11, 13, 25, 27, 29, 44, 45, 46, 49, 52, 67 y 209; Código de Comercio art. 887, 889 y 890; Código Civil art. 1602, 1603, 1604, 1608, 1610, 1625 # 5, 1714, 1715 y 1716; Ley 142 de 1994 artículos 30, 79 numeral 1, 128, 140 y 156 y Ley 1437 de 2011 artículos 1, 2, 3, 5 numerales 6 y 8; 9, 42, 79, 80, 137, 138, y 306, la parte actora considera que se dan las causales de nulidad de los actos objeto de control de legalidad, así:

Por infracción de las normas en que debía fundarse: que se configura por i) falta de aplicación, ii) aplicación indebida o, iii) interpretación errónea y puede darse de manera directa o indirecta por el desconocimiento del marco normativo de carácter sustancial que regula la materia sobre la cual versa la decisión.

Por infracción de normas constitucionales por falta de aplicación: al considerar que constitucionalmente se encuentra establecido que el servidor público debe actuar como garante de la dignidad humana y protector de los derechos en su más amplia comprensión en armonía con los preceptos del Estado Social de Derecho, y con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad lo cual se desarrolla en los primeros artículos de la Ley 1437 de 2011, desatendidos por las entidades demandadas en sede administrativa al expedir los actos enjuiciados, cuyo contenido choca contra el interés general, normas y principios de orden constitucional, pues considera que la decisión de suspender el servicio de energía eléctrica y alumbrado público a las dependencias y establecimientos del municipio de Santander de Quilichao, atenta la primacía de la Constitución Política, norma de normas, que prevalece en caso de incompatibilidad con normas de orden legal, toda vez, que los actos administrativos a pesar de estar aparentemente fundados en normas legales, desconocen flagrantemente normas y principios de orden constitucional, pues dicha suspensión del servicio afecta la actividad de centros de salud, instituciones educativas, establecimientos públicos como centros penitenciarios y carcelarios, pone en riesgo a sujetos que tienen especial protección constitucional y general a todos los habitantes de la entidad territorial, al privarlos de un sin número de servicios que no se pueden prestar sin fluido eléctrico, afecta el derecho al trabajo de los servidores y funcionarios del municipio, toda vez, que no les es posible ejercer la función administrativa, lo cual afecta de manera indirecta a todos los habitantes de esa localidad.

Por infracción de normas legales y cláusulas contractuales por falta de aplicación: insistiendo en que, en la mencionada Escritura Pública 1572 de octubre 2 de 1962 se estipuló la forma en que se compensarían las obligaciones relacionadas con la prestación del servicio de energía eléctrica y alumbrado público, acordando que este se prestaría entre las 06:00 p. m. y 06:00 a. m., en alumbrado público de la ciudad y demás dependencias municipales y el servicio de energía permanente del Hospital San Francisco de Paula Santander y de los establecimientos de educación municipal 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, y demás que el municipio posea como accionista de CEDELCA; que el saldo que resultare a favor del municipio se reinvertirá en acciones de CEDELCA por su valor nominal y si hubiere saldo en contra de este se deferiría para su posterior cancelación con futuras utilidades, escritura que, agregó, se encuentra vigente, y que hace por tanto parte del contrato de condiciones uniformes, de conformidad con el artículo 128 de la Ley 142, estableciendo como modo de extinción de las obligaciones la compensación, el cual fue cedido el 29 de julio de 2010 por CENTRALES ELECTRICAS DEL CAUCA SA ESP a la COMPAÑÍA ENERGÉTICA DE OCCIDENTE en virtud del contrato de gestión del 28 de junio de 2010.

Por falsa o errónea motivación de los actos demandados: afirmando que los actos administrativos demandados no se basaron en hechos reales y contienen una interpretación errónea, por lo cual se encuentra viciados, ya que, en el presente caso se realizó la cesión de la Escritura Pública nro. 1572 de 1962 a la COMPAÑÍA ENERGÉTICA DE OCCIDENTE SAS ESP por lo cual no se había configurado un incumplimiento o mora en los pagos del servicio de energía eléctrica y alumbrado público, hechos que fueron apreciados de manera errada por parte de las demandadas.

En este punto reiteró que el negocio jurídico celebrado entre CENTRALES ELECTRICAS DEL CAUCA SA ESP y el municipio de Santander de Quilichao a través de la Escritura Pública 1572 de octubre 2 de 1962, es eficaz, existente y vigente, toda vez, que no existe pronunciamiento judicial que lo haya nulitado o sacado del ordenamiento jurídico, lo que impide su desconocimiento, haciendo este parte del contrato de servicios públicos plasmado en las condiciones uniformes, posteriormente cedido por un término de 25 años a través de un contrato en el que no se hizo salvedad o excepción alguna al respecto, y que para la compañía, de manera errada, no fue objeto de cesión la varias veces mencionada escritura pública, tema en discusión en otros procesos judiciales anteriormente mencionados.

En relación con el acto enjuiciado, expedido por la Superintendencia de Servicios públicos, aduce que este carece del vicio de falsa motivación, toda vez, que uno de los argumentos de la apelación propuesta por el municipio era la existencia de la Escritura Pública 1572 de octubre 2 de 1962, la cual estipulaba la compensación como mecanismo de extinción de las obligaciones, sin embargo, se omitió su análisis.

Añadió que en el contrato de gestión celebrado entre CENTRALES ELECTRICAS DEL CAUCA- CEDELCA S.A y la COMPAÑÍA ENERGÉTICA DE OCCIDENTE S.A.S. E.S.P., se estipuló como obligación en el numeral 5.4 la de “Ceder al GESTOR, en la fecha de inicio de la operación, los contratos de condiciones uniformes con los que cuenta actualmente y que obran como anexo 3 de este contrato”, y efectivamente CEDELCA S.A y la COMPAÑÍA ENERGÉTICA DE OCCIDENTE S.A.S. celebraron un contrato de cesión en los siguientes términos: “PRIMERO: En virtud del presente acuerdo a partir del primero (1) de agosto de 2010, EL CEDENTE, cede a favor de EL CESIONARIO el contrato de CONDICIONES UNIFORMES, para que este último lo continúe ejecutando respetando todas las garantías, deberes y derechos del SUScriptor Y/O USUARIO que en él se plasman y que hacen parte de la presente cesión” acuerdo que debió ser respetado por la Compañía, por lo cual no era procedente que realizara el cobro de sumas adeudadas y mucho menos constituir en mora al municipio accionante.

Por desconocimiento del derecho de audiencia y de defensa – debido proceso: que atribuye a la COMPAÑÍA ENERGÉTICA DE OCCIDENTE S.A. E.S.P., al expedir los actos demandados, no estudió, ni practicó, ni valoró, las pruebas documentales aportadas y solicitadas a la superintendencia, sin ninguna motivación seria, en el escrito de ampliación de fundamentos del recurso de apelación, las cuales eran pertinentes, conducentes y útiles para emitir una decisión, y que pese a que los medios de defensa se basaron en las obligaciones del contrato de gestión, la cesión del contrato de condiciones uniformes, el convenio jurídico contenido en la referida Escritura Pública 1572 antes mencionada y el pleito pendiente entre las partes, no se dio una respuesta definitiva y fundamentada, y que asimismo la Compañía no realizó ningún estudio de los argumentos de defensa expuestos por el ente territorial y tampoco valoró las pruebas aportadas con el recurso, omitiendo la práctica de las pruebas solicitadas, con el argumento de no ser conducentes ni pertinentes violentando el debido proceso derivado de la vía de hecho por la existencia de un defecto fáctico, que se constata por cuanto el apoyo probatorio en que se basó para aplicar su decisión es inadecuado.

1.2.- Postura y argumentos de defensa de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

A través de representante judicial debidamente constituido, la defensa técnica de esta entidad se opuso a las pretensiones de la entidad territorial accionante, sosteniendo que en efecto expidió el acto administrativo objeto de control jurisdiccional, el cual, afirmó, se hizo de acuerdo con las competencias y facultades asignadas, y el acervo probatorio obrante en el expediente de la actuación administrativa, por ello no puede ser anulado. Agregó que, dado que las pretensiones principales y accesorias de la demanda no van dirigidas en contra de esta entidad, no se pronunciará al respecto.

Aclaró que, el alumbrado público no es un servicio público domiciliario, sino un tributo del orden municipal con independencia del mecanismo que se emplea para su prestación y/o cobro, acorde lo señala el artículo 1. ° de la Ley 142 de 1994, y por ello la superintendencia

no es competente para resolver conflictos relacionados con dicho servicio, el mismo que, por consiguiente, no se encuentra sometido a la vigilancia de la entidad.

Y en lo referente a la suspensión del servicio que se alude en la demanda, manifestó que de las disposiciones contenidas en la Ley 142 de 1994, se derivan derechos y obligaciones para la empresa prestadora del servicio como para los usuarios y/o suscriptores, y las consecuencias en caso de incumplimiento, entre otras, la suspensión o corte del servicio por incumplimiento del contrato de servicios públicos, y que una vez verificadas las facturas de las cuentas de suscripción asignadas a las dependencias del municipio de Santander en aras de establecer la viabilidad de suspender el servicio, se observó que las 32 cuentas presentan saldos insolutos por prestación efectiva del servicio, siendo procedente, entonces, la suspensión.

Precisó también que el acto administrativo expedido, confirmatorio de la decisión administrativa de la Compañía Energética de Occidente SAS E.S.P. se hizo bajo el entendido de que dicha empresa se comprometía a abstenerse de suspender el servicio en aquellas cuentas y/o suscriptores que se encontraban constitucionalmente tutelados, y además se fundamentó en la carencia de competencia de la entidad para pronunciarse y dirimir conflicto en torno al tema de alumbrado público, por una parte, y por la suspensión del servicio de energía por deuda del municipio, sin que se pueda afirmar que se incurrió en falsedad o inexactitud de los motivos en su sustentación, contrario sensu, adujo, la motivación fue basada en criterios de legalidad y apreciación razonable, y con base en los fundamentos probatorios existentes, sin que fuera necesario decretar las requeridas por la accionante, dado que se tornaban impertinentes, inconducentes e innecesarias.

1.3.- Postura y argumentos de defensa de la Compañía Energética de Occidente S.A.S. E.S.P.

En contraste con los planteamientos de la demanda, la defensa de esta sociedad se opone a las pretensiones de la entidad territorial accionante, sosteniendo que de acuerdo con los antecedentes normativos sobre la materia de alumbrado público y la prestación del servicio público domiciliario de energía eléctrica, y el marco legal que actualmente rige sobre la materia, se ha previsto la posibilidad de que estos sean prestados por particulares bajo la modalidad de empresas prestadoras de servicios públicos.

Igualmente, adujo que de acuerdo con la Resolución GREG nro. 043 de 1995 y el Decreto 2424 de 2006, la responsabilidad de la prestación del servicio de alumbrado público es del municipio dentro del perímetro urbano y área rural de su jurisdicción, y agregó que el suministro de la energía eléctrica, para ese fin, es oneroso y responsabilidad de la empresa con la que ello se acuerde, siendo diferente el régimen jurídico aplicable a la prestación de servicio público no domiciliario de alumbrado público (leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007), con el primero de los citados, que se rige por las leyes 142 y 143 de 1994 y constituye un contrato consensual que nace a la vida jurídica con la sola utilización del inmueble –usuario, definido en el contrato de condiciones uniformes, concluyendo que el municipio y sus dependencias se someten a la prestación del servicio público domiciliario de energía eléctrica por cuanto no existe norma especial, como sí ocurre con la prestación del servicio público no domiciliario de alumbrado público, así como para los contratos de suministro de energía eléctrica con destino a alumbrado público.

Luego de poner en contexto las normas que señalan las diferentes modalidades de prestación del servicio, indicó que el 28 de junio de 2010 esta compañía celebró con CEDELCA el denominado “*contrato de gestión*” mediante el cual por su cuenta y riesgo asumió la gestión general y demás actividades necesarias para la prestación de los servicios de distribución y comercialización de energía eléctrica en el departamento del Cauca, en el cual se pactó que estos serían prestados de conformidad con el contrato de condiciones uniformes autorizado a CEDELCA por la COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS – GREG.

A su vez, refirió que CEDELCA S.A., E.S.P. y el municipio de Santander celebraron un contrato mediante Escritura Pública nro. 1.572 del 2 de octubre de 1962 de la Notaría

Primera de Popayán cuyo objeto consistió en compra de 178.458 acciones de CEDELCA que se obligó a pagarlas transfiriendo la propiedad de la central Hidroeléctrica de Mondomo y el saldo en dinero efectivo, y de otra parte CEDELCA se obligó con el municipio a suministrarle energía eléctrica al municipio para el alumbrado público con el pago del precio que sería pagado por el municipio con las utilidades que generara la sociedad CEDELCA en favor del ente territorial, que fueran decretadas por la asamblea de accionistas o en su defecto, o si estas fueran inferiores, se tomarían aquellas utilidades de ejercicios societarios posteriores, servicio que se prestó hasta el 1. ° de agosto de 2010 cuando empezó a prestarlo la Compañía Energética de Occidente.

Formuló las siguientes excepciones de mérito:

EL CONTRATO CELEBRADO ENTRE EL MUNICIPIO DE SANTANDER DE QUILICHAO Y CENTRALES ELÉCTRICAS DEL CAUCA S.A. E.S.P., CEDELCA. EXCLUSIVAMENTE VINCULA A ESTAS ENTIDADES. PRINCIPIO INTER ALIOS ACTA. En suma, se sustenta esta excepción en que según la pactado en la Escritura Pública nro. 1.572 de 2 de octubre de 1962, este negocio jurídico es exclusivamente de la órbita, competencia y obligación de las partes contratantes en el cumplimiento de sus prestaciones y es ley para ellos, a la luz de lo previsto en los artículos 1495 y 1602 del Código Civil, y demás normas concordantes de este estatuto y del Código de Comercio, y por ello, afirma, la Compañía Energética de Occidente S.A.S. E.S.P. no cuenta con vocación para exigirle ningún tipo de cumplimiento por parte del municipio y/o CEDELCA S.A.

EL CONTRATO DE GESTIÓN CELEBRADO ENTRE CEDELCA Y LA COMPAÑÍA ENERGÉTICA DE OCCIDENTE S.A.S. E.S.P. NO PREVIÓ LA CESIÓN DEL CONTRATO ENTRE CEDELCA Y EL MUNICIPIO DE SANTANDER DE QUILICHAO, CONTENIDO EN LA ESCRITURA PÚBLICA NRO. 1.572 DE 02 DE OCTUBRE DE 1962, DE LA NOTARÍA PRIMERA DE POPAYÁN. LA CESIÓN TAMPOCO OCURRIÓ DESPUÉS DE CELEBRADO EL CONTRATO DE GESTIÓN. Se sustenta en que CEDELCA y la COMPAÑÍA ENERGÉTICA DE OCCIDENTE celebraron el ya mencionado contrato de gestión para que esta última asumiera por su cuenta y riesgo la gestión administrativa, operativa, técnica y comercial, la inversión, ampliación de coberturas, rehabilitación y mantenimiento preventivo y correctivo de la infraestructura y demás actividades necesarias para la prestación de los servicios de distribución y comercialización de energía eléctrica en el departamento del Cauca, cediendo con este expresamente los contratos de condiciones uniformes, contratos de compra de energía, contrato sindical, contraprestación económica en el contrato de FIDUCIA-CEDELCA, y los contratos de seguro de la infraestructura, sin incluir la cesión del contrato contenido en la escritura pública nro. 1572 de 2 de octubre de 1962, lo cual tampoco se ha dado en la posteridad, por ello ninguna de las obligaciones en este contenidas fue transferida a la compañía, en especial la referida al suministro de energía con destino al alumbrado público.

IMPOSIBILIDAD JURÍDICA DE EFECTUAR LA CESIÓN DEL CONTRATO CELEBRADO ENTRE EL MUNICIPIO DE SANTANDER DE QUILICHAO Y CENTRALES ELÉCTRICAS DEL CAUCA S.A. E.S.P. –CEDELCA-, MEDIANTE ESCRITURA PÚBLICA NRO. 1.572 DE 02 DE OCTUBRE DE 1962, DE LA NOTARÍA PRIMERA DE POPAYÁN, DE PARTE DE CEDELCA A LA COMPAÑÍA ENERGÉTICA DE OCCIDENTE S.A.S. E.S.P. considera que acorde lo pactado en la renombrada escritura pública nro. 1572 de 1962 no podía ser objeto de cesión alguna a la compañía energética, dado el carácter personal de la prestación, y por cuanto desde el 1. ° de enero de 1997 la prestación se tornó de imposible cumplimiento. Lo anterior por cuanto el pago de la energía suministrada tenía como único medio el mecanismo de pago del precio contra las utilidades sociales que registrara CEDELCA a favor del municipio, cuyo pago solo podía obtenerlo la misma empresa, pues solo esta podía decretar y pagar utilidades a sus accionistas, a través de la figura de la compensación que regula el artículo 1714 del Código Civil, no cedible a terceros, tal y como la misma empresa lo indicó en carta fechada el 23 de julio de 2010 con radicado 20101000282821, y lo reconoció el alcalde del municipio, al precisar que la compañía es ajena a la relación jurídica con CEDELCA en los temas de suministro de energía eléctrica. Aunado a lo anterior, por cuanto desde 1997 la GREG determinó la libertad de negociación de tarifas entre el municipio y la empresa distribuidora, disponiéndose que, a falta de tarifas fijadas por

convenio entre las partes, se aplicarían las establecidas para el sector oficial, siendo aplicables, además, las leyes 142 y 143 de 1994 por mandato del artículo 29 de la Ley 1150 de 2007.

Finalizó afirmando que de haberse producido la cesión entre CEDELCA y la COMPAÑÍA ENERGÉTICA DE OCCIDENTE, en cuanto al suministro de energía, esta sería inexistente por la imposibilidad del objeto de la cesión, según lo indica el artículo 1518 del Código Civil, y en caso de haberse dado el municipio estaba en la obligación de pagar en dinero el valor del suministro de energía eléctrica suministrada para el alumbrado público acorde lo prevé el artículo 128 de la ley 142 de 1994 y el artículo 7 de la Resolución GREG nro. 043 de 1995.

CELEBRACIÓN DEL CONTRATO DEL SUMINISTRO DE ENERGÍA ELÉCTRICA CON DESTINO AL ALUMBRADO PÚBLICO DEL MUNICIPIO DE SANTANDER DE QUILICHAO. SUMINISTRO DE ENERGÍA PARA EL ALUMBRADO PÚBLICO. IMPOSIBILIDAD LEGAL DE SUMINISTRAR EN FORMA GRATUITA LA ENERGÍA PARA EL ALUMBRADO PÚBLICO. SUSPENSIÓN DEL SUMINISTRO. Indicó que desde el inicio de operaciones de la Compañía Energética de Occidente S.A.S. E.S.P. en desarrollo del contrato de gestión celebrado con CEDELCA, ha suministrado al municipio la energía eléctrica con destino al alumbrado público conforme la facturación expedida desde el año 2010, y se ha solicitado de manera infructuosa solemnizar y suscribir el respectivo contrato, precisando que se ha presentado suspensión en el servicio cuando se verifica falta de pago de la facturación a cargo del municipio, deber del ente territorial acorde el contrato de suministro surgido con la Compañía al aceptar el suministro de energía eléctrica, las leyes 142 y 143 de 1994, y artículos 6 y 7 de la Resolución 043 de 1995 de la Comisión de regulación de Energía y Gas, CREG, reiterando que las obligaciones contenidas en el contrato celebrado entre CEDELCA y el municipio de Santander de Quilichao, contenido en la Escritura Pública nro. 1572 de 2 de octubre de 1962, no le es aplicable a la compañía, en cuanto que ella no hace parte de aquel, porque no se le transfirieron, vía cesión o de cualquier otra forma, las obligaciones de CEDELCA contenidas en ese contrato, para cuando la compañía celebró el Contrato de Gestión con CEDELCA de 28 de junio de 2010, como tampoco con posterioridad ocurrió la citada cesión, en razón de la imposibilidad jurídica de realizarla por la imposibilidad jurídica de su objeto y porque la normatividad del alumbrado público, desde 1995, previó nuevas formas de contratación, así como el pago obligatorio en dinero, correspondiente a las tarifas para el alumbrado público.

PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO DE LA COMPAÑÍA ENERGÉTICA DE OCCIDENTE A DEPENDENCIAS MUNICIPALES Y ESTABLECIMIENTOS DE EDUCACIÓN. Planteando el marco jurídico establecido en las leyes 142 y 143 de 1994 y en los artículos 1. ° de la Resolución CREG nro. 043 de 1995 y 1. ° de la 108 de 1997, señaló que en cuanto al contrato de servicio público domiciliario de energía eléctrica, este se entiende celebrado desde “*que la empresa define las condiciones uniformes en las que está dispuesta a prestar el servicio y el propietario o quien utiliza el inmueble determinado solicita recibir allí el servicio, si el solicitante y el inmueble se encuentran en las condiciones previstas por la empresa*”, así, celebrado el contrato de gestión” entre la compañía energética y CEDELCA, el 28 de junio de 2010, y con el inicio de la operación el 1. ° de agosto de ese año, así como la cesión que CEDELCA le hizo a la compañía energética del Contrato de Condiciones Uniformes, en esta última fecha, día de inicio de operaciones, según cláusula 5.4 del contrato de gestión, y con la adopción entonces de este “Contrato de Condiciones Uniformes” para todos sus usuarios, el municipio de Santander de Quilichao adquirió respecto de la compañía energética, el carácter de usuario del servicio público domiciliario de energía eléctrica, respecto de todos los inmuebles en los cuales recibe la prestación del servicio público domiciliario, es decir, las dependencias y oficinas municipales y los establecimientos de educación que se encuentran en el municipio, con lo cual frente a la prestación del servicio público domiciliario, debe pagar el “precio en dinero” por la prestación recibida, al tenor del artículo 128 de la Ley 142 de 1994, siendo procedente, en caso contrario, suspender el servicio o dar por terminado el contrato.

RECONOCIMIENTO DEL MUNICIPIO DE SANTANDER DE QUILICHAO DE LA POSICIÓN CONTRACTUAL CON CEDELCA EN EL CONTRATO CONTENIDO EN LA ESCRITURA PÚBLICA 1572 DE 02 DE OCTUBRE DE 1962. RECONOCIMIENTOS DE HABER RECIBIDO SUMINISTRO DE ENERGÍA ELÉCTRICA PARA EL ALUMBRADO PÚBLICO Y PRESTACIÓN DEL SERVICIO PARA DEPENDENCIAS MUNICIPALES Y ESTABLECIMIENTOS DE EDUCACIÓN: Fundamenta esta excepción en que ha reconocido el mismo municipio que el contrato contenido en la Escritura Pública nro. 1572 de 2 de octubre de 1962, de la Notaría Primera de Popayán, no ha sido modificado, tal y como se afirmó en los hechos 5 y 6 de la demanda que formuló el ente territorial contra CEDELCA S.A., E.S.P., en octubre de 2012, en el proceso que cursa en el Tribunal Administrativo del Cauca bajo el nro. de radicado 2012-00635-00, cuya finalidad, por demás contradictoria con el presente asunto, es lograr el cumplimiento de las obligaciones contenidas en la citada escritura, reconociendo expresamente así que la relación contractual, en torno al suministro del alumbrado público de ese municipio es con la empresa CEDELCA S.A. E.S.P., como también reconoce que en el contrato de gestión de 28 de junio de 2010, que celebraron CEDELCA y la Compañía Energética de Occidente, no estableció obligación alguna de suministrar por esta empresa el servicio de alumbrado público al municipio y que ha recibido de parte de la compañía los servicios de suministro de alumbrado público y energía permanente y que es de responsabilidad de CEDELCA el pago de tales servicios.

RECONOCIMIENTO AL PAGO DEL SUMINISTRO DE ENERGÍA ELÉCTRICA DEL ALUMBRADO PÚBLICO DE PARTE DEL MUNICIPIO DE SANTANDER DE QUILICHAO. Poniendo de manifiesto que en el proceso judicial que cursa ante el Tribunal Administrativo del Cauca, bajo el Nro. 2012-00635, por demanda formulada por el municipio de Santander de Quilichao contra CEDELCA, esta entidad expresó como argumento de defensa que el municipio conocía la obligación de pagar por el suministro de energía eléctrica, no obstante lo convenido en la escritura pública N° 1572 de 02 de octubre de 1962, ello por cuanto el Concejo Municipal de Santander de Quilichao había expedido el Acuerdo Municipal N° 016 de julio 2 de 1998, el cual basado en la Ley 80 de 1993, artículo 32 de la Ley 136 de 1994, Leyes 142 y 143 de 1994, y Resoluciones 043 de 1995, 089 de 1995 y 076 de 1997 de la CREG, autorizó al Alcalde Municipal contratar la repotenciación, suministro, mantenimiento, instalación, operación y expansión del servicio público de alumbrado público, con entidad o entidades públicas o privadas de reconocida idoneidad, y su correspondiente interventoría, que permita asegurar la adecuada y eficiente prestación del servicio mencionado de conformidad con las disposiciones de la ley 143 de 1994 y las Reglamentaciones de la Comisión de Regulación de energía y Gas, en especial la 089 de 1996; y realizar la convocatoria pública, tramitar las negociaciones con la entidad favorecida, y la fiduciaria y a efectuar las operaciones presupuestales necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en el acuerdo, teniendo en cuenta que la remuneración del contrato de concesión consiste en las tarifas o precios que los usuarios de los servicios pagan directamente a los concesionarios, las cuáles son fijadas de acuerdo con las disposiciones establecidas en la Ley 143 de 1994, artículo 80, y que conforme el citado acuerdo municipal fue celebrado un Contrato de Concesión de fecha 31 de diciembre de 1998 con la firma MORELCO LTDA Y TENORIO GARCIA & CIA LTDA.

Finalmente agregó que el 27 de noviembre de 2003, se suscribió el denominado “ACUERDO CELEBRADO ENTRE EL MUNICIPIO DE SANTANDER DE QUILICHAO Y LA EMPRESA CENTRALES ELÉCTRICAS DEL CAUCA” en el que expresamente se reconocía que como CEDELCA no reportaba utilidades para hacer eficaz la contraprestación pactada, el municipio de Santander cancelaría dicha obligación con cargo al gobierno nacional, en desarrollo del artículo 107 de la Ley 788 de 2002 o ley de reforma tributaria, aceptando el ente territorial que la suma de \$ 4.337'794.299 facturada por CEDELCA S.A. ESP, por los consumos estipulados en la cláusula tercera de la escritura varias veces citada, a 30 de junio de 2002, no podrá luego cobrarse a cargo de las utilidades de las acciones que el municipio posee en la electrificadora.

ABUSO DEL DERECHO Y MALA FE AL PROMOVER ACCIONES JUDICIALES CONTRARIAS PARA PRETENDER RECONOCIMIENTO DE POSICIÓN CONTRACTUAL DE LA COMPAÑÍA ENERGÉTICA DE OCCIDENTE S.A.S. E.S.P. EN CONTRATO QUE

LE ES AJENO. Soportada esta excepción, en que el municipio de Santander de Quilichao ha procedido de mala fe cuando ha promovido acciones judiciales contrarias y excluyentes, con el solo ánimo de vincular a la Compañía Energética de Occidente a una relación contractual que le es ajena, como lo es el presente asunto, y el puesto en marcha en marzo de 2012, ante el Tribunal Administrativo del Cauca, proceso con Radicación No. 2012-00635, en el cual se busca, entre otras cosas, que se declare la existencia del contrato contenido en la Escritura Pública N° 1572 de 02 de octubre de 1962 entre el municipio y CEDELCA mediante el cual esta última se obligó, en favor del primero, a suministrarle la energía eléctrica para el alumbrado público y energía eléctrica a las dependencias municipales y establecimientos educativos; declarar que CEDELCA incumplió la obligación, y en forma subsidiaria que se declare la existencia del contrato contenido en la citada escritura pública, y la resolución o terminación del mismo.

Afirmó, que en este proceso judicial, tal como lo ha presentado el demandante, la justificación o no de la suspensión del servicio de parte de la entidad prestadora del suministro de energía eléctrica con destino al alumbrado público, así como del mismo servicio público domiciliario para las dependencias y establecimientos del municipio, es la base contractual que él mismo lo ha determinado en tres (3) contratos, el primero de ellos el celebrado entre CEDELCA y el municipio de Santander de Quilichao, contenido en la Escritura Pública nro. 1572 de 2 de octubre de 1962; el segundo, el contrato de gestión, de 28 de junio de 2010, suscrito ente la Compañía Energética de Occidente y CEDELCA; y el tercero, el Contrato de Condiciones Uniformes que cedió CEDELCA a la Compañía Energética de Occidente, considerando así que de la aplicación o no de cada una de estas relaciones contractuales, a más de algunas consideraciones de tipo legal y constitucional, según la demanda, gira la controversia sobre los actos cuya nulidad se ha pedido, con lo cual, el medio de control está mal invocado, puesto que la lesión pretendida de un derecho subjetivo no está amparado en norma jurídica, pues se trata de una lesión invocada con motivo de la aplicación contractual o trasgresión de normas de varios negocios jurídicos, que él mismo ha citado en la demanda que conlleva el medio de control denominado controversias contractuales.

Con base en lo anterior, concluye que cuando el municipio promovió demanda contra CEDELCA, en el proceso que cursa ante el Tribunal Administrativo del Cauca, nro. 2012-00635, no podía invocar este mismo contrato para hacer aparecer a la Compañía Energética de Occidente como deudora de las obligaciones del mismo, pues ello da lugar al abuso del derecho y mala fe en el actuar del ente territorial.

LEGALIDAD DE LA SUSPENSIÓN DEFINIDA POR LA COMPAÑÍA ENERGÉTICA DE OCCIDENTE Y RATIFICADA POR LA SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS. Atemperado en los argumentos fácticos de la demanda, indicó que la Compañía Energética de Occidente desde que inició su operación el 1.º de agosto de 2010, ha venido suministrando en forma ininterrumpida la energía con destino al suministro del alumbrado público, así como a las dependencias municipales y establecimientos de educación, y que desde el principio se requirió al municipio buscando la formalización del contrato de suministro de energía eléctrica para el alumbrado público o celebrar un contrato para la prestación del servicio público no domiciliario de alumbrado público, de manera infructuosa y sin obtener además el pago correspondiente, por lo que la decisión de suspender el suministro de energía eléctrica con destino al alumbrado público y la de las dependencias e instituciones fue tomada por la compañía en previsión de todos los riesgos y con acatamiento a la ley y principios constitucionales, siendo falso, según se aduce, que se hubiera suspendido el servicio a centros de salud, como para aquellas personas con especial protección como ancianos, niños en guarderías, escuelas, pues la suspensión fue total del alumbrado público y de las dependencias municipales.

En contradicción a lo afirmado por el municipio, consideró que radica la mala fe, temeridad y abuso del derecho de la parte actora cuando trata de someter a terceras personas que no han intervenido en la formación, nacimiento y ejecución de un contrato, a obligaciones que no le atañen y en franca contravía de lo que el mismo municipio había pretendido frente a CEDELCA.

Finalmente, aseguró que el incumplimiento del contrato de suministro de energía eléctrica para el alumbrado público del municipio, así como el incumplimiento del contrato de servicios públicos domiciliario de energía eléctrica para dependencias municipales y establecimientos educativos, de parte del municipio, por omitir el pago de los servicios y suministro, permite a la empresa prestadora suspender el servicio, de conformidad con el artículo 140 de la Ley 142 de 1994, e incluso, de persistir el incumplimiento por varios períodos, para dar por terminado los mencionados contratos, según el artículo 141 del mismo estatuto, en concordancia con las cláusulas 11 y 14 numerales 3 y 5, 18 numeral 12, y 69.

LA DEMANDA FORMULADA EN RECONVENCIÓN POR LA COMPAÑÍA ENERGÉTICA DE OCCIDENTE S.A.S. E.S.P. EN CONTRA DEL MUNICIPIO DE SANTANDER DE QUILICHAO.

A su turno, la Compañía Energética de Occidente S.A.S. E.S.P., formuló demanda de reconvención en contra del municipio de Santander de Quilichao, así:

2.- ANTECEDENTES.

2.1.- La demanda y postura de la Compañía Energética de Occidente S.A.S. E.S.P.

Pretensiones principales:

Busca la compañía, que se declare que entre esta y el municipio de Santander de Quilichao se celebró en agosto de 2010 contrato consensual mediante el cual le suministró al ente territorial energía eléctrica con destino al alumbrado público del citado municipio; que se celebró contrato de servicios públicos domiciliario de energía eléctrica de “*condiciones uniformes*”, mediante el cual le prestó el servicio a las dependencias municipales y establecimientos educativos de ese municipio, a cambio de un precio en dinero; que la compañía le ha suministrado al municipio energía eléctrica con destino al alumbrado público local, desde agosto de 2010, así como le ha prestado el servicio público domiciliario de energía eléctrica a las dependencias municipales y establecimientos educativos, desde esa fecha; que el municipio de Santander de Quilichao no ha pagado a la compañía el precio por la energía suministrada con destino al alumbrado público, así como tampoco el correspondiente a la prestación del servicio público domiciliario de energía eléctrica a dependencias y establecimientos educativos de ese municipio; que el municipio de Santander de Quilichao deberá pagar a la compañía el valor de la energía eléctrica con destino al alumbrado público del municipio de Santander de Quilichao, así como el precio por la prestación del servicio público domiciliario de energía eléctrica a dependencias municipales y establecimientos educativos del municipio, desde agosto de 2010.

Igualmente, pretende que se condene al municipio de Santander de Quilichao a pagar a la Compañía Energética de Occidente el valor de la energía eléctrica que le ha suministrado con destino al alumbrado público desde agosto de 2010, hasta la fecha en que se dicte sentencia, por la cantidad de OCHO MIL CUATROCIENTOS CUARENTA Y SEIS MILLONES QUINIENTOS OCHO MIL DOSCIENTOS SETENTA Y SIETE PESOS (\$ 8.446'508.277,00) moneda colombiana, o aquella que se pruebe en el proceso; el valor por la prestación del servicio público domiciliario de energía eléctrica a las dependencias municipales y establecimientos de educación municipales, desde agosto de 2010, hasta la sentencia, por la cantidad de DOS MIL DOSCIENTOS VEINTISIETE MILLONES SETECIENTOS CUARENTA Y UN MIL DIECISEIS PESOS (\$ 2.227'741.016,00), moneda colombiana, o aquella que se pruebe en el proceso; como también los intereses de mora, a la máxima tasa legal permitida, sobre las cantidades correspondientes a las condenas correspondientes al valor de la energía eléctrica suministrada, con destino al alumbrado público desde agosto de 2010 hasta la sentencia, así como por la condena correspondiente a la prestación del servicio público domiciliario de energía eléctrica a las dependencias municipales y establecimientos de educación municipales, durante el mismo período, más costas procesales, e intereses.

Pretensiones subsidiarias:

Para el caso en que se nieguen las pretensiones principales, formuló la Compañía las siguientes, subsidiarias:

Que se declare que la Compañía Energética de Occidente le ha suministrado al municipio de Santander de Quilichao energía eléctrica con destino al alumbrado público de ese municipio, así como a las dependencias municipales y establecimientos educativos, desde agosto de 2010; que dicho ente territorial no ha pagado a la compañía el precio por la energía suministrada con destino al alumbrado público, así como tampoco el correspondiente a dependencias y establecimientos educativos de ese municipio; que deberá pagar a la compañía el valor de la energía eléctrica que le ha suministrado con destino al alumbrado público del municipio y a las dependencias municipales y establecimientos educativos, desde agosto de 2010.

Asimismo, pretende que se condene al municipio a pagar a la Compañía, como indemnización de perjuicios, el valor de la energía eléctrica que le ha suministrado con destino al alumbrado público desde agosto de 2010, hasta la sentencia, por la cantidad de OCHO MIL CUATROCIENTOS CUARENTA Y SEIS MILLONES QUINIENTOS OCHO MIL DOSCIENTOS SETENTA Y SIETE PESOS (\$8.446'508.277,00), moneda colombiana, o aquella que se prueba en el proceso; pagar, como indemnización de perjuicios, el valor de la energía que le ha suministrado con destino a dependencias municipales y establecimientos de educación del municipio, desde agosto de 2010, hasta la sentencia, por la cantidad de DOS MIL DOSCIENTOS VEINTISIETE MILLONES SETECIENTOS CUARENTA Y UN MIL DIECISEIS PESOS (\$2.227'741.016,00), moneda colombiana, o aquella que se prueba en el proceso, pagar intereses de mora, a la máxima tasa legal permitida, sobre las cantidades correspondientes a las condenas que se decreten, por indemnización de perjuicio, más costas procesales e intereses de mora.

Supuestos fácticos:

Como argumentos de facto, se indicó que la Compañía Energética de Occidente se constituyó por documento privado el 24 de junio de 2010, inscrita en el registro mercantil de la Cámara de Comercio del Cauca el 29 de julio de ese año.

Que dicha compañía celebró con Centrales Eléctricas del Cauca S.A. E.S.P. CEDELCA, el 28 de junio de 2010, el denominado “*Contrato de Gestión*”, mediante el cual la compañía por su cuenta y riesgo asumió la gestión administrativa, operativa, técnica y comercial, la inversión, ampliación de coberturas, rehabilitación y mantenimiento preventivo y correctivo de la infraestructura y demás actividades necesarias para la prestación de los servicios de distribución y comercialización de energía eléctrica en el departamento del Cauca, y que en ejecución del mismo asumió los servicios de distribución y comercialización en el área de influencia del departamento, indicando para los usuarios, el referido contrato, que el servicio de energía sería prestado de conformidad con el “*Contrato de Condiciones Uniformes*”, autorizado a CEDELCA por la Comisión de Regulación de Energía y Gas, CREG, contrato que fue cedido a la Compañía Energética de Occidente al inicio de operaciones, y que facultaba a esta a elaborar y obtener aprobación de un nuevo “*Contrato de Condiciones Uniformes*” para la prestación del servicio de energía eléctrica.

Señaló que la compañía inició operaciones el 1.º de agosto de 2010 y desde esta fecha empezó a prestar el servicio de energía eléctrica en el departamento del Cauca; que en el mencionado “*Contrato de Gestión*”, CEDELCA y la compañía convinieron en materia de cesión de contratos, que aquella le cedería a esta los siguientes contratos: (i) “*Contratos de Condiciones Uniformes*” para la prestación del servicio de energía eléctrica a los usuarios; (ii) “*Contratos de Compra de Energía*”, (iii) “*Contrato Sindical*” celebrado con UTEN; (iv) la contraprestación económica en el Contrato de Fiducia-CEDELCA; y (v) “*Contratos de Seguro*” de la infraestructura.

CEDELCA y el municipio celebraron el contrato contenido en la Escritura Pública nro. 1572 de 2 de octubre de 1962, de la Notaría Primera de Popayán, mediante el cual, en forma

principal (i) el municipio suscribió en su carácter de accionista de CEDELCA, 178.458 acciones, cuyo pago se obligó a realizar mediante la transferencia de la propiedad a CEDELCA de la “*Central Hidroeléctrica de Mondomo*”, la cual había sido construida con aportes de la nación, departamento del Cauca y municipio de Santander de Quilichao, así como a efectuar las reparaciones de la central, unificación y rectificación de redes, completar la red urbana del alumbrado público, interconectar la central con otras centrales y hacer estudios de electrificación rural; (ii) CEDELCA se obligó al suministro de energía eléctrica en favor del municipio, para el alumbrado público, dependencias municipales, establecimientos de educación y Hospital Francisco de Paula Santander, a las tarifas que fije el Ministerio de Fomento y con cargo a las utilidades que se liquiden en favor del municipio, contrato que no fue cedido por CEDELCA a la Compañía Energética de Occidente al momento de celebrar el respectivo “*Contrato de Gestión*”, como tampoco lo fue con posterioridad.

Agregó que la compañía desde el inicio de sus operaciones, hasta la fecha en que se formuló la demanda de reconvención, ha suministrado al municipio la energía eléctrica con destino al alumbrado público, así como también ha prestado el servicio público domiciliario de energía eléctrica de “condiciones uniformes” a los inmuebles de jurisdicción del mismo, entre los cuales se encuentran los inmuebles que corresponden a las dependencias municipales, a los establecimientos educativos y al Hospital “Francisco de Paula Santander”, y que a su vez, CEDELCA, desde 1.º de agosto de 2010 dejó de prestar el suministro de energía eléctrica para el alumbrado público y el servicio público domiciliario de energía eléctrica a dependencias municipales y establecimientos educativos.

Indicó que el municipio ha reconocido que desde el inicio de las operaciones de la Compañía, esta le ha suministrado la energía eléctrica para el alumbrado público, así como la destinada a las dependencias municipales y establecimientos de educación, y que ha expresado en el hecho 19 de la demanda que promovió contra CEDELCA, que se tramita ante el Tribunal Administrativo del Cauca, que ha recibido de parte de la Compañía los servicios de alumbrado público y energía permanente para dependencias municipales y establecimientos educativos municipales, y que no ha procedido con su pago en razón de no tener los recursos económicos y porque CEDELCA no le suministra tales servicios.

Luego aseguró que la Compañía le ha remitido al municipio, desde septiembre de 2010 y hasta octubre de 2016, la facturación correspondiente al suministro de energía eléctrica con destino al alumbrado público y la prestación del servicio público domiciliario de energía eléctrica a los inmuebles de jurisdicción del mismo, entre los cuales se encuentran los inmuebles donde funcionan las dependencias municipales y los establecimientos educativos, que el municipio ha expresado que la Compañía le ha remitido la facturación correspondiente al suministro de energía eléctrica para el alumbrado público y dependencias municipales y establecimientos de educación según lo afirmado por ese ente territorial en el hecho 15 de la demanda que formuló contra CEDELCA, en proceso administrativo que cursa ante el Tribunal Administrativo del Cauca que cursa con el radicado 2012-00635.

Manifestó que el contrato de suministro de energía eléctrica con destino al alumbrado público es un contrato que se rige por las leyes 142 y 143 de 1994, al tenor del artículo 29 de la Ley 1150 de 2007, y en lo demás por las disposiciones del Código de Comercio referidas al “*contrato de suministro*” de que tratan los artículos 968 y ss, y acorde con ello, el contrato de suministro de energía con destino al alumbrado público de Santander de Quilichao fue celebrado entre la Compañía Energética y el municipio de Santander de Quilichao, desde cuando esta Compañía empezó a suministrarle la energía eléctrica, o sea desde agosto de 2010, y el municipio, en su carácter de prestador del servicio público de alumbrado público, la utilizó en el alumbrado público.

Puso de manifiesto que el municipio no ha protestado a la compañía el suministro de energía eléctrica con destino al alumbrado público, por el contrario, siempre la ha utilizado en el mismo a pesar de negarle en forma permanente el pago del precio, que el ente territorial a pesar de los requerimientos que le ha formulado la compañía se ha negado a suscribir contrato para que le suministre energía eléctrica con destino al alumbrado público,

como tampoco ha aceptado iniciar trámites para celebrar contrato de concesión para la prestación del servicio público no domiciliario de alumbrado público, y que, sin embargo, ha aceptado de parte de la compañía, desde septiembre de 2010 el suministro de energía eléctrica para el citado alumbrado, con lo cual ha mantenido en forma permanente el alumbrado público de Santander de Quilichao.

Precisó que el tema de la energía eléctrica suministrada por la Compañía Energética de Occidente por más de seis años al municipio, para el alumbrado público y para la prestación del servicio domiciliario en las dependencias municipales y establecimientos de educación, sin que la Compañía haya obtenido pago por ese concepto ha sido llevado por esta a varias instancias como son CEDELCA, Gobernación del Cauca, Procuraduría General de la Nación, municipio de Santander de Quilichao, y a pesar de ello, se ha negado a pagar el servicio, omisión por la cual la Compañía ha procedido ejecutivamente contra este, en proceso que cursa ante el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Santander de Quilichao, con Radicación nro. 2011-00164-00.

Aunado a lo anterior, refirió que la facturación que le ha formulado la compañía al municipio, por suministro de energía eléctrica con destino al alumbrado público, así como por la prestación del servicio público a las dependencias municipales y establecimientos de educación, desde agosto de 2010 a octubre de 2016, es la que aparece en los Anexos nro. 01 y 02 de la demanda de reconvención, y que el municipio es legalmente responsable de la prestación del servicio público no domiciliario de alumbrado público en la jurisdicción de ese municipio, así como debe pagar por el suministro de la energía eléctrica con destino al alumbrado público y por la prestación del servicio público domiciliario de energía eléctrica para dependencias municipales y establecimientos públicos del mismo, estando además obligado al pago de la energía eléctrica que le ha suministrado la compañía con destino al alumbrado público, así como a las dependencias municipales y establecimientos de educación de ese municipio, sin que pueda, en ningún caso, exonerarse del pago.

2.2.- Postura y argumentos de defensa del municipio de Santander de Quilichao.

A través de representante judicial debidamente constituido, la defensa de esta entidad se opuso a las pretensiones principales y subsidiarias de la demanda, destacando que la Escritura Pública 1572 de 1962 se encuentra vigente, por lo que a la luz de lo señalado en el artículo 128 de la Ley 142 de 1994 hace parte del contrato de condiciones uniformes.

Señaló que en el contrato de gestión celebrado entre CEDELCA S.A. y la compañía energética quedó estipulada la cesión al gestor en la fecha de inicio de la operación, los contratos de condiciones uniformes, a partir del 1.º de agosto de 2010, respetando todas las garantías, deberes y derecho del suscriptor y/o usuario que en él se plasman y que hacen parte de la cesión, resultando incluido, entonces, lo establecido en la citada escritura pública, pues no hubo salvedad al respecto.

Indicó que a partir de la vigencia de la Ley 178 de 1959, el municipio de Santander de Quilichao adquirió la condición de accionista de CEDELCA S. A. y que posteriormente, estos suscribieron la Escritura Pública 1572 de 2 de octubre de 1962 de la Notaría Primera del Circuito de Popayán, protocolizando el Acuerdo 7 de 1962 mediante el cual el municipio suscribía 178.458 acciones de CEDELCA S.A., por valor nominal de diez pesos m/cte. (\$10) cada una, a cambio de transferirle el dominio y posesión que el municipio tenía sobre la Central Hidroeléctrica de Mondomo avaluada en \$1'784.571,78, y el resto en dinero.

Añadió que CEDELCA le cedió a la Compañía Energética de Occidente, el contrato de condiciones uniformes que tenía con todos sus usuarios, y de conformidad con los contratos de gestión y cesión, esta última es la encargada de la prestación de los servicios de alumbrado público, energía eléctrica y demás en el departamento del Cauca, sin embargo, CEDELCA S. A. conserva la propiedad, resaltando que por existir y estar vigente el acuerdo de pago contenido en la escritura 1572, CEDELCA, al no continuar suministrando directamente el servicio de alumbrado público y energía eléctrica permanente al municipio, transfirió este compromiso a la empresa que le gestionara en estas actividades, en este caso, la Compañía energética, la que, contrario a lo manifestado en la demanda, ha suspendido

el servicio en diferentes ocasiones por falta de pago, ello por encontrarse vigente el convenio jurídico celebrado con CEDELCA que consagra la compensación de esta obligación con las utilidades que generan las acciones.

Respecto al alumbrado público, adujo que la prestación de este servicio no se regula por el contrato de condiciones uniformes, sino que se encuentra regulado por el Decreto 2424 de 2006, el cual en sus artículos 6 y 7, señalan que su celebración exige un contrato especial, entre el municipio y la empresa prestadora del servicio, distinto al contrato de condiciones uniformes, el cual no ha sido celebrado.

Aseguró que el municipio no ha cancelado a la compañía energética los servicios de alumbrado público y energía permanente recibido de ésta, de un lado por cuanto no cuenta con los recursos económicos para ello, y por el otro lado, por cuanto si CEDELCA no suministra estos servicios, debe consecuentemente cancelar su valor a quien lo esté haciendo, para así respetar y cumplir con el convenio jurídico contenido en la citada escritura pública, sobre todo cuando la compañía es parte contractual con CEDELCA en el contrato de gestión aludido y recibe dineros por este.

Formuló las siguientes excepciones de mérito:

INEXISTENCIA DE TITULO EJECUTIVO COMPLEJO PARA QUE PROCEDA EL COBRO: señalando que, conforme a la doctrina autorizada del Consejo de Estado, las facturas de servicios públicos domiciliarios no constituyen títulos valores, y por tanto su ejecución debe realizarse integrando un título ejecutivo complejo, el cual debe estar integrado por las facturas y el contrato de condiciones uniformes para la prestación del servicio.

EL CONTRATO QUE RIGE LA RELACION CONTRACTUAL PARA LA PRESTACION DEL SERVICIO DE ENERGIA ELECTRICA Y ALUMBRADO PUBLICO ENTRE CENTRALES ELECTRICAS DEL CAUCA Y EL MUNICIPIO DE SANTANDER DE QUILICHAO: sustentada en que por mandato de los artículos 1 y 10 de la Ley 178 del 30 de diciembre de 1959, se creó el impuesto nacional sobre las propiedades inmuebles en el Departamento Cauca, recursos que se destinarían por parte de los municipios que lo recaudaren para la compra de acciones de la empresa CEDELCA S.A., y que, en consecuencia, a partir de la vigencia de la mencionada norma, el municipio de Santander de Quilichao adquirió la condición de accionista de la citada sociedad. Insistió en que CEDELCA S.A. y el municipio de Santander de Quilichao, suscribieron la Escritura Pública 1572 de 2 de octubre de 1962 de la Notaría Primera del Círculo de Popayán, formalizando un convenio jurídico por el cual el municipio suscribía 178.458 acciones de CEDELCA S.A por valor C nominal de diez pesos m/cte. (\$10) cada una, a cambio de transferirle el dominio y posesión que el municipio tenía sobre la Central Hidroeléctrica de Mondomo avaluada en \$1'784.571,78, y el resto en dinero, para concluir que la participación accionaria del municipio en CEDELCA S.A., tiene como fuentes, en primer lugar la ley 178 de 1959 y posteriormente la citada escritura pública y luego las acciones recibidas a cambio de las utilidades, teniendo el municipio para el 5 de junio de 2005, según certificación expedida por el Jefe de la Unidad de Apoyo de Contabilidad de dicha sociedad, un total de 87.662.846, con un porcentaje de participación del 2,5234%.

Precisó que, de acuerdo con la cláusula tercera de la varias veces mencionada escritura, si del ejercicio financiero de CEDELCA S.A hubiere utilidades para el municipio, se paga el servicio de energía y alumbrado público y el saldo se reinvertiría en acciones esta sociedad, por su valor nominal; y si no había utilidades, el pago de la energía se defería, para su posterior cancelación, con futuras utilidades.

COMPENSACION: Sustentada en los mismos argumentos de la excepción anteriormente expuesta, concluyendo que la compensación como mecanismo de extinción de las obligaciones, está establecida en la Escritura Pública 1572 de 2 de octubre de 1962 de la Notaría Primera del Círculo de Popayán.

Los alegatos de conclusión formulados por las partes actantes.

- De la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

Claramente, este extremo procesal formuló las alegaciones finales exclusivamente en lo que respecta a la demanda a la cual se encuentra vinculado, esto es, la impulsada por el MUNICIPIO DE SANTANDER DE QUILICHAO en su contra, y en contra de la COMPAÑÍA ENERGÉTICA DE OCCIDENTE CEO S.A. E.S.P.

En esta etapa procesal, esta entidad previa relación de los antecedentes procesales, mantuvo la postura de oposición a las pretensiones de la demanda, concluyendo que con las pruebas recaudadas no se logró acreditar su supuesta responsabilidad, ni los motivos y razones por los cuales debe ser nulitado el acto administrativo enjuiciado, en consecuencia, este se debe mantener incólume y revestido del principio de legalidad que lo ampara.

Reiteró los argumentos de defensa expuestos al contestar la demanda, en cuanto a que en lo referente a la suspensión del alumbrado público a las dependencias de la alcaldía en el municipio de Santander de Quilichao, la ley no le ha atribuido a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios SSPD, la facultad de pronunciarse sobre la naturaleza, legalidad y otros aspectos del cobro del impuesto municipal de alumbrado público, en la medida que dicho servicio y tributo, si bien es público, no es considerado como servicio público domiciliario según la Ley 142 de 1994 y el Decreto 2424 de 2006 lo que implica que no sea competente para resolver conflictos relacionados con este.

También puntualizó que acorde el marco normativo establecido en la Ley 142 de 1994 no es necesario que se realice notificación para la suspensión del servicio de energía, pues es una obligación de la empresa prestadora que en la factura se determine claramente la fecha de pago oportuno y fecha de suspensión, por lo que es obligación de todo usuario y/o suscriptor realizar el pago del servicio, so pena de la suspensión del mismo y pago del valor de la reconexión.

En su concepto, de las pruebas obrantes en el expediente, se concluyó que de la verificación de las 32 cuentas relacionadas por la prestadora CEO SAS E.S.P., tienen como fecha de pago oportuno la anotación "inmediato", y todas tienen saldos insolutos por prestación efectiva del servicio de energía eléctrica, y que por lo tanto conforme a lo dispuesto en el artículo 140 de la Ley 142 de 1994, en concordancia con lo señalado en el artículo 55 de la Resolución CREG 108/97, así como con la cláusula 69 del Contrato de Condiciones Uniformes, la suspensión del servicio procede al cobro de la segunda factura insoluta, y por el no pago oportuno de la factura de energía y/o cuando el suscriptor y/o usuario presente saldos pendientes de pago de la factura expedida por la compañía, configurándose así los presupuestos para que la empresa procediera a suspender el servicio de energía eléctrica domiciliaria, al municipio de Santander de Quilichao.

Finalmente, insistió en que el acto enjuiciado, fue por esta expedido con base en fundamentos probatorios y jurídicos, estableciendo por parte de la entidad con respecto a las pruebas solicitadas por la accionante, que las mismas no eran necesarias, conducentes, ni pertinentes para probar los hechos analizados, razón por la cual en la investigación administrativa adelantada se abstuvo en derecho de decretarlas y practicarlas aunado a que algunas de ellas ya habían sido aportadas por las partes del proceso.

- De la Compañía Energética de Occidente S.A.S. E.S.P.

Esta Compañía, en este momento procesal, una vez indicados los antecedentes procesales surtidos en el juicio, replicó que el municipio de Santander de Quilichao no contrató con esta la prestación del servicio público de alumbrado público, sino que contrató el suministro de energía eléctrica con destino a ese servicio, significando lo anterior que desde que CEO asumió la prestación del servicio de energía eléctrica en el departamento del Cauca, en agosto de 2010, ha venido suministrándole al municipio la energía con destino al alumbrado público, así como también la prestación domiciliaria del servicio público de energía eléctrica para dependencias municipales y establecimientos de educación.

Insistió en que como el artículo 29 de la Ley 1150 de 2007 prescribió que los contratos estatales de alumbrado público, vigentes a la expedición de la misma, *“deberán ajustarse a lo aquí previsto”*, el contrato de alumbrado público celebrado entre CEDELCA y el municipio de Santander de Quilichao, por Escritura Pública 1572 de 2 de octubre de 1962, fue modificado expresamente por las leyes 142 y 143 de 1994, motivo por el cual ese contrato, con pago mediante compensación contra las utilidades de CEDELCA, debió serlo por “precio en dinero” tal como lo establece el artículo 128 de la Ley 142 de 1994 y el artículo 07 de la Resolución de la Comisión de Regulación de Energía y Gas, CREG, 043 de 1995.

Señaló que el pago del servicio de alumbrado público y el servicio de energía eléctrica a dependencias municipales y establecimientos educativos, se fijó, conforme se dispuso en la misma escritura pública, contra las utilidades que genera a CEDELCA en favor de su accionista, el municipio de Santander de Quilichao, siempre que del ejercicio financiero de CEDELCA se obtuvieren utilidades para esta entidad territorial, en su carácter de accionista, escritura que se mantiene vigente, con la excepción de que el pago del servicio de energía por el alumbrado público y de los establecimientos educativos y dependencia municipales, con la entrada en vigencia del estatuto de servicios públicos domiciliarios, a través de la Ley 142 de 1992, debe ser en dinero y no a través de utilidades como fue convenido.

Reprodujo lo expuesto en la formulación de excepciones, en cuanto a que la prestación a cargo de CEDELCA y en favor del municipio de Santander de Quilichao, del servicio público de alumbrado público y del servicio de energía eléctrica de dependencias municipales y establecimientos educativos pactado en la Escritura Pública 1572 de 1962 solamente obliga a las partes contratantes, de conformidad con el artículo 1602 del Código Civil, en concordancia con las disposiciones del mismo estatuto en los artículos 1495, 1502, 1506 y 1507 y 824 y 864 del Código de Comercio, sin que efecto alguno de ese contrato pueda trasladarse a ninguna otra persona diferente de las contratantes, que no podrá obligarse o beneficiarse del mismo, ya que el contrato no produce efectos erga omnes, según los principios de “libertad negocial” y de la “autonomía” que indican que ninguna persona puede quedar obligada a cumplir cualquier prestación a menos que medie su indiscutible voluntad para obligarse, aunado a que este no ha sido cedido a la compañía para cuando se celebró el contrato de gestión entre CEDELCA y la compañía en el año 2010, ni posteriormente.

Precisó que al analizar el contrato contenido en la Escritura Pública 1572 citada, es posible concluir que CEO nunca pudo ser cesionario de CEDELCA de sus obligaciones en favor del municipio porque (i) jurídicamente la forma de pago del servicio de alumbrado público y del servicio público domiciliario de dependencias municipales y establecimientos de educación, a través de las utilidades que generara CEDELCA, era física y jurídicamente imposible porque CEO no era accionista de CEDELCA, y (ii) la forma de pago de los servicios en favor de CEDELCA, contenidos en la escritura pública, no cumplía los requisitos de la nueva estructura de los servicios públicos, en especial aquellos relativos al pago en dinero de los servicios.

Aseveró que desde agosto de 2010, época en la cual CEO empezó a prestar el servicio de energía eléctrica en el departamento del Cauca, le ha venido prestado al municipio de Santander de Quilichao el suministro de energía eléctrica para el alumbrado público y el servicio domiciliario de energía eléctrica para dependencias municipales y establecimientos de educación del mismo municipio, contratos que de conformidad con la regulación legal, son consensuales y a ellos se aplica el contrato de condiciones uniformes que tiene CEO con sus usuarios.

Concluyó que desde el año 2010 a la fecha, CEO le ha prestado al municipio de Santander de Quilichao los servicios de suministro de energía eléctrica con destino al alumbrado público y el servicio domiciliario de energía eléctrica para dependencias municipales y establecimientos de educación, contratos consensuales que, por disposición de la ley, se les aplica la normatividad del Contrato de Condiciones Uniformes que tiene CEO con sus usuarios, y en las cantidades de 39.078.709,83 kilovatios/hora y 10.315.126,38 kilovatios/hora, desde agosto de 2010 a la fecha del dictamen pericial practicado como prueba en el presente asunto, y que el municipio no le ha pagado las facturas correspondientes al cobro de los servicios antes enunciados y le adeuda la cantidad de

\$42.266.454.251,56, correspondiente al suministro de energía eléctrica para el alumbrado público: \$32.638.977.773,10, y servicio público de energía eléctrica a dependencias municipales, establecimientos educativos y otros, por \$9.627.476.478,41.

- Del municipio de Santander de Quilichao.

En la etapa de alegatos finales, esta esta entidad territorial, previa síntesis de los antecedentes administrativos y procesales del juicio, solicitó nuevamente se despachen de manera favorable las pretensiones de la demanda por este incoada, y se nieguen las pretensiones de la demanda de reconvención, reiterando los argumentos expuestos en demanda y contestación, respectivamente, insistiendo en que al suscribir el contrato de gestión la Compañía compró la cartera de CEDELCA incluyendo la deuda del municipio, asumió la comercialización del servicio público de energía en los términos de la Escritura Pública 1572, y asumió la responsabilidad de conocer todas y cada una de las implicaciones del mismo, yerro que no puede ser trasferidos al municipio, no siendo equitativo ni ajustado a derecho que la Compañía tome al municipio como usuario cedido de CEDELCA y le preste el servicio y al tiempo pretenda desconocer el acuerdo vigente entre esta sociedad y el municipio para el pago del servicio con la eventual generación de utilidades.

Acotó que existe debate judicial sobre el pago de suministro de energía en otros estrados judiciales de la jurisdicción ordinaria, impulsados a través de acciones ejecutivas, lo que impide la suspensión de la prestación del servicio, por pleito pendiente, citando además conceptos de la Comisión de Regulación de Energía y Gas del 26 de octubre de 2021 y del 5 de abril de 2022 que aclaran que la relación jurídica para el suministro de energía con destino al alumbrado público no se rige por el contrato de condiciones uniformes, ya que con respecto a este y el contrato de suministro de energía con destino al alumbrado público la ley prevé una clara distinción entre ellos.

3.- Vinculación de la sociedad Centrales Eléctricas del Cauca – CEDELSA S.A.

Necesario aclarar que mediante el auto interlocutorio núm. 716 del 18 de agosto de 2017 la sociedad Centrales Eléctricas del Cauca – CEDELSA S.A. fue vinculada al juicio en calidad de llamada en garantía, en demanda de reconvención, sin embargo, en audiencia inicial celebrada el 2 de diciembre de 2020 se dictó el auto interlocutorio núm. 907 resolviendo en su favor la excepción de *“notificación extemporánea del auto que admitió el llamamiento”*, por consiguiente, fue declarada la terminación del proceso en cuanto a esta sociedad.

4.- Concepto del Ministerio Público.

La delegada del Ministerio Público ante este despacho no rindió concepto en este asunto.

5.- CONSIDERACIONES.

5.1.- Presupuestos procesales de competencia y caducidad.

En este asunto se encuentran reunidos los presupuestos procesales de competencia y caducidad de los medios de control impulsados:

El primero, por la naturaleza de los asuntos, el lugar de expedición de los actos enjuiciados y la estimación razonada de la cuantía, según lo previsto en los artículos 155 numeral 3, 156-2 y 157 del CPACA.

En cuanto a la demanda de reconvención, deberá precisar el despacho que esta fue admitida acorde lo regulado en los artículos 177 de la Ley 1437 de 2011 y 371 del Código General del Proceso, es decir, sin consideración a la cuantía y al factor territorial.¹

¹ El artículo 177 de la ley 1437 de 2011 señala: *“Artículo 177. Reconvención. Dentro del término de traslado de la admisión de la demanda o de su reforma, el demandado podrá proponer la de reconvención contra uno o varios de los demandantes, siempre que sea de competencia del mismo juez y no esté sometida a trámite especial. Sin embargo, se podrá reconvenir sin consideración a la cuantía y al factor territorial...”*.

Respecto del segundo presupuesto procesal, el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho no ha caducado atendiendo que la demanda fue puesta en marcha dentro de los cuatro meses siguientes a la notificación de los actos administrativos enjuiciados, pues el último de estos fue notificado al municipio de Santander de Quilichao, el 10 de diciembre de 2015, de tal forma que el término de caducidad de cuatro (4) meses en principio oscilaría en el intervalo de 11 de diciembre de 2015 a 11 de abril de 2016. No obstante, obra constancia de fracaso de conciliación extrajudicial fechada a 17 de mayo del año 2016, expedida por la Procuraduría 39 Judicial II para asuntos administrativos, en la cual se indica que la solicitud del trámite prejudicial fue presentada el 6 de abril de ese año, suspendiéndose así el término de caducidad por seis días, y de conformidad con el acta individual de reparto la demanda fue radicada el 19 de mayo de 2016, por tanto las pretensiones del medio de control contencioso subjetivo fueron interpuestas de forma oportuna.

Ahora, en cuanto a la demanda de reconvención formulada, aclara el despacho que esta figura cuenta con algunos requisitos especiales dentro de los que se destaca la oportunidad de su formulación, pues debe proponerse dentro del término de traslado de admisión de la controversia principal o de su reforma; sin embargo, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sostenido de manera uniforme² que al tratarse de un litigio autónomo es necesario que cumpla con las exigencias generales de toda demanda, con excepción del agotamiento de la conciliación prejudicial³. En consonancia con lo expuesto, dicha corporación ha sostenido lo siguiente⁴:

"De allí que, a diferencia de lo sostenido por el a quo, para la admisión de la demanda de reconvención no solo es preciso verificar el cumplimiento de los requisitos del artículo 177 del CPACA, sino, de igual forma, las exigencias contenidas en los artículos 161 y siguientes de la misma codificación, salvo la conciliación prejudicial (...) Por consiguiente, para la admisión de la demanda de reconvención será preciso verificar los siguientes requisitos formales: (i) que haya sido propuesta dentro del término de traslado de la demanda o de su reforma, (ii) que el juez sea competente para tramitar la demanda principal y la reconvención, (iii) que el procedimiento sea idéntico, es decir, que la reconvención no se tenga que surtir mediante un procedimiento especial o diferente al proceso primigenio, y (iv) que se haya interpuesto dentro del término de caducidad⁵.

En ese contexto, queda claro que, previo a considerar sobre la admisión de la demanda de reconvención, además de constatar que se haya presentado dentro del término de traslado del auto admisorio de la demanda inicial o de su reforma, ineludiblemente también debe verificarse que dicha contrademanda se haya interpuesto dentro del término de caducidad previsto en la ley⁶."

Por su parte, el artículo 371 del Código General del Proceso que dispone: "**ARTÍCULO 371. RECONVENCIÓN.** Durante el término del traslado de la demanda, el demandado podrá proponer la de reconvención contra el demandante si de formularse en proceso separado procedería la acumulación, siempre que sea de competencia del mismo juez y no esté sometida a trámite especial. Sin embargo, se podrá reconvenir sin consideración a la cuantía y al factor territorial..."

² Véase, entre otras, Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 5 de abril de 2013, exp. 24215, C.P. Danilo Rojas Betancourth (E.); Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, auto del 29 de noviembre de 2016, exp. 58318, C.P. Hernán Andrade Rincón; Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, auto del 25 de octubre de 2019, exp. 62582, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico y Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, auto del 28 de febrero de 2019, exp. 61011, C.P. María Adriana Marín.

³ A la demanda de reconvención no le es exigible la conciliación extra judicial como requisito de procedibilidad, pues: i) su naturaleza impone que para su presentación ya debe encontrarse trabada la litis; ii) como ya existe el litigio resulta innecesario acudir a un procedimiento previo que ya debió surtirse entre las partes y las habilitó para demandar; y por cuanto iii) se desconocerían los principios de economía y celeridad procesal. Al respecto, véase: a. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, auto del 25 de octubre de 2019, exp. 62582, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico y b. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, auto del 28 de febrero de 2019, exp. 61011, C.P. María Adriana Marín.

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, auto del 25 de octubre de 2019, exp. 62582, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, auto del 29 de noviembre de 2016, exp. 58318, C.P. Hernán Andrade Rincón.

⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, auto del 17 de agosto de 2017, expediente No. 58.744.

Recordemos que la Compañía pretende que se declare que entre esta y el municipio de Santander de Quilichao se celebró en agosto de 2010 contrato consensual mediante el cual aquella le suministró al ente territorial, energía eléctrica con destino al alumbrado público del citado municipio; que se celebró contrato de servicios públicos domiciliario de energía eléctrica de “condiciones uniformes”, mediante el cual le prestó el servicio a las dependencias municipales y establecimientos educativos de ese municipio, a cambio de un precio en dinero; que la Compañía le ha suministrado al municipio energía eléctrica con destino al alumbrado público, así como le ha prestado el servicio público domiciliario de energía eléctrica a las dependencias municipales y establecimientos educativos, desde esa fecha, y que el municipio de Santander de Quilichao no ha pagado el precio correspondiente, entonces, en el caso en particular, como se trata de un acuerdo vigente y las obligaciones derivadas de estos, y no está demostrada una fecha diferente de su concreción, es claro que los efectos de las referidas estipulaciones contractuales aún se están produciendo y, por lo tanto, el cómputo de la caducidad tampoco ha iniciado.

Asociado a lo anterior, es menester señalar que el parágrafo del artículo 8 de la Ley 143 de 1994⁷, dispone que el régimen de los contratos celebrados por las empresas públicas que presten el servicio de electricidad será de derecho privado. Al respecto, El Consejo de Estado indica:

"La gestión contractual de las empresas de servicios públicos domiciliarios y de las que prestan el servicio público de electricidad, se rige por las reglas del derecho privado. Así lo dispone el artículo 32 de la ley 142 de 1994 y el parágrafo del art. 8 de la ley 143 de 1994, salvo que la Constitución y la ley dispongan expresamente lo contrario. Sin embargo, las comisiones de regulación pueden hacer obligatoria la inclusión de cláusulas exorbitantes en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos y autorizar su inclusión en los demás cuando se lo soliciten, caso en el cual, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá por lo dispuesto en la ley 80 de 1993 y los actos en los que se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa (art. 31 ley 142/94)"⁸.

En este orden de ideas, los contratos de los cuales se pretende la declaración judicial de su existencia e incumplimiento de pago, se rigen de modo preferente por el derecho privado, en el cual no se prevé la posibilidad de liquidación, al menos que así se hubiera pactado, y al revisar los citados actos jurídicos materia de controversia, no se encuentra que ello sea así, por tanto, no puede iniciarse el conteo del término de caducidad una vez realizada la liquidación de que trata el artículo 164 del CPACA, propia de la relación contractual de derecho público, en consecuencia, el cómputo del término de caducidad de la acción contractual en este caso debe efectuarse teniendo en cuenta lo dispuesto en el literal j) del numeral ii) del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011, que dispone que respecto de los contratos que no requieren liquidación, el término es de dos (2) años siguientes a la terminación del contrato por cualquier causa.

5.2.- Problemas jurídicos.

Corresponde al despacho efectuar el examen de legalidad de los actos administrativos contenidos en las decisiones empresariales nro. 20153403339181 del 4 de agosto de 2015 expedida por la Compañía Energética de Occidente S.A. E.S.P, mediante la cual se declaró la suspensión por falta de pago del servicio de energía eléctrica de las dependencias del municipio y el alumbrado público; y 20153403358811 del 26 de agosto de ese año a través del cual se desató desfavorablemente el recurso de reposición interpuesto por el municipio de Santander de Quilichao contra la primera; y de la Resolución nro. SSPD – 20158500039875 del 13 de noviembre de 2015 expedida por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios a través del cual se desató desfavorablemente el recurso de apelación interpuesto por el municipio de Santander de Quilichao.

⁷ “Por la cual se establece el régimen para la generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad en el territorio nacional, se conceden unas autorizaciones y se dictan otras disposiciones en materia energética”.

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 13 de noviembre de 2003. Rad.: 23364 A.

Igualmente, se deberá determinar si entre la Compañía Energética de Occidente y el municipio de Santander de Quilichao existe la obligación contractual consensuada de prestar el suministro de energía eléctrica, a cambio de un precio, y si dicho pacto contractual ha sido incumplido, debiendo ordenarse judicialmente lo pertinente, y, de manera subsidiaria, determinarse si la Compañía Energética de Occidente ha suministrado al municipio de Santander de Quilichao energía eléctrica para alumbrado público, dependencias municipales y establecimientos de educación, y si este ente territorial debe pagarlo, además del monto que se pruebe por concepto de indemnización de perjuicios.

5.3.- Tesis.

El despacho declarará probada de manera oficiosa la excepción de cosa juzgada respecto de la demanda formulada por el municipio de Santander de Quilichao contra la Compañía Energética de Occidente S.A.S. E.S.P. y la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, por cuanto el presente asunto se sustenta en idéntica causa petendi ya juzgada dentro del proceso que cursó con el radicado 2012-00635-01 en el Tribunal Administrativo del Cauca.

Como consecuencia de lo anterior, declarará que el municipio de Santander de Quilichao tiene el deber de pagar a la Compañía Energética de Occidente S.A.S. E.S.P. el valor de la energía eléctrica facturada con destino al alumbrado público, así como el precio por la prestación del servicio público domiciliario de energía eléctrica a dependencias municipales y establecimientos educativos del municipio, desde el mes de agosto de 2010, con la generación de los intereses establecidos en el contrato de condiciones uniforme de dicha Compañía.

El fundamento de la tesis planteada se expondrá analizando los siguientes ejes temáticos: (i) Lo probado en el proceso, (ii) Marco jurídico, y (iii) Juicio de legalidad de los actos administrativos demandados – estudio de las pretensiones de la demanda de reconvención.

5.4.- Razones que soportan la decisión.

PRIMERO: Lo probado en el proceso.

Prueba documental:

- ❖ Por Escritura Pública nro. 1572 del 2 de octubre de 1962 de la Notaría Primera de Popayán, se suscribió un contrato de permuta de acciones, por la Central Hidroeléctrica de Mondomo, entre CEDELCA S.A. ESP y el municipio de Santander de Quilichao.
- ❖ La empresa CENTRALES ELÉCTRICAS DEL CAUCA S.A. E.S.P., presentó demanda en ejercicio de la acción de controversias contractuales, contra el MUNICIPIO DE SANTANDER DE QUILICHAO, que cursa con el radicado 2002-00345-00, persiguiendo la anulación o en subsidio la revisión del contrato contenido en la escritura pública nro. 1572 del 2 de octubre de 1962, y en el cual fue dictada sentencia de primera instancia el 10 de mayo de 2007, ordenando al ente accionado pagar 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.

El 23 de mayo de 2007 se concedió el recurso de apelación de la sentencia, ante el Consejo de Estado.

- ❖ El 8 de octubre de 2007 se expidió el documento CONPES 3492 relacionado con la garantía de la Nación a CEDELCA S.A. por un periodo de 1 año para contratar operaciones de crédito público interno con la banca hasta por \$ 60.000'.000.000 destinados a financiar el pago de las obligaciones laborales en desarrollo de la reestructuración de dicha sociedad.

- ❖ El 28 de junio de 2010 fue suscrito un contrato de gestión entre la Compañía Energética de Occidente SAS ESP y CENTRALES ELECTRICAS DEL CAUCA S.A. E.S.P. relacionado con la prestación de los servicios de distribución y comercialización de energía eléctrica en el departamento del Cauca, cuyas operaciones iniciaron el 1. ° de agosto de ese año, a un plazo de 25 años.
- ❖ El 29 de julio de 2010 se expidió el contrato de condiciones uniformes que regirá entre CEDELCA SA ESP y suscriptores y/o usuarios.
- ❖ El 29 de julio de 2010 fue suscrito un acuerdo de cesión del contrato de condiciones uniformes de CENTRALES ELÉCTRICAS DEL CAUCA S.A. E.S.P. a favor de la COMPAÑÍA ENERGÉTICA DE OCCIDENTE SAS ESP.
- ❖ El 26 de julio de 2010 fue suscrito un acuerdo de cesión del contrato de suministro de energía nro. PUSGC005-2006-02, de CENTRALES ELÉCTRICAS DEL CAUCA S.A. E.S.P. a la COMPAÑÍA ENERGÉTICA DE OCCIDENTE SAS ESP.
- ❖ El 29 de julio de 2010 fue firmado un acuerdo de cesión del contrato colectivo sindical suscrito entre CENTRALES ELÉCTRICAS DEL CAUCA S.A. E.S.P. y la UNION DE TRABAJADORES DE LA INDUSTRIA ENERGÉTICA NACIONAL-UTEN, a favor de la COMPAÑÍA ENERGÉTICA DE OCCIDENTE SAS ESP.
- ❖ LA COMPAÑÍA ENERGÉTICA DE OCCIDENTE S.A.S. E.S.P., presentó en el mes de mayo de 2011 demanda ejecutiva singular contra el MUNICIPIO DE SANTANDER DE QUILICHAO, la cual cursó en el Juzgado Segundo Civil del Circuito de esa localidad, con radicación 2011- 00164-00, cobrando el valor que por concepto de servicios de alumbrado público y energía permanente fueron suministrados desde agosto de 2010 hasta el mes de mayo de 2011, en una cuantía de \$ 1.034.404.844.
- ❖ El municipio de Santander de Quilichao presentó en noviembre de 2012, demanda a través del medio de control de controversia contractual contra CENTRALES ELÉCTRICAS DEL CAUCA S.A. E.S.P., la cual cursa en el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAUCA con radicación 19- 001-23-33-004-2012-00635-00, cuyas pretensiones radican en que se dé cumplimiento al contrato que se encuentra descrito en la Escritura Pública 1572 de 2 de octubre de 1962 de la Notaría Primera del Círculo de Popayán, con indemnización de perjuicios o que se resuelva el contrato con indemnización de perjuicios, cuyo expediente obra en la carpeta contentiva del presente asunto.
- ❖ En el año 2014 la Compañía Energética de Occidente S.A.S. E.S.P. expidió el contrato de condiciones uniformes que regirá para la prestación del servicio público domiciliario de energía eléctrica.
- ❖ El 10 de septiembre de 2014 se ordenó la suspensión del proceso mientras es resuelta la segunda instancia del asunto que cursa con el radicado 2002-00345-00.
- ❖ El 15 de abril de 2015 la gerente comercial de la CEO remitió al alcalde el oficio radicado 03145, con el cual le informó que a partir del 17 de abril la compañía procedería a la suspensión del servicio de energía para el sistema de alumbrado público y de la categoría oficial, debido a que no fue posible llegar a un acuerdo de pago en la última reunión sostenida por funcionarios de ambas entidades.
- ❖ El 22 de abril de 2015 el ente territorial demandante presentó tutela contra la COMPAÑÍA ENERGÉTICA DE OCCIDENTE SAS ESP la cual cursó bajo radicado 19-698-40-03-001-2015- 00124-00 en el Juzgado Primero Municipal de Santander de Quilichao, buscando el amparo del derecho al debido proceso, en la cual se dictó la sentencia núm. 51 el 6 de mayo de 2015, negando el amparo, la cual una vez impugnada fue conocida por el Juzgado Primero Civil del Circuito, donde fue

revocada la sentencia impugnada, y se tutela el derecho invocado con sentencia del 12 de junio de 2015.

- ❖ El 1.º de agosto de 2015 el municipio de Santander de Quilichao solicitó al Ministerio de Educación Nacional concepto sobre la viabilidad de que el ente territorial llegara a algún acuerdo de pago con la COMPAÑÍA ENERGÉTICA DE OCCIDENTE SAS ESP, dado que a la fecha sigue vigente el acuerdo de pago determinado en la Escritura Pública 1572 de 2 de octubre de 1962, y bajo la existencia del contrato de gestión con el cual se entregó todos los acuerdos de pago en donde está la mentada escritura, el cual también afecta los centros educativos, a lo cual se dio respuesta el 21 de septiembre de 2015 mediante oficio 2015-ER-143688, indicando que no podía pronunciarse sobre parte del tema pues era un caso que estaba en discusión judicial, apoyando la tesis de pleito pendiente entre las partes.
- ❖ El 1.º de agosto de 2015 el municipio de Santander de Quilichao solicitó concepto ante la Contraloría General del Cauca sobre la viabilidad de que el ente territorial llegara a algún acuerdo de pago con la COMPAÑÍA ENERGÉTICA DE OCCIDENTE SAS ESP, sobre los mismos argumentos expuestos ante el Ministerio de Educación, lo cual fue respondido con el oficio DJ 80-004065 indicando que no podía pronunciarse sobre el tema pues era un caso que estaba en discusión judicial.
- ❖ La COMPAÑÍA ENERGÉTICA DE OCCIDENTE S.A.S E.S.P., por medio de decisión empresarial nro. 20153403339181, del 4 de agosto de 2015, notificada el 6 de agosto de 2015 al MUNICIPIO DE SANTANDER DE QUILICHAO, resolvió suspender el servicio de energía eléctrica a las dependencias municipales y de alumbrado público, por falta de pago.
- ❖ El MUNICIPIO DE SANTANDER DE QUILICHAO, presentó recurso de reposición en subsidio de apelación frente a la anterior decisión, y por medio de decisión empresarial nro. 20153403358811, del 26 de agosto de 2015, se resolvió no reponer y confirmar la decisión, y ordenó remitir la decisión empresarial a la SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS, para el trámite correspondiente al recurso de apelación.
- ❖ La SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS, mediante resolución nro. SSPD – 20158500039875 del 13 de noviembre de 2015, decidió el recurso de apelación interpuesto, confirmando el contenido de la decisión administrativa impugnada.
- ❖ El 24 de diciembre de 2015 el Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de Santander de Quilichao dictó el fallo de tutela núm. 135 dentro de la acción interpuesta por el municipio de Santander de Quilichao en contra de la Compañía Energética de Occidente S.A. E.S.P y la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios-Dirección Territorial Sur Occidente, en la cual se solicitó el amparo de derechos de la población del municipio de Santander de Quilichao, que se dice fueron vulnerados por estas al expedir actos con los cuales se dispuso la suspensión del servicio de energía eléctrica, amparo que fue negado por considerarse improcedente la acción.
- ❖ Al resolverse la impugnación interpuesta contra el citado fallo, el Tribunal Superior de Popayán, en decisión del 11 de febrero de 2016, revocó dicha providencia y concedió la tutela de manera transitoria, ordenando además la suspensión de la ejecución de la decisión Administrativa 2015340339181 del 4 de agosto de 2015, y en consecuencia, dispuso la reconexión del servicio de energía eléctrica a las dependencias del municipio de Santander de Quilichao que fueron privadas del mismo y el alumbrado público.
- ❖ La Coordinación de Facturación de la Compañía Energética de Occidente remitió al municipio de Santander de Quilichao, la facturación por suministro de energía eléctrica, correspondiente a los años 2010 a 2016.

- ❖ La Jefatura de gestión comercial de la CEO SAS ESP el 8 de noviembre de 2016 certificó que desde el 1. ° de agosto de 2010 hasta el 31 de octubre de 2016 el municipio de Santander de Quilichao presentaba una deuda por valor de \$16.629.253.515 por concepto de la prestación del servicio de energía.
- ❖ El 10 de noviembre de 2016 el coordinador de asuntos regulatorios de la CEO SAS ESP certificó que entre los años 2010 y lo corrido del 2016 el consumo del municipio de Santander de Quilichao con destino al sector alumbrado público fue de 22.159.216 kWh y al oficial de 14.848.290 kWh.
- ❖ El 2 de mayo de 2017 la Sección Tercera del Consejo de Estado M.P. RAMIRO PAZOS GUERRERO decidió el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida el 22 de marzo de 2007 por medio de la cual el Tribunal Administrativo del Cauca negó las pretensiones de la demanda de controversias contractuales interpuesta por el municipio de Santander de Quilichao en contra de CEDELCA S.A. [radicado 2002 01234 01 (34055)] buscando la nulidad del contrato de condiciones uniformes del año 1997, confirmando la sentencia recurrida.
- ❖ El mismo 2 de mayo de 2017 la Sección Tercera del Consejo de Estado M.P. RAMIRO PAZOS GUERRERO decidió el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida el 10 de mayo de 2007 por medio de la cual el Tribunal Administrativo del Cauca ordenó al ente accionado pagar 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 dentro del proceso que a través de la acción de controversias contractuales interpuso CEDELCA S.A. contra el municipio de Santander de Quilichao [radicado 2002 00345 01 (34225)], revocando la sentencia recurrida, declarando la prescripción de la acción, por consiguiente negando las pretensiones de la demanda.
- ❖ El 6 de septiembre de 2017 la Corte Suprema de Justicia resolvió la impugnación formulada por el Tribunal Superior de Popayán y CEDELCA S.A. dentro de la acción de tutela que el municipio de Santander de Quilichao interpuso en contra de estos, relacionado con el tema de pago del servicio público suministrado por la CEO, y el cobro ejecutivo de lo presuntamente adeudado por el citado ente territorial, revocando el fallo impugnado, y negando el amparo de los derechos invocados.
- ❖ Dentro del proceso que el municipio de Santander de Quilichao presentó a través del medio de control de controversia contractual contra CENTRALES ELÉCTRICAS DEL CAUCA S.A. E.S.P., el cual cursa en el Tribunal Administrativo del Cauca con radicación 19001-23-33-004-2012-00635-00, cuyas pretensiones radican en que se dé cumplimiento al contrato que se encuentra descrito en la Escritura Pública 1572 de 2 de octubre de 1962 de la Notaría Primera del Círculo de Popayán, con indemnización de perjuicios o que se resuelva el contrato con indemnización de perjuicios, el 8 de julio de 2019 se declaró probada de oficio la excepción de cosa juzgada y por contera se declaró la terminación del proceso, y fue concedido ante el Consejo de Estado el recurso de apelación interpuesto por la entidad territorial accionante, contra dicha decisión.
- ❖ Obra la decisión adoptada el 5 de octubre de 2020 por la Sección Tercera del Consejo de Estado dentro del proceso: 19-001-23-33-004-2012-00635-00 que promovió el MUNICIPIO DE SANTANDER DE QUILICHAO contra CENTRALES ELÉCTRICAS DEL CAUCA S.A., y donde está vinculada la COMPAÑÍA ENERGÉTICA DE OCCIDENTE, en la cual confirma la decisión proferida por el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAUCA del 8 de julio de 2019 con la que se declaró probada de oficio la excepción de cosa juzgada.
- ❖ La COMPAÑÍA ENERGÉTICA DE OCCIDENTE SAS ESP en lo referente al contrato de gestión que celebró con CEDELCA SA ESP en el año 2010 allegó los “otro sí”, pliegos definitivos, anexo técnico, aceptación de oferta, comunicación del 23 de julio de 2010, y contratos de condiciones uniformes que regulaba la prestación del

servicio de energía permanente que fue objeto de la cesión determinada en el contrato de gestión.

- ❖ CENTRALES ELÉCTRICAS DEL CAUCA remitió certificación sobre suministro al municipio de Santander de Quilichao de energía eléctrica para el alumbrado público y para sus dependencias y establecimientos educativos, igualmente allegó copia de la demanda que fue instaurada contra el municipio de Miranda relacionada con la escritura pública nro. 1457 del 20 de septiembre de 1962, y copia de la demanda que instauró contra el municipio de Santander de Quilichao relacionada con la Escritura Pública nro. 1572 de 1962.

Prueba testimonial:

En curso de la audiencia de pruebas, se recibió el testimonio del ingeniero NESTOR ALFONSO PARDO GARCIA y del señor DIEGO FERNANDO LOPEZ MUÑOZ.

Los testigos expusieron la situación jurídica entre CEDELCA S.A. E.S.P., (antigua prestadora) y CEO S.A. E.S.P. actual empresa que presta el servicio de energía eléctrica en el municipio de Santander de Quilichao.

Con el testimonio del señor LOPEZ MUÑOZ se obtuvo una descripción sobre la situación de orden público presentada en dicho municipio, cómo fue el incremento de hurtos por la suspensión y/o corte de la energía eléctrica y de alumbrado público, por parte de CEO S.A. E.S.P., por el no pago del servicio de energía, por parte del municipio de Santander de Quilichao.

Prueba pericial:

Fue practicado el dictamen pericial decretado, por el perito en economía JAIME ANDRES CARABALI MOSQUERA – obra en índice 9 del cuaderno de pruebas expediente electrónico.

SEGUNDO: Marco jurídico.

De acuerdo con los supuestos fácticos expuestos en las demandas, se hace necesario abordar el estudio de los siguientes aspectos y conceptos jurídicos relacionados con el tema en cuestión.

- La presunción de legalidad del acto administrativo.

La Ley 1437 de 2011, señala:

"Artículo 88. Presunción de legalidad del acto administrativo. Los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. (...)".

Razonamiento que ha efectuado el Consejo de Estado durante la vigencia del entonces Código Contencioso Administrativo, y en la actualidad⁹:

"Mientras la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no decreta la nulidad de un acto administrativo, este se presume válido y es idóneo para producir los efectos que le son propios, tal como se desprende de lo normado en el artículo 64 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984) y como ya lo preceptúa de manera expresa el nuevo Código Contencioso administrativo al disponer que "los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo".

⁹ CONSEJO DE ESTADO. CP.: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, Bogotá D.C., ocho (8) de agosto de 2012, Radicación número: 54001-23-31-000-1999-0111-01 (23358).

Tal presunción no es de derecho, admite prueba en contrario, es decir, puede desvirtuarse dicha presunción ante la jurisdicción contencioso administrativa para que los actos administrativos sean retirados del ordenamiento jurídico, argumentando la ocurrencia de alguna de las causales consagradas en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, esto es, que hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien las profirió.

➤ La prestación del servicio público de energía eléctrica:

Para iniciar, es pertinente resaltar que la vinculación de los suscriptores o usuarios a las actuaciones y decisiones unilaterales de las empresas de servicios públicos domiciliarios, que surge en virtud de las facultades que otorga la ley para lograr un correcto funcionamiento y la debida prestación del servicio, impone el respeto por las garantías constitucionales de los asociados.

Así, no debe olvidarse que de conformidad con el artículo 365 de la Constitución Política, los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado, están sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares, pero, en todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios.

Así mismo, dispone la norma superior que la ley determinará los deberes y derechos de los usuarios y el régimen de su protección (artículo 369).

Al respecto, se tiene que el legislador tramitó y expidió la Ley 142 de 1994, aplicable, según su artículo 1º, a los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible, telefonía fija pública básica conmutada y la telefonía local móvil en el sector rural, entre otros.

El artículo 14 de la referida disposición definió al suscriptor como una persona natural o jurídica con la cual se ha celebrado un contrato de condiciones uniformes de servicios públicos (numeral 14.31), y al usuario como la persona natural o jurídica que se beneficia con la prestación de un servicio público, bien como propietario del inmueble donde se presta, o como receptor directo del servicio a quien también se denomina como consumidor (14.33).

De lo anterior se desprende que la fuente primigenia de la relación entre el usuario y el prestador del servicio público es el contrato de condiciones uniformes, del cual se ocupa el título VIII de la citada ley 142, en el que se determina su naturaleza y características y se regula la prestación del servicio, su cumplimiento, los instrumentos de medición del consumo, la determinación del consumo facturable, la factura y la defensa de los usuarios en sede de la empresa.

Así, en su artículo 128 la Ley define el contrato de servicios públicos de la siguiente forma:

"Artículo 128 Contrato de servicios públicos. Es un contrato uniforme, consensual, en virtud del cual una empresa de servicios públicos los presta a un usuario a cambio de un precio en dinero, de acuerdo a estipulaciones que han sido definidas por ella para ofrecerlas a muchos usuarios no determinados. Hacen parte del contrato no solo sus estipulaciones escritas, sino todas las que la empresa aplica de manera uniforme en la prestación del servicio. Existe contrato de servicios públicos aun cuando algunas de las estipulaciones sean objeto de acuerdo especial con uno o algunos usuarios".

Por su parte, el artículo 129 señala que existe contrato de servicios públicos desde que la empresa define las condiciones uniformes en las que está dispuesta a prestar el servicio y el propietario, o quien utiliza un inmueble determinado, solicita recibir allí el servicio, si el solicitante y el inmueble se encuentran en las condiciones previstas por la empresa.

A su vez, el artículo 130 prescribe que las partes del contrato son las empresas de servicios públicos y los usuarios, quienes son solidarios con el propietario del inmueble y el suscriptor en sus obligaciones y derechos.

Valga anotar que el deber de las empresas de informar acerca de las condiciones uniformes de los contratos que ofrecen, según lo establece el artículo 131 *ídem*, tiene como fundamento las características inherentes al contrato de adhesión, cuyo clausulado es redactado por una de las partes mientras que la otra queda limitada a manifestar o no la aceptación de sus estipulaciones.

En lo que atañe al régimen legal, la Ley de Servicios Públicos prescribe en su artículo 132 que el contrato se rige por sus propias disposiciones, por las condiciones especiales que se pacten con los usuarios, por las condiciones uniformes que señalen las empresas de servicios públicos, y por las normas del Código de Comercio y del Código Civil.

Bajo las anteriores consideraciones, la relación de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios y sus usuarios es de naturaleza legal y contractual, pues si bien la fuente de dicho vínculo la constituye el contrato de condiciones uniformes, también la Constitución y la ley determinan el régimen jurídico de ese servicio.

La jurisprudencia constitucional ha considerado que la relación estatutaria y contractual que dispone el citado artículo 132 atribuye una regla hermenéutica tendiente a la armonización jerárquica de esta ley con las condiciones especiales que se pacten con los usuarios, con las condiciones uniformes que señalen las empresas de servicios públicos y con las normas de los códigos de comercio y civil, poniéndose de relieve el carácter mixto o, si se quiere, especial del contrato de servicios públicos, de suyo uniforme, consensual, de tracto sucesivo, oneroso, de adhesión¹⁰ y típico, dado que cuenta con una regulación sustancial en la ley.

En síntesis, de acuerdo con la Ley 142 de 1994, mediante el contrato de condiciones uniformes las empresas prestadoras de servicios públicos se obligan a dar el mismo tratamiento a todos los suscriptores y usuarios, quienes a su vez adquieren derechos y contraen deberes con la empresa.

Necesario acotar que la Corte Constitucional ha reconocido la energía como un bien público esencial y un servicio indispensable “*para el desenvolvimiento de las actividades sociales y económicas del país*”¹¹ asociado “*sustancialmente al bienestar de las poblaciones contemporáneas, el fortalecimiento de la calidad de vida y el acercamiento con el avance de la tecnología*”¹².

TERCERA: Juicio de legalidad de los actos administrativos demandados – estudio de las pretensiones de la demanda de reconvención.

Descendiendo al juicio de legalidad de los actos administrativos demandados, tenemos que, en suma, la Litis gira en torno a los siguientes aspectos:

Si el acuerdo de voluntad contenido en la Escritura Pública 1572 del 2 de octubre de 1962 de la Notaría Primera de Popayán, celebrado entre el municipio de Santander de Quilichao y la empresa Centrales Eléctricas del Cauca- CEDELCA S.A. es oponible a la Compañía Energética de Occidente S.A.S E.S.P. y por consiguiente, surge para esta la obligación de prestar el servicio de energía eléctrica y alumbrado público, incluyendo las dependencias municipales, y el servicio de energía permanente a otras entidades que operan dentro de dicho municipio, acorde las tarifas que para el efecto fije el Ministerio de Fomento y con cargo a las utilidades que se liquiden a favor del ente territorial por el aporte total de las acciones suscritas y pagadas, y demás que posea como accionista de CEDELCA.

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-558 del 31 de mayo de 2001. Expediente D-3269. M.P.: Jaime Araujo Rentería.

¹¹ Sentencia C-447 de 1992.

¹² Sentencia C-565 de 2017.

Necesario entonces remitirnos a lo estipulado en la citada escritura pública, de la cual se extrae lo siguiente:

Dicho instrumento fue suscrito el 2 de octubre de 1962 ante la Notaría Primera del Circuito de Popayán, entre los señores GILBERTO TRUJILLO V. en representación del municipio de Santander de Quilichao, y AURELIO IRAGORRI HORMAZA en calidad de Gerente Suplente de Centrales Eléctricas del Cauca- CEDELCA S.A. en esta escritura se pactó que el municipio de Santander de Quilichao suscribía 178.458 acciones de CEDELCA S.A., por valor nominal de diez pesos mcte (\$10) cada una, a cambio de transferirle el dominio y posesión que el municipio tenía sobre la Central Hidroeléctrica de Mondomo y la planta que lo integraba, avaluada en \$ 1'784.571,78 y el resto en dinero.

En la cláusula tercera del instrumento, CEDELCA S.A., se comprometió, entre otras obligaciones a: *"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 municipal 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"*.

La escritura 1572 de 1962, incluso a la fecha en que se dicta esta sentencia, se encuentra vigente. Al respecto, tenemos que dentro del proceso que el municipio de Santander de Quilichao presentó a través del medio de control de controversia contractual contra Centrales Eléctricas del Cauca S.A. E.S.P., el cual cursó en el Tribunal Administrativo del Cauca con radicación 19001-23-33-004-2012-00635-00, y al cual fue vinculado la Compañía Energética de Occidente S.A. E.S.P. mediante proveído del 14 de enero de 2013, cuyas pretensiones radicaban en que se diera cumplimiento al contrato que se encuentra descrito en la citada escritura, con indemnización de perjuicios o que se resolviera el contrato con indemnización de perjuicios, el 8 de julio de 2019 mediante auto se declaró probada de oficio la excepción de cosa juzgada y por contera se declaró la terminación del proceso. Consideró el Tribunal que existía identidad de causa y de hechos entre dicho proceso y el proceso 2002-000345-01, que fue fallado por esa Corporación mediante sentencia del 2 de mayo de 2017, pues en ambos se debatía lo relativo a la forma de pago del servicio de energía eléctrica a las entidades del municipio y se plantean hechos referentes a la celebración y ejecución del convenio celebrado entre las partes en el año 1962.

Al ser objeto la decisión de instancia, del recurso de apelación interpuesto por la entidad territorial accionante, este fue concedido ante la Sección Tercera del Consejo de Estado¹³, corporación que el 5 de octubre de 2020 confirmó la decisión proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca del 8 de julio de 2019, con la que se declaró probada de oficio la mencionada excepción de cosa juzgada.

De dicha decisión se colige, entre otras cosas, que el municipio de Santander de Quilichao buscaba que se declarara el incumplimiento y la existencia del contrato celebrado entre CENTRALES ELÉCTRICAS DEL CAUCA S.A. E.S.P. y el MUNICIPIO DE SANTANDER DE QUILICHAO, contenido en la escritura pública nro. 1572 del 2 de octubre de 1962, e igualmente la condena a CEDELCA S.A. E.S.P., a pagar en su favor todos los valores que, por el servicio de alumbrado público, energía permanente y demás conceptos, le facturara la Compañía Energética de Occidente S.A.S. E.S.P. o las empresas que a futuro presten estos servicios, durante todo el tiempo en que CEDELCA haya dejado de prestar directamente tales servicios, y la resolución o terminación del referido contrato.

Se observa, que, en los hechos en que se soportaban las pretensiones de la demanda, el municipio de Santander de Quilichao, como hoy lo hace, afirmó que la prestación del

¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, Magistrado Ponente: Martín Bermúdez Muñoz.

servicio de alumbrado público y energía eléctrica debía transferirse a la Compañía Energética de Occidente S.A.S. E.S.P., dado que existía un compromiso previo entre CEDELCA y el municipio, cuyas cláusulas del mismo, aseguró, no consideraron dicha obligación, teniendo en cuenta que el 16 de septiembre de 2010 dicha compañía empezó a facturar el servicio.

Ahora, la cosa juzgada declarada, prosperó al evidenciarse que existía identidad de causa entre el proceso que cursó con el radicado 2012-00635-01 y el primigenio proceso 2002-000345-01 fallado el 2 mayo de 2017, debido a que en el primer asunto, el municipio demandante aludía la existencia del convenio contenido en la Escritura Pública nro. 1572 de 1962 y pretendía que se ordenara a la sociedad demandada el cumplimiento de la cláusula tercera del mismo, relativa a la forma de pago por la prestación del servicio de energía eléctrica en las dependencias del ente territorial, lo que debía efectuarse con las utilidades de las acciones de las que era titular, y en el proceso radicado nro. 2002- 00345-01 CEDELCA solicitó que se declarara el desequilibrio contractual en virtud de la citada cláusula tercera, que determinó la forma de pago del servicio prestado.

En relación con la identidad de objeto, precisó el Consejo de Estado que el proceso 2012-00635 tenía por objeto (i) que se declarara la existencia del convenio celebrado entre CEDELCA y el municipio demandante el 2 de octubre de 1962; (ii) que se declarara el incumplimiento de dicho convenio por parte de CEDELCA por haberse negado (sin pago) a suministrar a las entidades y dependencias del municipio el servicio de alumbrado público y energía eléctrica, (iii) que se condenara a CEDELCA a pagar las sumas de dinero que por concepto de la prestación de esos servicios le ha facturado al municipio la Compañía Energética de Occidente, empresa que desde el año 2010 viene prestando el servicio como gestor, considerando que los dos procesos tenían un mismo objeto, en cuanto en ambos las mismas partes, puestas en posiciones distintas, pretendían que la jurisdicción precisara (i) el alcance y los efectos de la cláusula tercera del convenio celebrado en el año 1962 entre CEDELCA y el municipio de Santander de Quilichao, y (ii) los derechos que a partir de lo estipulado en ella se derivaran para las partes.

El proceso 2002-00345-00 fue conocido en primera instancia por el Tribunal Administrativo del Cauca y fallado en segunda por la Sección Tercera Subsección B del Consejo de Estado¹⁴, decisión en la que revocó la sentencia de primera instancia y en su lugar declaró *"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.º 1.572 del 2 de octubre de 1962"* y negó las demás pretensiones de la demanda, y para su adopción se consideró que no era posible declarar la nulidad de la cláusula tercera del convenio porque había operado la prescripción de 20 años, negó las otras pretensiones – de declaratoria de ruptura del equilibrio y revisión del convenio- bajo la consideración de que el convenio suscrito el 27 de noviembre del 2003 en el que se hizo constar un acuerdo de pago por el servicio prestado hasta el 30 de junio del 2002, había superado la controversia que dio origen a la pretensión de restablecimiento de las cargas económicas y de incumplimiento del contrato en lo relativo a la prestación del servicio.

En la providencia del 5 de octubre de 2020, el Consejo de Estado indicó:

"(...)"

14.- La Sala confirmará el auto apelado por considerar, tal como lo estableció el tribunal, que la controversia planteada en este proceso quedó resuelta y por lo tanto cobijada por los efectos de cosa juzgada de la sentencia dictada en el proceso 2002-00345 (número interno: 34225). El fundamento de la decisión radica en lo siguiente:

(...)

16.- Es claro que existe identidad de partes entre los procesos 2002-00345 y el 2012-00635. El 2002-00345 fue promovido por Cedelca contra el Municipio y el 2012-00635 fue promovido por el Municipio contra Cedelca. El requisito de

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN B - consejero ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO - Bogotá, D.C., dos (2) de mayo de 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.

identidad de partes se cumple independientemente de que ocupen un extremo distinto en el proceso, esto es, que en aquel el Municipio sea demandado, y en este el Municipio sea demandante. Esta diferencia en la posición de las partes no es obstáculo para considerar la existencia de la cosa juzgada, si los procesos tienen el mismo objeto y versan sobre la misma causa.

17.- En relación con la identidad de objeto, que es el punto sobre el cual centra sus reparos el apelante, se precisa:

17.1.- El presente proceso tiene por objeto (i) se declare la existencia del convenio celebrado entre Cedelca y el Municipio demandante el 2 de octubre de 1962; (ii) se declare el incumplimiento de dicho convenio por parte de Cedelca por haberse negado (sin pago) a suministrar a las entidades y dependencias del Municipio el servicio de alumbrado público y energía eléctrica (iii) se condene a Cedelca a pagar las sumas de dinero que por concepto de la prestación de esos servicios le ha facturado al Municipio la Compañía Energética de Occidente, empresa que desde el año 2010 viene prestando el servicio como gestor.

17.2.- El proceso 2002-00345, promovido por Cedelca tuvo por objeto la declaración de nulidad absoluta del mismo convenio y la condena al Municipio al pago de las sumas adeudadas con ocasión de la prestación del servicio de energía eléctrica y alumbrado público, más los intereses moratorios a título de indemnización hasta el día en que se efectuara el pago total de la obligación. En subsidio pretendió la declaratoria de que se había alterado el equilibrio económico del contrato en relación con la cláusula tercera (de pago), su revisión, el restablecimiento de las cargas con el fin de que se ordenara el pago de los servicios prestados al Municipio más los intereses moratorios, la resolución de dicho convenio y la indemnización de perjuicios a favor de Cedelca.

17.3.- Es claro que los dos procesos tienen mismo objeto, en cuanto en ambos las mismas partes, puestas en posiciones distintas, han pretendido que la jurisdicción precise (i) el alcance y los efectos de la cláusula tercera del convenio celebrado en el año 1962 entre Cedelca y el municipio de Santander de Quilichao, y (ii) los derechos que a partir de lo estipulado en ella se derivan para las partes.

En virtud de dicho convenio, la empresa se obligó a prestar el servicio de alumbrado público y de energía al municipio y a otras entidades descentralizadas del mismo, y se acordó que el pago de dicho servicio se realizaría con las utilidades que se reconocieran al municipio como accionista de Cedelca. Como Cedelca no reportó utilidades y celebró con la Compañía Energética de Occidente un contrato en virtud del cual esta última es la gestora de la prestación del servicio, Cedelca promovió un proceso para que se dejara sin efectos la cláusula tercera y se reconociera el pago del servicio, independientemente de las utilidades; y el Municipio promovió otro (el que nos convoca) para que se le diera cumplimiento a esa cláusula en los términos que se pactó.

18.- El proceso 2002-00345, fue conocido en primera instancia por el Tribunal Administrativo del Cauca y fallado en segunda por la Sección Tercera Subsección B del Consejo de Estado con ponencia del doctor Ramiro Pazos Guerrero, decisión en la que revocó la sentencia de primera instancia y en su lugar declaró "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.º 1.572 del 2 de octubre de 1962" y negó las demás pretensiones de la demanda.

Para adoptar esta decisión, el tribunal:

18.1.- Consideró que no era posible declarar la nulidad de la cláusula tercera del convenio porque había operado la prescripción de 20 años.

18.2.- Negó las otras pretensiones –de declaratoria de ruptura del equilibrio y revisión del convenio- bajo la consideración de que el convenio suscrito el 27 de noviembre del 2003 en el que se hizo constar un acuerdo de pago por el servicio prestado hasta el 30 de junio del 2002, había superado la controversia que dio origen a la pretensión de restablecimiento de las cargas económicas y de incumplimiento del contrato en lo relativo a la prestación del servicio.

18.3.- En relación con estas pretensiones, que son las que resultan similares a las formuladas en este proceso, se consideró en la sentencia antes citada:

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.º 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, 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.

(...)

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"

19.- A juicio de la Sala, las anteriores consideraciones, que constituyen la razón de la decisión de negar las pretensiones de restablecimiento del equilibrio económico y, especialmente, las relativas a la carencia de objeto de las pretensiones de la

demandas relativas al incumplimiento del convenio como consecuencia de la celebración de un acuerdo del 27 de noviembre de 2003, impiden un pronunciamiento de fondo en este proceso y son el fundamento para considerar probada la excepción de cosa juzgada, en la medida que la jurisdicción ya resolvió la controversia relativa al cumplimiento del acuerdo del año 1962 en relación con el pago del servicio de energía eléctrica que constituye también el objeto de este proceso.

20.- Es necesario precisar que el Acuerdo antes referido fue aportado a este proceso por Cedelca y de su lectura se observa claramente que la controversia entre las partes sobre el pago del servicio de energía a partir de la cláusula tercera del convenio fue un asunto transigido en la cláusula segunda, a través de un pacto del siguiente tenor:

"el gobierno nacional en desarrollo del artículo 107 de la Ley 788 del 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 del 2002, que será aportada por el gobierno nacional sea imputada para el reconocimiento de dicha cartera, conforme a 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 con 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"

La anterior circunstancia fue advertida en la sentencia del 2 de mayo de 2017 y en virtud de esta se consideró que la controversia sobre el pago del servicio de energía derivada de la aplicación de la cláusula tercera del convenio carecía de objeto. Igual conclusión cabe en este proceso en el que – adicionalmente- existe una providencia judicial que declaró esta circunstancia y que tiene efectos de cosa juzgada en relación con dicho asunto".

Ahora, igualmente en la sentencia proferida el 2 de mayo de 2017 por la Sección Tercera del Consejo de Estado en el proceso que cursó con el radicado 2002-00345-01 (34225), con la cual fue revocada la sentencia del 10 de mayo de 2007, proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, para en su lugar 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.º 1.572 del 2 de octubre de 1962, y negar las demás pretensiones de la demanda, señaló:

"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 empresarial¹⁵, 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

¹⁵ 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 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.

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 Comercio¹⁶ 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 vinculantes¹⁷.

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 prestados¹⁸.

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

¹⁶ 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).

¹⁷ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 2 de mayo de 2017, exp. 34055, M.P. Ramiro Pazos Guerrero.

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 10 de febrero de 2016, exp. 44.196, M.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

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. (Hemos destacado).

Por su parte, en la sentencia citada por el propio Consejo de Estado en la providencia citada en precedencia¹⁹, la corporación señaló:

"(...)"

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

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

En cuanto al servicio público domiciliario de suministro de energía eléctrica, de la misma manera en que la Resolución 043 de 1995 dispuso la necesidad de ajustar las relaciones contractuales a la nueva regulación legal, la Resolución 108 de 1997²⁰, también expedida por la Comisión de Regulación de Energía y Gas prevé la obligatoriedad del pago del servicio "en los términos definidos por la ley y el contrato", de modo tal que incorporó las disposiciones legales a los acuerdo de voluntades vigentes y futuros para la prestación del servicio.

¹⁹ CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN B, consejero ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO Bogotá, D.C., dos (2) de mayo de dos mil diecisiete (2017) Radicación número: 19001-23-31-000-2002-01234-01(34055) Actor: MUNICIPIO DE SANTANDER DE QUILICHAO Demandado: CENTRALES ELÉCTRICAS DEL CAUCA CEDELCA S.A. Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES.

²⁰ "ARTÍCULO 3º. CRITERIOS GENERALES. Las relaciones que surgen del contrato de servicios públicos domiciliarios de energía eléctrica y de distribución de gas combustible por red de ductos, se desarrollarán dentro de los principios consagrados en las Leyes 142 y 143 de 1994, y el Decreto 1842 de 1991, siempre que no contradigan tales leyes, con sujeción a los siguientes criterios generales sobre protección de los derechos de los suscriptores o usuarios de los servicios: (...)

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

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

14.) De obligatoriedad del pago. Los suscriptores o usuarios pagarán, en los términos definidos por la ley y el contrato, las facturas de servicios públicos que les presenten las empresas por la prestación del servicio".

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

Lo anterior permite concluir que, si bien en el presente asunto el municipio de Santander de Quilichao, a través del medio de control contenido en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, pretende se declare la nulidad de las decisiones empresariales nro. 20153403339181 del 4 de agosto de 2015, mediante la cual se declaró la suspensión por falta de pago del servicio de energía eléctrica de las dependencias del municipio y el alumbrado público; y 20153403358811 del 26 de agosto de ese año a través del cual se desató desfavorablemente el recurso de reposición interpuesto por el municipio de Santander de Quilichao contra la primera, expedidos por la Compañía Energética de Occidente S.A.S E.S.P., y busca igualmente la nulidad de la Resolución nro. SSPD – 20158500039875 del 13 de noviembre de 2015 expedido por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios a través del cual se desató desfavorablemente el recurso de apelación interpuesto por el municipio de Santander de Quilichao; la prosperidad de las pretensiones se sujeta integralmente a que el acuerdo de voluntades contenido en la Escritura Pública 1572 del 2 de octubre de 1962 de la Notaría Primera de Popayán sea vinculante para la citada compañía, sin embargo, tal y como fue precisado, la controversia surgida al respecto fue zanjada por la Sección Tercera del Consejo de Estado²¹ mediante providencia dictada el 5 de octubre de 2020 con la cual confirmó la decisión proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca del 8 de julio de 2019, con la que se declaró probada de oficio la excepción de cosa juzgada, basada esta figura procesal, en que el municipio de Santander de Quilichao buscaba que se declarara el incumplimiento y la existencia del contrato celebrado entre CEDELCA S.A. E.S.P. y el municipio de Santander de Quilichao, contenido en la mentada escritura pública, revistiendo importancia que en dicho proceso pretendía el municipio el pago en su favor de todos los valores que, por el servicio de alumbrado público, energía permanente y demás conceptos, le facturara la Compañía Energética de Occidente S.A.S. E.S.P. o las empresas que a futuro presten estos servicios, y que la prestación del servicio debía transferirse a la mencionada compañía teniendo en cuenta que el 16 de septiembre de 2010 dicha compañía empezó a facturarle.

La cosa juzgada declarada surgió dada la identidad de causa evidenciada entre los procesos que cursaron con los radicados 2012-00635-01 y 2002-000345-01, entre otras, la identidad de objeto, dentro del cual se encuentra la pretensión de condena a CEDELCA a pagar las sumas de dinero que por concepto de la prestación de esos servicios le ha facturado al municipio la Compañía Energética de Occidente, empresa que desde el año 2010 viene prestando el servicio como gestor, y en ambos asuntos se pretendía, entre otros, que la jurisdicción precisara el alcance y los efectos de la cláusula tercera del convenio celebrado en el año 1962 entre CEDELCA y el municipio de Santander de Quilichao, y los derechos que a partir de lo estipulado en ella se derivaran para las partes, como igualmente se busca en el presente juicio.

Necesario iterar que en el proceso 2002-00345-01 en segunda instancia la Sección Tercera Subsección B del Consejo de Estado²² revocó la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca y en su lugar declaró “*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.º 1.572 del 2 de octubre de 1962*” y además negó las demás pretensiones de la demanda, precisando, entre otras consideraciones, que el convenio suscrito el 27 de noviembre del 2003 en el que se hizo constar un acuerdo de pago por el servicio prestado hasta el 30 de junio del 2002, había

²¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, Magistrado Ponente: Martín Bermúdez Muñoz.

²² CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN B - consejero ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO - Bogotá, D.C., dos (2) de mayo de 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.

superado la controversia que dio origen a la pretensión de restablecimiento de las cargas económicas y de incumplimiento del contrato en lo relativo a la prestación del servicio.

Recuérdese que, al proceso que cursó con el radicado 2012-00635-01, fue vinculado la Compañía Energética de Occidente S.A. E.S.P. mediante proveído del 14 de enero de 2013 del Tribunal Administrativo del Cauca.

Aunado a lo anterior, se tiene que el Tribunal Superior de Popayán, en sentencia de segunda instancia proferida el 8 de marzo de 2017, al considerar que la escritura pública nro. 1572 de 1962, no le era oponible a la Compañía accionada porque no acreditó cesión alguna a ella de parte de CEDELCA, como tampoco lo estipuló en el Contrato de Gestión entre CEDELCA y CEO, expresó que *"desde que la CEO en cumplimiento de sus obligaciones como gestor, empezó a suministrar la energía eléctrica con destino al alumbrado público de Santander de Quilichao y el Municipio de Santander de Quilichao aceptó, recibiendo ese suministro, quedó celebrado el contrato"*.

Ahora, también se han proferido otras decisiones, como lo son las citadas como sustento jurídico por el Consejo de Estado en la providencia dictada el 5 de octubre de 2020, de las que anteriormente este despacho transcribió los apartes pertinentes, y en las cuales claramente se efectuó el estudio de la procedencia de aplicar lo convenido en la Escritura Pública 1572 de 1962 a la relación comercial surgida desde el año 2010 entre el municipio accionante y la compañía energética, decisiones en las cuales se precisó: i) que la cláusula tercera de la mentada escritura debe atemperarse a las nuevas exigencias del régimen de competencia de los servicios públicos domiciliarios, ii) que el reconocimiento de los restablecimientos reclamados fueron resueltos por los contratantes a través del acuerdo del 27 de noviembre de 2003, debiendo estarse a lo reconocido en el mentado acuerdo, y, iii) que el contrato de condiciones uniformes para la prestación del servicio debía incorporar, como lo hizo, las disposiciones para ajustar la forma de pago del servicio a la nueva regulación vigente.

Con ello, las obligaciones y derechos de la compañía energética se encuentran plasmadas, principalmente en los artículos 34, 140 y 141 de la Ley 142 de 1994 (no permitida la prestación gratuita del servicio, suspensión del servicio por incumplimiento, y corte del servicio, en su orden); en el contrato de gestión celebrado el 28 de junio de 2010 entre esta y CEDELCA S.A. E.S.P. cuyo objeto, por el plazo de 25 años, consistió en que *"El Gestor por su cuenta y riesgo asuma la gestión administrativa, operativa, técnica y comercial, la inversión, ampliación de coberturas, rehabilitación y mantenimiento preventivo y correctivo de la infraestructura eléctrica y demás actividades necesarias para la prestación de los servicios de distribución y comercialización de energía eléctrica del departamento del cauca"*... y en los "otro sí" nro. 1 de 18 de noviembre de 2010 y 2 del 8 de julio de 2013, en el que se estipuló como obligación en el numeral 5.4 la de *"Ceder al GESTOR, en la fecha de inicio de la operación, los contratos de condiciones uniformes con los que cuenta actualmente y que obran como anexo 3 de este contrato"* del acuerdo de cesión del contrato de condiciones uniformes de CEDELCA S.A. suscrito el 29 de julio de 2010 en donde esta sociedad, como cedente, y la COMPAÑÍA ENERGÉTICA DE OCCIDENTE, como cesionario, acordaron para la prestación del servicio de energía eléctrica en el departamento del Cauca *"PRIMERO: En virtud del presente acuerdo a partir del primero (1º) de agosto de 2010, EL CEDENTE, cede a favor de EL CESIONARIO el contrato de CONDICIONES UNIFORMES, para que este último lo continúe ejecutando respetando todas las garantías, deberes y derechos del SUSCRIPTOR Y/O USUARIO que en él se plasman y que hacen parte de la presente cesión"*, y en los contratos de condiciones uniformes para la prestación del servicio público domiciliario de energía eléctrica, de la Compañía, en los cuales, entre otros derechos y deberes, se establece la obligación del suscriptor y/o usuario de pagar el servicio facturado, el mérito ejecutivo de las facturas, el reconocimiento de intereses moratorios en caso de incumplimiento, la suspensión del servicio en caso de no verificarse el pago oportuno del servicio facturado (una factura), y el corte del servicio por el atraso en el pago de seis facturas consecutivas o más del servicio, y en las modificaciones y adiciones efectuadas a dichos contratos de manera posterior, negocios jurídicos ajenos a lo pactado en la varias veces mencionada escritura pública de 1962.

En ese orden de ideas, pertinente es traer a colación el artículo 303 del Código General del Proceso, que regula la figura cosa juzgada, en los siguientes términos:

"Artículo 303. Cosa juzgada.

La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes.

Se entiende que hay identidad jurídica de partes cuando las del segundo proceso son sucesores por causa de muerte de las que figuraron en el primero o causahabientes suyos por acto entre vivos celebrado con posterioridad al registro de la demanda si se trata de derechos sujetos a registro, y al secuestro en los demás casos.

En los procesos en que se emplace a personas indeterminadas para que comparezcan como parte, incluidos los de filiación, la cosa juzgada surtirá efectos en relación con todas las comprendidas en el emplazamiento.

La cosa juzgada no se opone al recurso extraordinario de revisión". (Destacamos).

De otro lado, la Ley 1437 de 2011, establece:

"Artículo 189. Efectos de la sentencia. La sentencia que declare la nulidad de un acto administrativo en un proceso tendrá fuerza de cosa juzgada erga omnes. La que niegue la nulidad pedida producirá cosa juzgada erga omnes, pero solo en relación con la causa petendi juzgada. Las que declaren la legalidad de las medidas que se revisen en ejercicio del control inmediato de legalidad producirán efectos erga omnes solo en relación con las normas jurídicas superiores frente a las cuales se haga el examen.

Cuando por sentencia ejecutoriada se declare la nulidad de una ordenanza o de un acuerdo distrital o municipal, en todo o en parte, quedarán sin efectos en lo pertinente sus decretos reglamentarios.

Las sentencias de nulidad sobre los actos proferidos en virtud del numeral 2 del artículo 237 de la Constitución Política, tienen efectos hacia el futuro y de cosa juzgada constitucional. Sin embargo, el juez podrá disponer unos efectos diferentes.

La sentencia dictada en procesos relativos a contratos, reparación directa y cumplimiento, producirá efectos de cosa juzgada frente a otro proceso que tenga el mismo objeto y la misma causa y siempre que entre ambos haya identidad jurídica de partes.

La sentencia proferida en procesos de restablecimiento del derecho aprovechará a quien hubiere intervenido en ellos y obtenido esta declaración a su favor.

Las sentencias ejecutoriadas serán obligatorias y quedan sometidas a la formalidad del registro de acuerdo con la ley (...)" (Destacamos).

Conforme a la normatividad invocada, es claro que la cosa juzgada tiene como objetivo efectivizar el derecho constitucional al debido proceso al propugnar por proteger la seguridad jurídica en un estado de derecho, pues se erige en garantía de que una determinada controversia que fue decidida en sede judicial no será objeto de un proceso posterior. De este modo y como lo ha señalado en reiteradas oportunidades el Consejo de Estado, la importancia de este atributo de las decisiones judiciales radica en su finalidad, que no es otro que conferirles estabilidad, firmeza y certeza, evitando que el mismo asunto pueda ser debatido indefinidamente ante la jurisdicción²³, procurando así por la eficiencia en la administración de justicia.

²³ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Auto del 24 de julio de 2020. Rad. 11001-03-24-000-2013-00201-00(1042-14). CP. César Palomino Cortés en la que se reitera, entre otras, decisión del 04 de julio de 2013. Rad. 08001-23-31-000-2007-01000-02(1440- 12). CP. Gerardo Arenas Monsalve.

En tal sentido se ha pronunciado el órgano de cierre de esta jurisdicción²⁴ arribando a las siguientes conclusiones frente al concepto y alcance de la figura de cosa juzgada:

*"A la cosa juzgada o "res judicata" se le ha asimilado al principio del "non bis in idem" y tiene por objeto que los hechos y conductas que ya han sido resueltas a través de cualquiera de los medios aceptados por la ley, no vuelvan a ser debatidos en otro juicio posterior. Tal cualidad de lo resuelto obliga a las partes, porque lo antes decidido tiene carácter vinculante y obligatorio y, por lo tanto, es inmutable al tener plena eficacia jurídica. Desde un punto de vista genérico, la cosa juzgada está regulada por los artículos 303 del C.G.P. y 189 del CPACA, en los cuales se establecen los elementos formales y materiales para su configuración. El elemento formal implica que no es posible volver sobre una decisión tomada en providencia ejecutoriada, dentro del mismo proceso, o en otro en el que se debata la misma causa petendi e idénticos fundamentos jurídicos, lo cual tiene como propósito garantizar la estabilidad y la seguridad del orden jurídico. Por su parte, el material, hace alusión a la intangibilidad de la sentencia en firme, pues se tiene por cierto que la actividad jurisdiccional se ocupó plenamente de la relación objeto de la contienda y que ésta fue decidida con la plenitud de las formas propias del juicio. Para ahondar en el tratamiento del tema es necesario ver lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 189 del CPACA. (...) la sentencia que niega la anulación del acto acusado produce el efecto de cosa juzgada frente a todos, pero sólo en relación con la causa o los motivos de impugnación alegados, lo que significa que por esos mismos motivos no podrá instaurar la misma parte o un tercero una nueva acción de nulidad contra el acto que fue objeto de la primera decisión. Pero en cambio, la sentencia que declare la nulidad de un acto administrativo tiene fuerza de cosa juzgada erga omnes (para todo el mundo y sin importar la causa petendi o los argumentos alegados), situación que impide que pueda presentarse un nuevo pronunciamiento en relación con el acto acusado"*²⁵.

Y frente al derecho fundamental al *non bis in idem*, indicó:

"Se impone como elemento estructurante del principio de la seguridad jurídica, según el cual ninguna persona (natural o jurídica) puede ser sometida dos veces a debate jurídico frente a la jurisdicción, por reclamación de los mismos hechos y derechos, teniendo como contradictor idéntica persona reclamante.

Se convierte este (nom bis in idem) en un pilar fundante del ordenamiento jurídico, que da certeza al reconocimiento y consolidación de los derechos subjetivos otorgados por la ley y la constitución a todas las personas, con miras a solucionar de manera definitiva las controversias que se susciten por su aplicación e interpretación.

Comprendido el término "JURISDICCIÓN" como la magna potestad del Estado para administrar e impartir justicia a través de los jueces de la República, resulta concluyente que las providencias que se adopten sobre el fondo de las reclamaciones en cualquier debate jurídico que sea sometido a su conocimiento, salvo las expresas excepciones consagradas por el legislador, constituyan, de una parte, un imperativo categórico para quienes en él intervengan y, de otro, un tema superado en forma definitiva sin que pueda abordarse nuevamente su estudio, con miras a evitar que la discusión se convierta en debate ad infinitum que impida el ejercicio pleno de los derechos subjetivos controvertidos".

En este orden de ideas, para que se configure la cosa juzgada se requiere identidad en la causa petendi, partes y en el objeto. Así, bajo este contexto, el primer pronunciamiento con efectos inter partes impide una nueva decisión en relación con aspectos previamente definidos.

Acorde a lo expuesto, reitera el despacho que las pretensiones de la demanda impulsada a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho para su eventual prosperidad se sustentan estrictamente en que el acuerdo de voluntades contenido en la Escritura Pública 1572 del 2 de octubre de 1962 de la Notaría Primera de Popayán sea

²⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, Consejero Ponente: Dr. Luís Rafael Vergara Quintero, sentencia de 27 de noviembre de 2008, Radicación No.: 70001-23-31-000-2000-00803-01(1026-05)

²⁵ Nota de relatoría. Consejo de Estado. Sección Quinta. C.P. consejera ponente: Susana Buitrago Valencia. 9 de abril de 2015 Radicación número: 25000-23-41-000-2013-02808-03.

vinculante para la Compañía Energética demandada, controversia ya definida por la Sección Tercera del Consejo de Estado mediante providencia dictada el 5 de octubre de 2020²⁶ con la cual confirmó la decisión proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca del 8 de julio de 2019, con la que se declaró probada de oficio la excepción de cosa juzgada, basada esta figura del derecho procesal, en la identidad de causa evidenciada entre los procesos que cursaron con los radicados 2012-00635-01 y 2002-000345-01 con identidad de objeto, dentro del cual se encuentra la pretensión de condena a CEDELCA a pagar las sumas de dinero que por concepto de la prestación de esos servicios le ha facturado al municipio la Compañía Energética de Occidente (vinculada igualmente al juicio iniciado en el año 2012), empresa que desde el año 2010 viene prestando el servicio como gestor, y en ambos asuntos se pretendía, entre otros, que la jurisdicción precisara el alcance y los efectos de la cláusula tercera del convenio celebrado en el año 1962 entre CEDELCA y el municipio de Santander de Quilichao, y los derechos que a partir de lo estipulado en ella se derivaran para las partes, como igualmente se busca en el presente juicio, pero hoy, presuntamente a cargo de la Compañía Energética de Occidente, debate que no puede ser nuevamente objeto de estudio por esta juzgadora, por el hecho de versar sobre el mismo objeto, fundarse en la misma causa que el anterior y dada la identidad jurídica de partes del proceso finiquitado con decisión del 5 de octubre de 2020 en el proceso que cursó con el radicado 2012-00635-01, el cual hizo tránsito a cosa juzgada.

Necesario precisar, que, si bien en este asunto se somete igualmente a control jurisdiccional un acto administrativo expedido por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, claramente las pretensiones principales y accesorias de la demanda no van dirigidas en contra de esta entidad, sino en contra de la Compañía Energética, sobre los argumentos ya expuestos y definidos por el Consejo de Estado.

Corolario de lo anterior, el municipio de Santander de Quilichao deberá pagar a la Compañía Energética de Occidente el valor de la energía eléctrica facturada con destino al alumbrado público, así como el precio por la prestación del servicio público domiciliario de energía eléctrica a dependencias municipales y establecimientos educativos del municipio, desde el mes de agosto de 2010, con la generación de los intereses establecidos en el contrato de condiciones uniforme de dicha Compañía, y para ese fin tendrá en cuenta los pagos efectuados por el ente territorial como abonos parciales, que da cuenta el dictamen pericial practicado en este proceso, y los que eventualmente se verifiquen en procesos de ejecución, como también observará la exigibilidad de los títulos valores atendiendo los presupuestos de prescripción que indica el artículo 2536 del Código Civil, modificado por la Ley 791 de 2002.

Lo anterior partiendo de que no se ha presentado controversia alguna con respecto a la prestación efectiva del servicio desde esa anualidad al municipio de Santander de Quilichao, sino en cuanto a quien compete el pago y la forma en que este se daría, lo cual fue corroborado con el dictamen pericial allegado al plenario, prueba no objetada en la cual se estableció que la Compañía le ha prestado los servicios de suministro de energía eléctrica para el alumbrado público y servicio domiciliario de energía eléctrica para dependencias municipales y establecimientos educativos del municipio, desde el año 2010, en las cantidades de 39.078.709,83 kilovatios/hora y 10.315.126,38 kilovatios/hora, desde agosto de 2010 a la fecha de la práctica de la experticia -31 de mayo de 2021, adeudando así la cantidad de \$42.266.454.251,56 por concepto de capital (\$20.391.915.663,95) e intereses (\$ 21.874.538.587,62).

6.- COSTAS.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, 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 General del Proceso.

²⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, Magistrado Ponente: Martín Bermúdez Muñoz.

Además, en los términos del artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, que adicionó esta disposición normativa, la condena en costas se dispondrá cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal, situación que no se verifica en el presente asunto, y además la sentencia se profiere con base en una decisión adoptada el 5 de octubre de 2020 por el órgano de cierre de esta jurisdicción, es decir, en curso del presente juicio, por ello no hay lugar a la imposición de costas procesales.

7.- DECISIÓN.

Por lo expuesto, el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Popayán, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley:

RESUELVE

PRIMERO. Declarar probada de manera oficiosa la excepción previa de cosa juzgada respecto de la demanda formulada por el municipio de Santander de Quilichao contra la Compañía Energética de Occidente S.A.S. E.S.P. y la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

SEGUNDO. Declarar que el municipio de Santander de Quilichao tiene el deber de pagar a la Compañía Energética de Occidente S.A.S. E.S.P. el valor de la energía eléctrica facturada con destino al alumbrado público, así como el precio por la prestación del servicio público domiciliario de energía eléctrica a dependencias municipales y establecimientos educativos del municipio, desde el mes de agosto de 2010, con la generación de los intereses establecidos en el contrato de condiciones uniforme de dicha Compañía.

Para ese fin la Compañía Energética de Occidente S.A.S. E.S.P. tendrá en cuenta los pagos efectuados por el ente territorial como abonos parciales de la obligación, que da cuenta el dictamen pericial practicado en este proceso, y los que eventualmente se verifiquen en procesos de ejecución, como también observará la exigibilidad de los títulos valores atendiendo los presupuestos de prescripción que indica el artículo 2536 del Código Civil, modificado por la Ley 791 de 2002.

TERCERO. Sin condena en costas, según lo expuesto.

CUARTO. El municipio de Santander de Quilichao dará cumplimiento a la sentencia en los términos previstos en los artículos 192 y 195 del CPACA.

QUINTO. Notificar esta providencia tal y como lo dispone el artículo 203 de la Ley 1437. Para efectos de notificación se tendrán en cuenta los siguientes correos electrónicos: juridica@santanderdequilichao-cauca.gov.co; caralherrera81@hotmail.com; notificacionesjudiciales@santanderdequilichao-cauca.gov.co; notificacionesjudiciales@superservicios.gov.co; jgallardo@superservicios.gov.co; jaimegallardosilvera@yahoo.com; info@frestrepoabogados.com; cia.energetica@ceoesp.com; info@lopezcarreraabogados.com; mapaz@procuraduria.gov.co;

SEXTO. En firme esta providencia entréguese copia de la misma con constancia de ejecutoria a la parte interesada para los efectos pertinentes, ello a la luz del artículo 114 del Código General del Proceso, y archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La juez


ZULDERY RIVERA ANGULO

Firmado Por:
Zulderly Rivera Angulo
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
008
Popayan - Cauca

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **e78ea97f55e50374234ed94703d7e3b084307f9d725e221ae447392cc5fa2ab4**

Documento generado en 29/07/2022 01:49:13 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>