



4

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION TERCERA – SUBSECCION A

Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

Bogotá D.C., veintitrés (23) de mayo de dos mil doce (2012)

RADICACIÓN: 7000123310001998067901
EXPEDIENTE: 21.612
ACTOR: ELECTRIFICADORA DE SUCRE S.A.
DEMANDADO: MINISTERIO DE SALUD
REFERENCIA: CONTRACTUAL – DECLARA NULIDAD.

Encontrándose el proceso para decidir el recurso de apelación interpuesto por la ELECTRIFICADORA DE SUCRE S.A. E.S.P., contra la sentencia proferida por la Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo de Sucre, el veintidós (22) de marzo de dos mil uno (2001), la Sala advierte la configuración de una nulidad procesal insaneable, la cual será declarada.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda.

Mediante demanda presentada con poder otorgado por el representante legal de la ELECTRIFICADORA DE SUCRE S.A., E.S.P., el 19 de agosto de 1997 (folios 5 a 13 cuaderno 1) se solicitaron las siguientes declaraciones y condenas:

“PRINCIPALES:

PRIMERA: CONDENAR a la NACIÓN al pago de UN MIL DOS CIENTO CINCO MILLONES SETENTA Y CINCO MIL SETECIENTOS SETENTA Y SEIS PESOS CON OCHENTA Y CUATRO CENTAVOS (\$1.205.075.776,84), por concepto de capital contenido en la factura 0315 de septiembre de 1.977.

SEGUNDA: CONDENAR a la NACIÓN al pago de los intereses moratorios pactados del 2.5% mensual, desde el 1º de octubre de 1977, hasta cuando se realice el pago de la suma indicada en el punto anterior.

TERCERA: CONDENAR A LA NACIÓN al pago de los perjuicios ocasionados de acuerdo con los hechos que se indican en esta demanda.



Expediente: 21.612
Actor: Electrificadora de Sucre

CUARTA: CONDENAR a la NACIÓN al pago de las costas y agencias en derecho.

SUBSIDIARIAS DE LAS DOS PRIMERAS PETICIONES ANTERIORES:

1º. Condenar a la NACIÓN al pago de los siguientes valores, por concepto de prestación de servicio de fluido eléctrico, contenido en las facturas cambiarias que se indican:

1.1.- La suma de QUINIENTOS VEINTICUATRO MILLONES VEINTE MIL QUINIENTOS OCHENTA Y CINCO PESOS, CON DIEZ Y SIETE CENTAVOS (\$524'020.585,17), factura No. 0020 de enero de 1.975.

1.2.- Al pago de los intereses moratorios pactados del 2.5% mensual, desde el primero de febrero de 1.975, hasta cuando se realice el pago, del capital correspondiente a la factura anterior.

1.3.- UN MILLÓN CUARENTA Y CUATRO MIL PESOS (\$1'044.000.00), factura No. 0095 de febrero de 1.975.

1.4.- Al pago de los intereses moratorios pactados desde el 1º de marzo de 1.975, del 2.5% mensual, hasta cuando se realice el pago del capital correspondiente a la factura anterior.

1.5.- UN MILLÓN SETENTA Y CUATRO MIL PESOS (\$1'074.000.00), factura No. 105 de marzo de 1.975.

1.6.- Al pago de los intereses moratorios pactados desde el 1º de abril de 1.975, del 2.5% mensual, hasta cuando se realice el pago del capital correspondiente a la factura anterior.

1.7.- UN MILLÓN CIENTO CUATRO MIL PESOS (\$1'104.000.00), factura No. 120 de abril de 1.975.

1.8.- Al pago de los intereses moratorios pactados desde el 1º de mayo de 1.975, del 2.5% mensual, hasta cuando se realice el pago del capital correspondiente a la factura anterior.

1.9.- UN MILLÓN CIENTO CINCUENTA Y OCHO MIL PESOS (\$1'158.000.00), factura No. 145 de mayo de 1.975.

1.10.- Al pago de los intereses moratorios pactados desde el 1º de junio de 1.975, del 2.5% mensual, hasta cuando se realice el pago del capital correspondiente a la factura anterior.

1.11.- UN MILLÓN CIENTO OCHENTA Y OCHO MIL PESOS (\$1'188.000.00), factura No. 166 de 1.975.



5

Expediente: 21.612
Actor: Electrificadora de Sucre

1.12.- Al pago de los intereses moratorios pactados desde el 1º de julio de 1.975, del 2.5% mensual, hasta cuando se realice el pago del capital correspondiente a la factura anterior.

1.13.- UN MILLÓN DOSCIENTOS DOCE MIL PESOS (\$1'212.000.00), factura No. 180 de julio de 1.975.

1.14.- Al pago de los intereses moratorios pactados desde el 1º de agosto de 1.975, del 2.5% mensual, hasta cuando se realice el pago del capital correspondiente a la factura anterior.

1.15.- UN MILLÓN DOSCIENTOS TREINTA Y SEIS MIL PESOS (\$1'236.000.00), factura No. 199 de agosto de 1.975.

1.16.- Al pago de los intereses moratorios pactados desde el 1º de septiembre de 1.975, del 2.5% mensual, hasta cuando se realice el pago del capital correspondiente a la factura anterior.

1.17.- UN MILLÓN DOSCIENTOS SESENTA MIL PESOS (\$1'260.000.00), factura No. 209 de septiembre de 1.975.

1.18.- Al pago de los intereses moratorios pactados desde el 1º de octubre de 1.975, del 2.5% mensual, hasta cuando se realice el pago del capital correspondiente a la factura anterior.

1.19.- UN MILLÓN DOSCIENTOS OCHENTA Y CUATRO MIL PESOS (\$1'284.000.00), factura No. 310 de octubre de 1.975.

1.20.- Al pago de los intereses moratorios pactados desde el 1º de noviembre de 1.975, del 2.5% mensual, hasta cuando se realice el pago del capital correspondiente a la factura anterior.

1.21.- UN MILLÓN TRESCIENTOS CATORCE MIL PESOS (\$1'314.000.00), factura No. 330 de noviembre de 1.975.

1.22.- Al pago de los intereses moratorios pactados desde el 1º de diciembre de 1.975, del 2.5% mensual, hasta cuando se realice el pago del capital correspondiente a la factura anterior.

1.23.- UN MILLÓN TRESCIENTOS TREINTA Y OCHO MIL PESOS (\$1'338.000.00), factura No. 375 de diciembre de 1.975.

1.24.- Al pago de los intereses moratorios pactados desde el 1º de enero de 1.976, del 2.5% mensual, hasta cuando se realice el pago del capital correspondiente a la factura anterior.

1.25.- UN MILLÓN TRESCIENTOS SETENTA Y CUATRO MIL PESOS (\$1'374.000.00), factura No. 010 de enero de 1.976.



Expediente: 21.612
Actor: Electrificadora de Sucre

1.26.- Al pago de los intereses moratorios pactados desde el 1° de febrero de 1.976, del 2.5% mensual, hasta cuando se realice el pago del capital correspondiente a la factura anterior.

1.27.- UN MILLÓN QUINIENTOS VEINTICUATRO MIL PESOS (\$1'524.000.00), factura No. 034 de febrero 1.976.

1.28.- Al pago de los intereses moratorios pactados desde el 1° de marzo de 1.976, del 2.5% mensual, hasta cuando se realice el pago del capital correspondiente a la factura anterior.

1.29.- UN MILLÓN SEISCIENTOS OCHO MIL PESOS (\$1'608.000.00), factura No. 058 de marzo de 1.976.

1.30.- Al pago de los intereses moratorios pactados desde el 1° de abril de 1.976, del 2.5% mensual, hasta cuando se realice el pago del capital correspondiente a la factura anterior.

1.31.- UN MILLÓN SEISCIENTOS TREINTA Y DOS MIL PESOS (\$1'632.000.00), factura No. 078 de marzo 1.976.

1.32.- Al pago de los intereses moratorios pactados desde el 1° de abril de 1.976, del 2.5% mensual, hasta cuando se realice el pago del capital correspondiente a la factura anterior.

1.33.- UN MILLÓN SEISCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS (\$1'650.000.00), factura No. 100 de mayo de 1.976.

1.34.- Al pago de los intereses moratorios pactados desde el 1° de junio de 1.976, del 2.5% mensual, hasta cuando se realice el pago del capital correspondiente a la factura anterior.

1.35.- UN MILLÓN SEISCIENTOS CINCUENTA Y SEIS MIL PESOS (\$1'656.000.00), factura No. 174 de junio de 1.976.

1.36.- Al pago de los intereses moratorios pactados desde el 1° de julio de 1.976, del 2.5% mensual, hasta cuando se realice el pago del capital correspondiente a la factura anterior.

1.37.- UN MILLÓN SEISCIENTOS SESENTA Y OCHO MIL PESOS (\$1'668.000.00), factura No. 197 de julio de 1.976.

1.38.- Al pago de los intereses moratorios pactados desde el 1° de agosto de 1.976, del 2.5% mensual, hasta cuando se realice el pago del capital correspondiente a la factura anterior.

1.39.- UN MILLÓN SEISCIENTOS OCHENTA Y SEIS MIL PESOS (\$1'686.000.00), factura No. 220 de agosto de 1.976.



1.40.- Al pago de los intereses moratorios pactados desde el 1º de septiembre de 1.976, del 2.5% mensual, hasta cuando se realice el pago del capital correspondiente a la factura anterior.

1.41.- UN MILLÓN SEISCIENTOS NOVENTA Y OCHO MIL PESOS (1'698.000.00), factura No. 245 de septiembre de 1.976.

1.42.- Al pago de los intereses moratorios pactados desde el 1º de octubre de 1.976, del 2.5% mensual, hasta cuando se realice el pago del capital correspondiente a la factura anterior.

1.43.- UN MILLÓN SETECIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL PESOS (\$1'734.000.00), factura No. 320 de octubre de 1.976.

1.44.- Al pago de los intereses moratorios pactados desde el 1º de noviembre de 1.976, del 2.5% mensual, hasta cuando se realice el pago del capital correspondiente a la factura anterior.

1.45.- UN MILLÓN SETECIENTOS SESENTA Y CUATRO MIL PESOS (\$1'764.000.00), factura No. 370 de diciembre de 1.976.

1.46.- Al pago de los intereses moratorios pactados desde el 1º de enero de 1.977, del 2.5% mensual, hasta cuando se realice el pago del capital correspondiente a la factura anterior.

1.47.- UN MILLÓN OCHOCIENTOS MIL PESOS (\$1'800.000), factura No. 010 de enero de 1.977.

1.48.- Al pago de los intereses moratorios pactados desde el 1º de febrero de 1.977, del 2.5% mensual, hasta cuando se realice el pago del capital correspondiente a la factura anterior.

1.49.- UN MILLÓN OCHOCIENTOS VEINTICUATRO MIL PESOS (\$1'824.000.00), factura No. 036 de 1.977, de febrero de 1.977.

1.50.- Al pago de los intereses moratorios pactados desde el 1º de marzo de 1.977, del 2.5% mensual, hasta cuando se realice el pago del capital correspondiente a la factura anterior.

1.51.- UN MILLÓN OCHOCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL PESOS (\$1'854.000.00), factura No. 058 de marzo 1.977.

1.52.- Al pago de los intereses moratorios pactados desde el 1º de abril de 1.977, del 2.5% mensual, hasta cuando se realice el pago del capital correspondiente a la factura anterior.

1.53.- UN MILLÓN OCHOCIENTOS SETENTA Y OCHO MIL PESOS (\$1'878.000.00), factura 092 de abril de 1.977.



Expediente: 21.612
Actor: Electrificadora de Sucre

1.54.- Al pago de los intereses moratorios pactados desde el 1º de mayo de 1.977, del 2.5% mensual, hasta cuando se realice el pago del capital correspondiente a la factura anterior.

1.55.- UN MILLÓN NOVECIENTOS OCHO MIL PESOS (1'908.000.00), factura No. 143 de mayo de 1.977.

1.56.- Al pago de los intereses moratorios pactados desde el 1º de junio de 1.977, del 2.5% mensual, hasta cuando se realice el pago del capital correspondiente a la factura anterior.

1.57.- UN MILLÓN NOVECIENTOS TREINTA Y OCHO MIL PESOS (\$1'938.000.00), factura No. 192 de junio de 1.977.

1.58.- Al pago de los intereses moratorios pactados desde el 1º de julio de 1.977, del 2.5% mensual, hasta cuando se realice el pago del capital correspondiente a la factura anterior.

1.59.- UN MILLÓN NOVECIENTOS SETENTA Y CUATRO MIL PESOS (\$1'974.000.00), factura No. 210 de julio de 1.977.

1.60.- Al pago de los intereses moratorios pactados desde el 1º de agosto de 1.977, del 2.5% mensual, hasta cuando se realice el pago del capital correspondiente a la factura anterior.

1.61.- UN MILLÓN NOVECIENTOS NOVENTA Y OCHO MIL PESOS (\$1'998.000.00), factura No. 245 de agosto de 1.977.

1.62.- Al pago de los intereses moratorios pactados desde el 1º de septiembre de 1.977, del 2.5% mensual, hasta cuando se realice el pago del capital correspondiente a la factura anterior.

1.63.- DOS MILLONES TREINTA Y CUATRO MIL PESOS (\$2'034.000.00), factura No. 315 de septiembre de 1.977.

1.64.- Al pago de los intereses moratorios pactados desde el 1º de octubre de 1.977, del 2.5% mensual, hasta cuando se realice el pago del capital correspondiente a la factura anterior.

1.65.- UN MILLÓN OCHOCIENTOS DIEZ MIL PESOS (\$1'810.000.00), factura No. 298 de octubre de 1.977.

1.66.- Al pago de los intereses moratorios pactados desde el 1º de noviembre de 1.977, del 2.5% mensual, hasta cuando se realice el pago del capital correspondiente a la factura anterior. "

2. Los hechos.

En el escrito de demanda, en síntesis, la parte actora narró los siguientes



7

Expediente: 21.612
Actor: Electrificadora de Sucre

hechos:

- La ELECTRIFICADORA DE SUCRE S.A. E.S.P., prestó el servicio de energía eléctrica al Instituto de Fomento Municipal, INSFOPAL, desde enero de 1975 hasta octubre de 1977 y radicó en la entidad mensualmente las correspondientes facturas de cobro.
- Mediante el Decreto 77 de 1987 el Gobierno Nacional dispuso la supresión de INSFOPAL y su liquidación.
- La Junta Liquidadora de INSFOPAL dio por terminada la liquidación de la entidad mediante el Acta No. 1003 del 28 de septiembre de 1989, omitiendo cancelar las facturas adeudadas a la ELECTRIFICADORA DE SUCRE S.A. E.S.P.

3. Normas violadas y concepto de la violación.

El demandante invocó como vulneradas las siguientes disposiciones: i) artículos 1494 a 1624 del Código Civil; ii) los artículos 50 y 55 de la Ley 80 de 1993; iii) la Ley 12 de 1986; iv) el Decreto 077 de 1977; y v) el Decreto 1723 de 1987. Fundamentó la violación en los siguientes planteamientos, incluidos en los hechos de la demanda (folio 11 cuaderno 1):

"8º. LA ELECTRIFICADORA DE SUCRE S.A. E.S.P., prestó servicios de fluido eléctrico a INSFOPAL, de acuerdo con la relación de facturas consignadas en las pretensiones de esta demanda, recibidos en sus instalaciones del acueducto regional de SINCELEJO, COROZAL, BETULIA, MORROA Y SAMPUES.

9º Estos créditos estuvieron o debieron estar incluidos en los derechos adquiridos por la Nación de acuerdo con los puntos anteriores y, en todo caso, están involucrados en el patrimonio que fue transferido por INSFOPAL a la NACIÓN, lo que representa un incremento patrimonial a favor de la NACIÓN y en perjuicio del deterioro correlativo del patrimonio de la ELECTRIFICADORA DE SUCRE S.A."



Expediente: 21.612
Actor: Electrificadora de Sucre

4. Actuación procesal.

4.1. El Tribunal Administrativo de Sucre, por auto del 21 de octubre de 1998, consideró que se trataba de un proceso ejecutivo que debía ser tramitado ante la jurisdicción ordinaria civil, por lo cual se declaró incompetente (folios 68 a 70 cuaderno 1).

4.2. La Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, mediante providencia del 28 de enero de 1999, desató el conflicto de competencias presentado entre el Juzgado 29 Civil de Circuito de Bogotá y el Tribunal Administrativo de Sucre y al respecto decidió que se trataba de una controversia contractual, que debía ser tramitada por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo (folios 7 a 17 cuaderno 2).

4.3. El Tribunal Administrativo de Sucre admitió la demanda, por auto del 12 de marzo de 1999 (folios 77 y 78 cuaderno principal).

4.4. Se ordenó la apertura y práctica de pruebas mediante providencia del 12 de octubre de 1999 (folios 110 y 111 cuaderno principal).

5. Contestación de la demanda.

El Ministerio de Salud contestó la demanda extemporáneamente.

6. Alegatos de conclusión y concepto del Ministerio Público.

En auto del 12 de julio de 2000, el Tribunal *a quo* ordenó dar traslado a las partes y al agente del Ministerio Público para que presentasen sus respectivos alegatos de conclusión (folios 140 y 141 cuaderno principal).

6.1. ELECTRIFICADORA DE SUCRE S.A. E.S.P., (folios 142 a 143 cuaderno 1). Sostuvo que se presentó un fraude a las normas de descentralización y autonomía regional al liquidar a INSFOPAL, entidad a la cual se le prestó el servicio de energía y trasladar sus bienes al Banco Central Hipotecario y más



8

Expediente: 21.612
Actor: Electrificadora de Sucre

tarde al FINDETER, para omitir el pago de las facturas, que precisamente ahora reclama.

6.2. El Ministerio de Salud. No presentó alegatos.

6.3. El Ministerio Público. No emitió concepto.

7. La sentencia impugnada.

La Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo de Sucre declaró la prescripción extintiva de las facturas y negó las pretensiones de la demanda con fundamento, esencialmente, en las siguientes razones (folios 146 a 165 cuaderno principal):

"Así para resolver el presente litigio, La Sala debe tener en cuenta que no existe caducidad, y por lo tanto, debe precisarse si existe prescripción, y en el supuesto de existir debe declararla de oficio como lo pregona el inciso 2º del artículo 164 del C.C.A.

Los títulos presentados por la actora son títulos valores, conforme lo disponen los artículos 772, 773 y 774 del código de comercio. Así mismo, la acción cambiaria directa prescribe en tres años a partir del día de vencimiento, de acuerdo a lo normado en el artículo 789 del mismo código. Las mencionadas facturas fueron creadas desde el año 1975 hasta el año 1977, y contando la fecha de vencimiento a partir del mes siguiente de las mismas, para fijar su exigibilidad, resultan en exceso prescritas.

Como los títulos valores son documentos necesarios para legitimar el ejercicio del derecho literal y autónomo que en ellos se incorpora, como se deduce de la lectura del artículo 619 Ibídem, la acción cambiaria de los títulos valores es independiente a la de los contratos o negocios subyacentes.

Al no presentar el contrato, sino las facturas cambiarias, debemos tenerlas en cuenta y pronunciarnos sobre su vigencia y exigibilidad."

8. El recurso de apelación.

La apoderada de la ELECTRIFICADORA DE SUCRE S.A. E.S.P., impugnó la



Expediente: 21.612
Actor: Electrificadora de Sucre

sentencia del Tribunal *a quo* esgrimiendo contra ella cinco razones (folios 170 a 173 cuaderno principal):

En primer lugar, la fuente de la obligación a cargo de la Nación es el Decreto Extraordinario 077 de enero 15 de 1977, por medio del cual se dispuso la liquidación de INSFOPAL y que no fue tenido en cuenta por el Tribunal *a quo*.

En segundo lugar, la Nación es objeto pasivo de una obligación cambiaria, que por mandato de la ley la convirtió en cesionaria de los bienes del ente liquidado.

En tercer lugar, en ningún momento se ha planteado un proceso ejecutivo con fundamento en las facturas cambiarias, por lo que no podía la primera instancia fundamentar su decisión en los artículos 780 a 783 del Código de Comercio.

En cuarto lugar, la liquidación de INSFOPAL terminó el 28 de septiembre de 1989 y a partir de allí comenzaba a correr el término de prescripción de veinte (20) años previsto en el artículo 55 de la Ley 80 de 1993. Por tal motivo, la demanda fue presentada de manera oportuna.

Por último, la prescripción es una excepción que no puede declararse de oficio, según lo expresa el artículo 306 del Código de Procedimiento Civil.

9. Actuación en segunda instancia.

9.1. El Tribunal *a quo* concedió el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandante, mediante auto del 30 de marzo de 2001 (folio 168 cuaderno principal).

9.2. En providencia del 2 de noviembre del 2001 se admitió el recurso de apelación en esta Corporación (folio 178 cuaderno principal).

9.4. Mediante auto del 23 de noviembre de 2001 se dispuso el traslado a las partes para presentar alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto (folio 180 cuaderno principal).



9

Expediente: 21.612
Actor: Electrificadora de Sucre

10. Alegatos de conclusión y concepto del Ministerio Público.

10.1. La ELECTRIFICADORA DE SUCRE S.A. E.S.P., (folio 181 cuaderno principal). Se remitió a lo argumentado en la sustentación del recurso.

10.2. El Ministerio de Salud (folios 182 a 194 cuaderno principal). Solicitó que se confirmara la decisión de primera instancia, comoquiera que se trató del cobro de unas obligaciones generadas en la prestación de un servicio de energía facturado mes a mes, pero que por negligencia no fue cobrado oportunamente por la empresa demandante.

10.2. El Ministerio Público. No emitió concepto.

II. CONSIDERACIONES

1. Factura de servicios públicos domiciliarios. El régimen legal aplicable.

Teniendo en cuenta que la controversia se refiere a disposiciones anteriores a la Ley 142 de 1994, la Sala considera necesario precisar cuál es la legislación aplicable y la situación jurídica que existía entre las empresas de servicios públicos y los usuarios, para determinar si la acción de controversias contractuales resulta procedente.

Los primeros desarrollos en los sistemas eléctricos regionales se dieron básicamente por iniciativa privada y con capital extranjero en los departamentos de Cundinamarca, Santander, Antioquia, Valle del Cauca y la Región Caribe. Con el transcurso del tiempo se evidenció la necesidad de intervención por parte del Estado, puesto que en las compañías no se presentaban óptimos niveles de calidad en la prestación de este servicio y la población o mejor los usuarios registraban importantes grados de insatisfacción¹.

¹ Cfr., Álvarez Sierra Santiago y Tamayo Plata Mery Patricia, *Descripción del funcionamiento del sector eléctrico colombiano*, artículo publicado en: "Ecos de economía", No. 22, abril de 2006, EAFIT, pp. 7 a 44.



Expediente: 21.612
Actor: Electrificadora de Sucre

En razón de lo anterior se expidió la Ley 109 de 1936, reglamentada por los Decretos 1606 y 1717 de 1937, en los cuales se determinó la intervención del Estado en las empresas prestadoras de servicios públicos, las cuales debieron someter sus tarifas al consentimiento del Gobierno Nacional. En este sentido, señalaba el parágrafo del artículo 2º de la Ley 109 de 1936:

"(...) las tarifas y reglamentos que rijan en la actualidad serán sometidos a la aprobación del Gobierno, de conformidad con lo dispuesto en este artículo, dentro de los ciento ochenta días siguientes al de la promulgación de la presente ley."

En concordancia con lo anterior, el Decreto 1606 de 1937 reglamentó el procedimiento administrativo de revisión y aprobación de las tarifas de servicios públicos que establecía cada empresa de servicios públicos y ordenaba a dichas empresas la publicación del Acto Administrativo de aprobación en la localidad donde prestaran el servicio:

"Artículo 16. Una vez revisadas y aprobadas las tarifas y reglamentos, los empresarios tienen la obligación de darlos a conocer de los habitantes de la localidad donde presten los servicios públicos de energía eléctrica y de acueducto, y de fijarlos en lugar público de las mismas empresas, quedando obligados en los términos de la providencia que los apruebe, a no alterarlas aumentándolas o estableciendo diferencias preferenciales, disminuyéndolas o perjudicando a empresas similares."

La intervención del Estado en la revisión y aprobación de las tarifas motivó la discusión sobre la relación jurídica que se establecía entre los usuarios y dichas empresas; mientras para algunos doctrinantes se trataba de un contrato de adhesión, para otros se configuraba una relación legal y reglamentaria. Sobre este debate tuvo oportunidad de pronunciarse el Consejo de Estado en la sentencia del 28 de marzo de 1939, al estudiar la legalidad del artículo 4º del Decreto 1717 de 1937, oportunidad en la cual concluyó que la relación usuario-empresa de servicios públicos era de naturaleza legal y reglamentaria:

"Es muy sabido que con el desarrollo de la industria y su concentración o centralización cada día crecientes, liase venido registrando en el derecho privado el hecho de que el individuo se ve abocado frecuentemente, no a contratar con



otro individuo en quien concurren iguales circunstancias económicas y con quien puede discutir uno a uno los puntos materia del contrato, sino con empresas, sociedades o compañías poderosas que se aprovechan de su enorme superioridad para imponer a aquél las condiciones que a bien tengan.

Así ha surgido, rebasando los moldes tradicionales del contrato, un tipo de convención, que Saieilles ha designado con el expresivo nombre de contrato de adhesión y que otro autor francés, Missol, describe: 'Una de las partes se especializa en la confección de un género determinado de convención, estudia cuidadosamente las cláusulas pertinentes y las agrupa en un modelo de póliza que se ofrece ilimitado a todos los posibles interesados, bajo la condición sine qua non de que se admita sin modificaciones, planteando este dilema: o se acepta en bloque la póliza ofrecida o se rechaza, sin que sea dado discutirla. No aparecen aquí dos voluntades que deliberan y colaboran en la búsqueda de un acuerdo común, sino una voluntad que fija con anticipación las condiciones del acto, y otra, que viene a yuxtaponerse, aportando su adhesión al estatuto preestablecido'.

En el Derecho Administrativo y en el campo de los servicios públicos se presenta, un fenómeno semejante, pero aquí la adhesión de los suscriptores a las pólizas de abono no tienen el carácter de adhesión a un contrato, sino a un acto administrativo de naturaleza reglamentaria (...)

Comentando un fallo del Consejo de Estado francés, Hauriou ha dicho: 'Los actos de adhesión no tienen de contractual' sino el nombre (. . .). La operación se descompone en la emisión de una voluntad reglamentaria a la cual otra voluntad viene a adherir'. (Notas al Sírey. 1.908, 3, 17 y 137. Citado por Missol).

Lo mismo es si el servicio público está concedido, pues entonces 'resulta realizado por una empresa o particular que obra en nombre y con las facultades correspondientes a la Administración misma' (Corte Suprema de Justicia. G. J. N 1936, pág. 587).² (Se subraya)

En la misma providencia absolvió esta Corporación la cuestión sobre la vía judicial procedente para que las empresas de energía eléctrica y acueducto

² Consejo de Estado, Sentencia del 28 de marzo de 1939, sin número de radicación, demandante: Compañía Colombiana de Electricidad, C.P. Tulio Enrique Tascón.



Expediente: 21.612
Actor: Electrificadora de Sucre

cobraran sus deudas, al declarar nulo el parágrafo del artículo 4º del Decreto 1717 de 1937, que autorizaba a las empresas de energía eléctrica y acueducto a suspender el servicio a los suscriptores por la venta de los materiales indispensables para la instalación del servicio:

"Ahora bien: si la Administración no podría, por medio de un reglamento imponer la condición de que se suspende un servicio público, prestado por ella directamente, en caso de no pagar los usuarios del servicio deudas provenientes de causas distintas, por ejemplo, originadas por impuestos, ¿cómo aceptar que un concesionario sí pueda gozar de tan exorbitantes prerrogativas?"

Si la Administración para cobrar sus impuestos no suspende al deudor un servicio público, sino que acude a la vía ejecutiva, ¿por qué se ahorra esta vía a las empresas de energía eléctrica y acueducto, cuando tratan de cobrar deudas ocasionadas por motivos distintos al servicio mismo de que son concesionarios?"

Y si otras casas comerciales expendedoras de artículos eléctricos y de acueducto, deben también emplear la vía ejecutiva para hacerse pagar las deudas de sus clientes, ¿la excepción del procedimiento ordinario otorgada en favor de las empresas concesionarias de los servicios de energía y acueducto no implica un privilegio de los que están prohibidos por el artículo 27 de la Constitución Nacional?"³

De acuerdo con lo anterior, concluyó esta Corporación que las deudas relacionadas con la prestación del servicio público y las derivadas de los gastos y materiales de instalación debían ser cobradas por las empresas a través de la acción ejecutiva.

El control de las tarifas lo ejercía la Nación por intermedio del Departamento de Empresas de Servicios Públicos con fundamento en la Ley 126 de 1938 y a partir de la Reforma Administrativa de 1968 lo efectuó por intermedio de la Junta Nacional de Tarifas de Servicios Públicos⁴, pero se mantuvo el

³ Consejo de Estado, Sentencia del 28 de marzo de 1939, sin número de radicación, demandante: Compañía Colombiana de Electricidad, C.P. Tulio Enrique Tascón.

⁴ Artículo 1º: Créase la Junta Nacional de Servicios Públicos, cuyas funciones principales serán las de controlar y fiscalizar las tarifas de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y energía eléctrica, así como de los demás cuya vigilancia le señale posteriormente el Gobierno.



procedimiento administrativo previo de aprobación de tarifas y la relación legal y reglamentaria con los usuarios. Sobre el particular el Consejo de Estado explicó lo siguiente:

"2º) El régimen de los actos indicados

Lo expuesto significa que la junta dicta un acto de autorización o de recomendación y que la correspondiente empresa de servicios expide, de acuerdo con lo resuelto por la junta, el acto por medio del cual pone en vigencia las nuevas tarifas. De esta manera el acto de la junta precede y sirve de base al señalamiento de las tarifas, el que es dictado después de verificar que se han acatado sus recomendaciones.

De lo anterior se deducen las siguientes consecuencias jurídicas:

El acto de la Junta Nacional de Tarifas y el de cada empresa en particular, considerados en conjunto, dada la conexidad existente entre ellos, forman uno compuesto, con las características propias de esta clase de actos, que para los efectos de las acciones jurisdiccionales son separables, así:

El acto de la junta, por su origen, es de carácter nacional y, por su contenido, de autorización, e implica el análisis de los factores económicos y sociales que señala el artículo 3º del Decreto 3069 de 1968. Desde luego la verificación de esos factores, así como los atinentes a su regular expedición, solamente puede efectuarse mediante acción que contra él se promueva.

El acto de la empresa generalmente es de índole local, como acontece con la mayor parte de los servicios de energía eléctrica, alcantarillado y acueducto, a cargo de los municipios. Más puede ser nacional, si el servicio es prestado por una entidad de ese orden. Por su contenido, es el acto que impone las nuevas tarifas, al tenor del artículo 3º, literal 2, del Decreto 3069 de 1968. En consecuencia el examen de su legalidad, tanto en relación con el procedimiento para expedirlo como con su contenido, debe hacerse por medio de acción instaurada directamente contra él. Es de anotar que entre los elementos referentes a su normal expedición se cuenta la autorización o recomendación previa de la Junta Nacional de Tarifas, según se indicó.⁵

Para los fines de este Decreto se denominarán "entidades de servicio público" aquellas que prestan los servicios arriba mencionados.

⁵ Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 25 de abril de 1979, Exp. 2876, C.P. Mario Enrique Pérez.



Expediente: 21.612
Actor: Electrificadora de Sucre

Esta situación jurídica se mantuvo hasta que el Constituyente de 1991 consagró la categoría especial de servicios públicos domiciliarios en distintas disposiciones del Ordenamiento Superior, en particular, en el artículo 367 que expresamente dispone:

"ARTÍCULO 367. La ley fijará las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación, y el régimen tarifario que tendrá en cuenta además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos.

Los servicios públicos domiciliarios se prestarán directamente por cada municipio cuando las características técnicas y económicas del servicio y las conveniencias generales lo permitan y aconsejen, y los departamentos cumplirán de apoyo y coordinación.

La ley determinará las entidades competentes para fijar las tarifas".

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional desarrollada a partir de este precepto normativo, los servicios públicos domiciliarios son *"aquellos que se prestan a través del sistema de redes físicas o humanas con puntos terminales en las viviendas o sitios de trabajo de los usuarios y cumplen la finalidad específica de satisfacer las necesidades esenciales de las personas"*⁶. Este criterio finalista llevó a la Corte Constitucional ha identificar como rasgos fundamentales de los mismos, los siguientes⁷:

- a) De conformidad con el artículo 365 de la Carta, el servicio público domiciliario puede ser prestado de manera directa o indirecta por el Estado, por comunidades organizadas o por particulares, manteniendo éste la regulación, el control y la vigilancia sobre la prestación de tales servicios.
- b) Tiene un *"punto terminal"* en las viviendas o en los sitios de trabajo de los usuarios, entendiendo por usuario *"la persona que usa ciertos servicios, es decir quien disfruta el uso de cierta cosa"*.

⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-578 de 1992. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

⁷ Corte Constitucional, Sentencia SU-010 de 2008, M.P. Rodrigo Escobar Gil.



c) Está destinado a satisfacer las necesidades básicas de las personas en concreto y de manera directa, atendiendo a las reales circunstancias fácticas en las que se encuentra.

De esta manera, a partir de los mandatos anteriormente reseñados y teniendo en cuenta las demás disposiciones del Texto Superior aplicables, la jurisprudencia de esa Corte definió el contenido del marco constitucional al cual se encuentra sujeto el legislador al momento de determinar el régimen de los servicios públicos.

En primer lugar, desde el punto de vista dogmático, dicho marco está conformado por:

*“(i) Por los principios fundamentales consagrados en el Título I de la Constitución Política (C.P. arts. 1, 2 y 5), que le imponen al Estado la obligación positiva de adoptar las medidas que resulten necesarias para proteger a los residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes y demás derechos inalienables; (ii) por ciertos derechos específicos consagrados en el Título II del mismo Texto Superior, los cuales se orientan primordialmente a velar por la efectividad de las condiciones mínimas que hacen posible la existencia digna de todas las personas, como ocurre, por ejemplo, con los derechos a la vida, a la salud y al saneamiento ambiental (C.P. arts. 11, 12, 13, 49, 78 y 79) al igual que por aquellas reglas y cánones normativos que garantizan el mandato constitucional de la democratización en la administración y en la propiedad de las empresas (C.P. arts. 38, 58, 60 y 64)”.*⁸

Y, en segundo término, hacen parte de él los mandatos específicos que se relacionan con la intervención económica y con la distribución de competencias en materia de servicios públicos; éstos son:

“(...) (iii) los mandatos constitucionales previstos en el régimen económico y de la hacienda pública (C.P. art. 333 y 334) que aparte de reconocer los derechos a la libertad económica, libertad de empresa, libre competencia económica y libre iniciativa privada, le atribuyen al Estado la potestad de intervenir en su ejercicio, entre otras, para ‘asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios

⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-075 de 2006, M. P. Rodrigo Escobar Gil.



Expediente: 21.612
Actor: Electrificadora de Sucre

básicos; (iv) las normas relativas a las competencias de las entidades territoriales en materia de servicios públicos (C.P. arts. 106, 289, 302, 311 y 319); (v) las disposiciones del Título XII, capítulo 5 de la Constitución, que definen 'la Finalidad Social del Estado y de los Servicios Públicos' (C.P. arts. 265 a 370); y por último (vi) las normas que le atribuyen al Presidente de la República la potestad de ejercer la inspección y vigilancia de los servicios públicos (C.P. art. 189. num. 22), así como aquellas que le otorgan la potestad reglamentaria para proceder al 'señalamiento de las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios'⁹ (C.P. art. 370)¹⁰.

En cumplimiento del mandato constitucional que le atribuye al legislador la facultad para expedir el régimen jurídico de los servicios públicos domiciliarios, el Congreso de la República expidió la Ley 142 de julio 11 de 1994¹¹, "*Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones*" y en relación con el servicio público domiciliario de energía eléctrica, el legislador profirió además la Ley 143 de 1994, "*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*". Esta última disposición legal derogó expresamente la Ley 109 de 1936.

Ahora bien, en cuanto al carácter contractual de la relación que surge entre el usuario y el prestador del servicio, es claro que ella tiene origen en un contrato de condiciones uniformes cuyas cláusulas, a partir de lo previsto en el artículo 128 de la Ley 142 de 1994, son concebidas y elaboradas previamente por las empresas prestadoras¹².

En efecto, la norma legal en cita define este negocio jurídico como "*un contrato uniforme, consensual, en virtud del cual una empresa de servicios públicos los*

⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-1162 de 2000, M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-075 de 2006, Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

¹¹ Publicada en el Diario Oficial No. 41.433 de 11 de julio de 1994. Esta ley ha sido objeto de modificaciones, principalmente introducidas por las Leyes 286 de 1996, 632 de 2000 y 689 de 2001.

¹² Ley 142 de 1994, art. 128. Sobre este tipo de cláusulas el artículo 73-10 de la citada Ley 142, le otorga a las Comisiones de Regulación la facultad de: "*dar concepto sobre la legalidad de las condiciones uniformes de los contratos de servicios públicos que se sometan a su consideración; y sobre aquellas modificaciones que puedan considerarse restrictivas de la competencia (...)*".



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". En él se entienden incorporadas tanto sus estipulaciones escritas, como también todas aquellas que la empresa aplica de manera uniforme en la prestación del servicio.

En concordancia con lo anterior y por mandato del artículo 129 del mismo Estatuto¹³, este acto jurídico no se encuentra sometido a tipo alguno de solemnidad para su formación, razón por la cual -en cuanto a su celebración- sigue la regla general para la formación de los negocios jurídicos, conforme a la cual éstos se perfeccionan por el sólo consentimiento de las partes. En este sentido, existe contrato de servicios públicos desde que la empresa define las condiciones uniformes en las que está dispuesta a prestar el servicio y el suscriptor, sea propietario, poseedor o tenedor a cualquier título del inmueble, presenta la solicitud de servicio, de lo cual se deriva entonces el carácter consensual de este tipo de contrato.

Según el artículo 130 del citado Estatuto, modificado por la Ley 689 de 2001, las partes del contrato de servicios públicos son: por un lado, las empresas de servicios públicos domiciliarios y, por el otro, los suscriptores y/o usuarios. El suscriptor, tal y como lo define la propia ley (art. 14.31), es *"la persona natural o jurídica con la cual se ha celebrado un contrato de condiciones uniformes de servicios públicos"*. Por su parte, el usuario es *"la persona natural o jurídica que se beneficia con la prestación de un servicio público, bien como propietario del inmueble en donde este se presta, o como receptor directo del servicio"* (art.14.33).

En resumen, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, en la actualidad el contrato de servicios públicos se caracteriza por ser: (i) consensual; (ii) uniforme; (iii) de ejecución sucesiva; (iv) oneroso; (v) de adhesión y, finalmente, (vi) mixto, característica que se relaciona con la naturaleza de la relación que surge entre el

¹³ Disposición declarada exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-636 de 2000, M. P. Antonio Barrera Carbonell.



Expediente: 21.612
Actor: Electrificadora de Sucre

usuario y la empresa de servicios públicos domiciliarios y con el régimen jurídico al cual se encuentra sometida dicha relación¹⁴.

En cuanto a la naturaleza jurídica de la factura de servicios públicos y la vía judicial para hacer efectivo su cobro, esta Corporación ha precisado que se trata de un acto administrativo que expiden la empresas prestadoras de servicios públicos, por medio de los cuales se cobra el valor de los bienes y servicios provistos en desarrollo del contrato de servicios públicos. En estos términos el artículo 14.9 de la Ley 142 de 1994 la define como: *"(...) la cuenta que una persona prestadora de servicios públicos entrega o remite al usuario, por causa del consumo y demás servicios inherentes en desarrollo de un contrato de servicios públicos"*¹⁵.

"El régimen jurídico al que se encuentran sometidos los servicios públicos domiciliarios en Colombia es especial, porque aunque la regla general es la aplicación de las normas del derecho privado en aspectos tan importantes como las relaciones jurídico -laborales,¹⁶ la contratación¹⁷ y los actos de las empresas,¹⁸ las características señaladas justifican que el legislador imponga para determinadas actuaciones deberes que se desprenden del derecho público. Así, no es extraño al modelo que, con independencia de la naturaleza jurídica del operador, en determinados aspectos se deban adelantar verdaderos procedimientos administrativos y a las decisiones tomadas dentro de los mismos se les de la naturaleza de actos administrativos. En este contexto, las empresas prestadoras de servicios públicos realizan una verdadera función

¹⁴ Sobre el particular, la Corte Constitucional ha señalado: *"Entre las características esenciales reconocidas a los contratos de condiciones uniformes además de tratarse de un negocio jurídico consensual, se encuentran su naturaleza uniforme, tracto sucesivo, oneroso, mixto y de adhesión. Es uniforme por someterse a unas mismas condiciones jurídicas de aplicación general para muchos usuarios no determinados. Es de tracto sucesivo pues las prestaciones que surgen del mismo necesariamente están llamadas a ser ejecutadas durante un período prolongado de tiempo. Es oneroso ya que implica que por la prestación del servicio público domiciliario, el usuario debe pagar a la empresa respectiva una suma de dinero. Es de adhesión, en el entendido que las cláusulas que regulan el contrato, por lo general, son redactadas previa y unilateralmente por la empresa de servicios públicos, sin ofrecerle a los usuarios la posibilidad de deliberar y discutir sobre el contenido de las mismas. Finalmente, como previamente se señaló su naturaleza es mixta, pues las disposiciones jurídicas que lo regulan corresponden a una relación reglamentaria y contractual."* (Sentencia C-075 de 2006, Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil)

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 7 de marzo de 2011, exp.200-0650 (AG), C.P. Enrique Gil Botero.

¹⁶ Artículo 41 de la Ley 142 de 1994.

¹⁷ Artículo 31 de la ley 142 de 1994.

¹⁸ Artículo 32 de la Ley 142 de 1994.



Expediente: 21.612
Actor: Electrificadora de Sucre

administrativa y ello trae como consecuencia la aplicación de normas de derecho público. Es el caso de los actos de facturación, los cuales al tenor de lo dispuesto por el artículo 154 tienen el carácter de actos administrativos contra los cuales proceden los recursos de reposición y apelación.¹⁹

La jurisprudencia de la Corte Constitucional avala esta posición al sostener que la factura tiene una naturaleza compleja porque ostenta conjuntamente las calidades de cuenta de cobro, título ejecutivo y acto administrativo²⁰, condición última que, de tiempo atrás, viene siendo también reconocida por la jurisprudencia de esta Corporación:

"La liquidación de los servicios que cada usuario debe pagar se hace a través de un acto administrativo. Lo que sucede es que este aparece contenido o vertido en un formato especial o cuenta, de características especiales, que suple la expedición formal de otros tantos actos administrativos, con considerandos y resolución. Es ingenuo pensar que la facturación inicial es un hecho material y que sólo la decisión que resuelve el reclamo se convierte en acto administrativo porque tiene recursos gubernativos."²¹

Así las cosas, la factura de servicios públicos se constituye en un título ejecutivo que podía ser cobrado ejecutivamente ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo hasta antes de la expedición de la Ley 681 de 2001. Sobre este punto esta Sección mediante auto del 9 de octubre de 1997, señaló que para estos efectos, el título ejecutivo se integra por la factura y las condiciones uniformes del contrato de servicios públicos²².

En la misma línea, en el auto del 3 de agosto de 2000, expediente 14.368, la Sala sostuvo:

¹⁹ Artículo 154 de la Ley 142 de 1994: "De los recursos. El recurso es un acto del suscriptor o usuario para obligar a la empresa a revisar ciertas decisiones que afectan la prestación del servicio o la ejecución del contrato. Contra los actos de negativa del contrato, suspensión, terminación, corte y facturación que realice la empresa proceden el recurso de reposición y el de apelación en los casos que expresamente lo consagre la Ley..."

²⁰ Corte Constitucional. Sentencia C - 558 de 31 de mayo de 2001. M. P. Jaime Araujo Rentería.

²¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 25 de noviembre de 1994. C. P. Carlos Betancur Jaramillo. Exp. 9575.

²² Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 9 de octubre de 1997, exp. 12.684, C.P. Ricardo Hoyos Duque.



Expediente: 21.612
Actor: Electrificadora de Sucre

"(...) Es oportuno anotar que hoy día, tal como está dispuesto en el ordenamiento vigente y teniendo en cuenta las decisiones del Consejo Superior de la Judicatura, la competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa para conocer de procesos ejecutivos se reduce a los siguientes casos:

1. Cuando el título ejecutivo tenga como base el recaudo de una sentencia condenatoria proferida por la jurisdicción contenciosa administrativa⁽¹⁾.

2. Cuando el proceso ejecutivo se derive directamente del contrato estatal, de aquellos cuyo conocimiento asignado a la jurisdicción contenciosa administrativa.

*3. Cuando el título ejecutivo sea factura de cobro de prestación de servicios públicos domiciliarios, expedida por la empresa prestadora de servicios públicos, siempre que el contrato de servicios públicos sea aquellos que conoce esta jurisdicción.*²³

Sin embargo, con la expedición de la Ley 689 de 2001 la competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa para conocer de procesos ejecutivos fue modificada para esta jurisdicción. En efecto, el artículo 18 de la mencionada normativa dispone:

"Artículo 18.- Modifícase el artículo 130 de la ley 142 de 1994, el cual quedará así:

"Artículo 130. Partes del contrato. Son partes la empresa de servicios públicos, el suscriptor y/o usuario.

"El propietario o poseedor del inmueble, el suscriptor y los usuarios del servicio son solidarios en sus obligaciones y derechos en el contrato de servicios públicos.

"Las deudas derivadas de la prestación de los servicios públicos podrán ser cobradas ejecutivamente ante la jurisdicción ordinaria o bien ejerciendo la jurisdicción coactiva por las empresas comerciales e industriales del Estado prestadoras de servicios públicos. La factura

⁽¹⁾ Mediante sentencia del 12 de agosto de 1999, expediente 16.124, se expresó lo siguiente: *"En efecto, como antes se expuso, la jurisdicción contenciosa administrativa tiene una regla expresa de competencia para conocer de los procesos de ejecución que se susciten con ocasión de controversias derivadas de un título ejecutivo cuya fuente sea un contrato estatal y, de los procesos ejecutivos originados en condenas impuestas por la jurisdicción de lo contencioso administrativo en desarrollo de la acción contractual.* (Subraya la Sala).

²³ Consejero Ponente Germán Rodríguez Villamizar.



expedida por la empresa y debidamente firmada por el representante legal de la entidad prestará mérito ejecutivo de acuerdo con las normas del Derecho Civil y Comercial. Lo prescrito en este inciso se aplica las facturas del servicio de energía eléctrica con destino al alumbrado público. El no pago del servicio mencionado acarrea para los responsables la aplicación del artículo que trata sobre los deberes especiales de los usuarios del sector oficial.

"Parágrafo. Si el usuario o suscriptor incumple su obligación de pagar oportunamente los servicios facturados dentro del término previsto en el contrato, el cual no excederá dos períodos consecutivos de facturación, la empresa de servicios públicos estará en la obligación de suspender el servicio. Si la empresa incumple con la obligación de la suspensión del servicios se romperá la solidaridad prevista en esta norma." (Subraya la Sala).

Así las cosas, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 689 de 2001, el 1° de noviembre de 2001, la competencia para conocer de procesos ejecutivos que tengan como títulos de recaudo facturas de cobro de prestación de servicios públicos domiciliarios y de facturas de alumbrado público, corresponde a la jurisdicción ordinaria civil, criterio que se mantiene a pesar de la expedición de la Ley 1107 de 2006, tal y como lo precisó esta Corporación:

"2.2. Efectos de la ley 1.107 de 2006 sobre los SPD.

En virtud del anterior análisis, puede decirse, en principio, que los procesos judiciales, donde sea parte cualquier entidad estatal, incluidas las sociedades de economía mixta con capital superior al 50%, son de conocimiento de esta jurisdicción. No obstante, el artículo 2 de la ley 1.107 establece algunas excepciones:

Parágrafo. Sin perjuicio de lo previsto en el presente artículo, se mantiene la vigencia en materia de competencia, de las Leyes 142 de 1994, 689 de 2001 y 712 de 2001. (Negrillas fuera de texto)

Según esta disposición, las competencias de la justicia laboral común se mantienen, en los términos de la ley 712, y las previstas en las leyes de SPD se conservan, en los términos indicados en ellas.

No obstante lo previsto en la nueva norma, resulta imprescindible concretar, con gran precisión, cuáles competencias están contempladas en las leyes de SPD, para saber qué asuntos se mantienen en la justicia ordinaria y cuáles quedan a cargo de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Para definir este tema resulta ilustrativo, pero sobre todo decisivo, revisar la Exposición de Motivos del proyecto de ley que se convirtió,



Expediente: 21.612
Actor: Electrificadora de Sucre

luego, en la ley 1.107 de 2006. Sin embargo, también se debe acudir a los demás antecedentes legislativos -Informes de Ponencias de cada debate-, porque pueden ilustrar, de mejor manera, cuál fue el sentido, propósito e intención del legislador, al expedir esta ley.

El proyecto de ley se identificó con el No. 69 de 2005 de Senado y con el No. 250 de 2005 de Cámara. Fue de iniciativa del Congreso y, dígame de una vez, fue aprobado, prácticamente, en los mismos términos en que se propuso. El texto fue el siguiente:

Artículo 82. Objeto de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo. La jurisdicción de lo contencioso-administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la Constitución y la ley.

Esta jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en actos políticos o de Gobierno.

La jurisdicción de lo contencioso-administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley.

Las decisiones jurisdiccionales adoptadas por las salas jurisdiccionales disciplinarias del Consejo Superior de la Judicatura y de los consejos seccionales de la judicatura no tendrán control jurisdiccional.

Artículo 2°. Derógase el artículo 30 de la Ley 446 de 1998 y las demás normas que le sean contrarias.

Parágrafo. Sin perjuicio de lo previsto en el presente artículo, se mantiene la vigencia, en materia de competencia, de las Leyes 142 de 1994, 689 de 2001 y 712 de 2001.

En la Exposición de Motivos quedó claro, atendiendo a los comentario que se hicieron, que la intención o razón de ser de la iniciativa tenía que ver con la necesidad de definir, con precisión, quién era el juez de las controversias estatales, tendiendo en cuenta que el Consejo Superior de la Judicatura venía resolviendo algunos conflictos de competencias de manera ambivalente, y que también el Consejo de Estado había solucionado, aunque con menos recurrencia, algunos problemas de competencia de manera contradictoria²⁴.

Con el paso de los años se hizo evidente que la determinación del juez competente se convirtió, en algunos casos, en un verdadero

²⁴ Dice la exposición de motivos que "De esta rápida reseña jurisprudencial se deduce que existen criterios encontrados en los altos tribunales a los que se ha hecho alusión, en lo que tiene que ver con la definición de un criterio material de competencia, tal como lo establece el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, cuando se refiere a litigios y controversias administrativos."



problema que incidía en el derecho de acceso a la justicia. En particular, la dificultad se hizo compleja tratándose de entidades prestadoras de SPD, universidades públicas, empresas sociales del Estado, entre otras entidades públicas, en cuyo caso la jurisprudencia debió resolver estos problemas, pero no siempre lo hizo de manera uniforme, incluso desesperadamente contradictoria, en lapsos relativamente cortos, llegando a tornarse el tema particularmente problemático. Por esta razón, en la Exposición de Motivos se dijo que:

La ley es la que debe determinar la competencia de las diversas jurisdicciones para conocer de las controversias que, en cada caso, se presenten; sin embargo, en área tan importante como la de servicios públicos, no existen tales reglas legales de competencia. En efecto, la concepción según la cual existe correspondencia entre la aplicación del régimen de derecho privado y la competencia de la jurisdicción civil o entre el régimen de derecho público y la competencia de la jurisdicción contenciosa se ha estimado, en unos casos, superada y, en otros, en cambio, se ha entendido vigente. El Consejo de Estado, en jurisprudencia reiterada¹⁴, y tratándose de responsabilidad contractual ha venido sosteniendo que el régimen jurídico aplicable no determina la jurisdicción competente.: (...)

En efecto, al establecer el citado artículo 82, que la competencia se define por el carácter administrativo de la controversia, está fundándose en un criterio material de muy difícil definición o, al menos, de una definición única.

En efecto, aun aceptando la tesis del Consejo de Estado, según la cual litigio administrativo es aquel que se origina en el ejercicio de una función administrativa, definir cuándo el Estado ejerce una función pública y cuándo no, ha sido un tema muy controversial; volviendo al ejemplo de los servicios públicos, existen, por lo menos, tres respuestas que la doctrina ha propuesto frente a la pregunta de si su prestación constituye o no el ejercicio de una función pública. En primer lugar, hay quienes afirman que, en virtud del artículo 365 de la Constitución Política, toda la prestación de los servicios públicos debe ser considerada función pública, por tratarse de una actividad relacionada con los fines del Estado Social de Derecho¹⁷; sin duda esta ha sido la posición adoptada por la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, al menos en las últimas providencias citadas. En segundo lugar, están quienes sostienen que, si el servicio público es prestado por un particular, no debe ser considerado función pública, pero si la prestación la realiza una entidad pública, la misma adquiere tal carácter¹⁸. Por último, unos terceros sostienen que, de acuerdo con la forma en que se estableció el régimen de servicios públicos en la Constitución de 1991, su prestación, por regla general, no constituye una función pública; no obstante, esta última posición señala que, en su prestación, aquellas actividades que resultan del ejercicio de prerrogativas propias del Estado sí revisten tal carácter¹⁹. Esta es la tesis que prohija el Consejo de Estado en la providencia citada, acudiendo a un análisis sistemático de la Constitución Política y la ley²⁰. Esta posición es



Expediente: 21.612
Actor: Electrificadora de Sucre

compartida por la Corte Constitucional, que, en la Sentencia C-037 de 2003²¹, expuso lo siguiente:

Las anteriores preocupaciones surgieron en un marco judicial muy concreto, orientado por los problemas de competencias que afectaban a las empresas de SPD. Por esa razón, y para tratar de definir, por vía de autoridad, este problema, se dijo en la Exposición de Motivos que:

De otro lado, como se ha dicho, el artículo 32 de la Ley 142 de 1994 no establece una regla de competencia, pues se limita a señalar que las actividades de las empresas de servicios públicos domiciliarios se rigen exclusivamente por el régimen de derecho privado. Con anterioridad, el Decreto 3130 de 1968 establecía, en su artículo 31, que la jurisdicción competente para conocer las controversias que surgieran con ocasión de la actividad comercial e industrial de empresas de la misma índole era la ordinaria, y las que se originaran en desarrollo de funciones públicas eran de conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Dicha norma generaba alguna seguridad en este tema; sin embargo, la misma fue derogada expresamente por la Ley 489 de 1998, artículo 121, pero esta ley no se preocupó por establecer una regla equivalente que determinara la jurisdicción competente para conocer las controversias que involucraran una empresa industrial y comercial del Estado o una empresa de servicios públicos domiciliarios. De la misma manera, el artículo 85 de la Ley 489 de 1998, determina que, salvo las excepciones establecidas en la ley, la normatividad aplicable a las actividades desarrolladas por las empresas industriales y comerciales del Estado es la del derecho privado¹⁶, sin prescribir cuál es la jurisdicción competente para conocer las controversias que, con ocasión de aquellas, se susciten. Lo dicho, impone acudir a la cláusula general de competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, establecida en el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, que impone definir lo que se denomina controversias y litigios administrativos, asunto complicado que ha generado las diferencias jurisprudenciales expuestas. (...)

Las dificultades que suscita la aplicación del criterio material consagrado en el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo generan una enorme inseguridad en la definición del juez competente, sobre todo cuando se trata de controversias que comprometen una empresa industrial y comercial del Estado, una sociedad de economía mixta, o una empresa oficial de servicios públicos domiciliarios, en desmedro evidente de los usuarios de la justicia que, en estos casos son las víctimas que padecen los daños causados por la actividad oficial. (...)

Surge, pues, la imperiosa necesidad de resolver este problema que genera un indudable obstáculo al adecuado ejercicio del derecho de acceso a la administración de justicia, y la forma de hacerlo, sin traumatismos, es adoptar un criterio orgánico de competencia.



Expediente: 21.612
Actor: Electrificadora de Sucre

Así, se resolverían de manera definitiva las contradicciones evidenciadas hasta el momento, dado que se establecería una clara regla de competencia en la ley, en la que solo sería necesario verificar si se trata de una controversia en la que está involucrada una entidad pública o un particular que desempeñe funciones públicas. Dicho criterio no amerita mayores esfuerzos interpretativos para establecer, en cada caso concreto, el juez competente para resolverlo.

En estos términos, se percibe con facilidad, el propósito que tuvo el proyecto de reforma, determinante de sus móviles, fue la problemática de los SPD, de ahí que se sugiriera, como se insinúa en el último párrafo citado, que el juez de las empresas de SPD debía ser esta jurisdicción.

Esta idea se hace aún más evidente en los siguientes apartes de la exposición de motivos, según la cual:

7. No se pretende modificar las leyes que establecen reglas de competencia en materia laboral y de servicios públicos domiciliarios. Por último, el proyecto no pretende modificar las reglas de competencia ya establecidas en la ley, como es el caso...
(...)

En el mismo sentido, se mantiene la vigencia de las reglas de competencia establecidas en la Ley 142 de 1994, así como las modificaciones introducidas por la Ley 689 de 2001, que en el artículo 130, establece que el cobro ejecutivo de deudas derivadas de la prestación de los servicios públicos es de conocimiento de la jurisdicción ordinaria o de la jurisdicción coactiva cuando se trata de empresas industriales y comerciales del Estado prestadoras de servicios públicos.

Una lectura integral del texto muestra que el propósito, bastante claro, en materia de SPD, era recoger, en esta jurisdicción, la competencia para juzgar las controversias de las empresas estatales de SPD, pero que, tratándose del cobro ejecutivo de las facturas, se debía mantener la competencia en la justicia ordinaria, en los términos del art. 130 de la ley 142 -modificado por el art. 18 de la ley 689 de 2001-.

En esta medida, según el texto del proyecto de ley, esta jurisdicción conocería de todas las controversias relacionadas con los operadores de los SPD -procesos contractuales, de responsabilidad extracontractual, de nulidad, entre otros-, pero los juicios ejecutivos, exclusivamente de facturas del servicio, se mantendrían en la justicia ordinaria.²⁵ (Se ha subrayado y destacado)

²⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 8 de febrero de 2007, exp. 30903, C.P. Enrique Gil Botero.



Expediente: 21.612
Actor: Electrificadora de Sucre

2. El asunto sometido a examen.

Como ya se indicó, la controversia sometida a conocimiento de la Sala está encaminada a obtener que se condene al Ministerio de Salud, entidad a la cuales estaba adscrita INSFOPAL, a pagar las facturas expedidas por la ELECTRIFICADORA DE SUCRE S.A. E.S.P., entre los años 1975 a 1977, por concepto de consumo de energía, así como la cancelación de los intereses moratorios a la tasa del 2.5% mensual.

Si bien es cierto ha sido punto de controversia la naturaleza jurídica de la relación entre las empresas de servicios públicos y los usuarios y podría discutirse válidamente la posición fijada por esta Corporación en el año 1939 y que rigió hasta la aparición del contrato de condiciones uniformes de que trata la Ley 142 de 1994, de lo que no existe duda es que el cobro de las deudas por concepto de la prestación de los servicios públicos siempre debe realizarse por la vía del proceso ejecutivo.

En este orden de ideas, independientemente de discutir si INSFOPAL se encontraba en una situación contractual, respecto de la ELECTRIFICADORA DE SUCRE S.A. E.S.P., o en una situación jurídica general e impersonal, regulada por la Ley 109 de 1936, los decretos 1606 y 1717 de 1937 y bajo el control y supervisión de la Junta Nacional de Tarifas de Servicios Públicos, para la época de la expedición de las facturas, lo cierto es que las pretensiones formuladas en la demanda y los fundamentos jurídicos expuestos por la parte actora, pretende exclusivamente el pago de las facturas expedidas entre los años 1975 a 1977 y de intereses moratorios del 2.5% mensual.



Por lo tanto sin hesitación alguna es posible concluir que la demanda, por razón de sus pretensiones, impone la observancia del trámite previsto y regulado en la ley para los procesos de carácter eminentemente ejecutivos. En efecto, los actos de las partes y de los órganos jurisdiccionales, mediante los cuales la *litis* procede desde su comienzo hasta su resolución y cuyo conjunto se denomina procedimiento, deben someterse a determinadas condiciones de lugar, de tiempo, de medios de expresión; estas condiciones se llaman formas procesales en sentido estricto. La inobservancia de estas formas puede conducir a la nulidad del acto procesal, a una sanción o bien no tener consecuencias. En este sentido, para asegurar el imperio de las normas procesales que garantizan el derecho de defensa y el debido proceso, el legislador instituyó algunas circunstancias que de manera taxativa acarrearán la nulidad del proceso según lo preceptuado por el artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, aplicable en lo Contencioso Administrativo por virtud de lo dispuesto en el artículo 267 del C.C.A. En algunas de las circunstancias previstas por el legislador se permite la aplicación del principio de convalidación, en cuya virtud, no obstante la existencia objetiva de irregularidades que tengan la categoría de nulidades, se entienden purgadas cuando el perjudicado con ese vicio las consiente, tácita o expresamente o no la reclama en tiempo o guarda silencio sobre ellas, o por la manifestación de voluntad de que, no obstante ellas, el proceso siga su curso legal.

Empero, en casos como el trámite inadecuado del proceso, según regulación expresa del numeral 4º del artículo 140 del C. de P.C.,²⁶ se trata de una causal ciertamente insaneable comoquiera que el procedimiento que ha de seguirse ante la jurisdicción del Estado y observarse por los jueces para desatar mediante sentencias las controversias judiciales, es de orden público. No obstante conviene precisar que ella no se presenta cuando acaecen alteraciones menores en la tramitación del proceso, sino que, por su propia

²⁶ Código de Procedimiento Civil: "artículo 140. El proceso es nulo en todo o en parte, solamente en los siguientes casos:

(...)

4. Cuando la demanda se tramite por proceso diferente al que corresponde.



Expediente: 21.612
Actor: Electrificadora de Sucre

índole sólo puede llegar a configurarse cuando se altera por completo el procedimiento señalado en la ley, tal y como tuvo la oportunidad de ejemplificar la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia:

"(...) En los casos en que, para su composición por la justicia, un conflicto de intereses se somete a procedimiento distinto del indicado por la ley para él, como cuando, debiéndose imprimir el trámite ordinario, se lo hace transitar por el sendero abreviado o del especial, en todo o en parte; o cuando, siendo de una de estas dos clases, se tramita indistintamente por una o por la otra vía, o se acude a las fórmulas esquemáticas propias del proceso ordinario."²⁷

De otra parte, aunque esta Sección ha procurado la prevalencia del derecho sustancial sobre las formas, pronunciándose de fondo en aquellos casos en los cuales a pesar de que tratándose de una acción ejecutiva se ejerza la acción contractual, siempre y cuando las pretensiones se formulen en la forma que corresponde a esta clase de proceso²⁸, en el presente caso no resulta posible aplicar dicho criterio comoquiera que se presenta una pérdida absoluta de jurisdicción en virtud de lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 689 de 2001.

²⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 27 de agosto de 1992, exp. 773634, M.P. Pedro Lafont Pianetta.

²⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 23 de junio de 2010, exp. 18395, C.P. Enrique Gil Botero: "(...) Y es claro que las pretensiones de la demanda se dirigen a cobrar esta suma de dinero, lo que perfectamente pudo hacerse a través de un proceso ejecutivo, porque el documento reúne las condiciones de aquellos que prestan ese mérito; no obstante, la Sala considera que esto no es óbice para que la parte del contrato ejerza la acción contractual —que se tramita como un proceso ordinario de conocimiento—, siempre que las pretensiones se formulen en la forma que corresponde a esta clase de proceso. Nada se opone a ello.

Esta conclusión también tiene apoyo en el principio constitucional de la prevalencia del derecho sustancial sobre el procedimental, cuando quiera que el actor confunda la acción judicial con la cual accede al juez, pero siempre que las pretensiones —entre otros requisitos de la demanda— se ajusten a la acción que corresponde, de manera que se cumpla con lo que exige la ley. Así, por ejemplo, si se ejerce la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, cuando se debió ejercer la contractual, siempre que las pretensiones se ajusten a la que correspondía, se ha hecho prevalecer el derecho sustantivo, porque al fin y al cabo ambas acciones se tramitan a través del proceso ordinario. Lo propio acontece en el caso concreto".



En este orden de ideas, en el presente asunto no se trata de una variación menor, sino que implicó una alteración completa del procedimiento señalado por la ley al imprimirse un trámite ordinario propio de las acciones contenciosas administrativas, a un asunto que debía tramitarse por el sendero especial del proceso ejecutivo, ante los jueces civiles del circuito. En este sentido, la Corte Constitucional al pronunciarse sobre la exequibilidad del numeral 6º del artículo 144 del Código de Procedimiento Civil concluyó que en este caso no es posible para el Juez oficiosamente adecuar el trámite, porque ello implica la violación del debido proceso. Sobre el particular puntualizó:

“¿Puede una norma procesal autorizar la tramitación de pleitos por procedimientos diferentes a los establecidos en el Código de Procedimiento Civil para el respectivo asunto? Dicho en otras palabras: ¿puede una norma procesal autorizar a las partes y al juez para violar el debido proceso? La respuesta tiene que ser negativa: ninguna norma legal puede contrariar los mandatos de la propia Constitución. Unas normas (las demandadas en este proceso) autorizan a las partes y al juez para violar el debido proceso, al resolver por el proceso ordinario asuntos que deben ventilarse por uno especial. Es más: nada asegura que la solución, en cuanto a la reforma del proceso ordinario (para adaptarlo a las características del asunto sometido al procedimiento especial), adoptada por los diversos jueces, sea igual. Lo más probable es lo contrario: que sean soluciones diversas y hasta contradictorias. El que las normas procesales sean el medio para el reconocimiento de los derechos que surgen de la ley sustancial, y tal reconocimiento sea el fin, no implica que ellas sean de una categoría inferior. Una de las bases insustituibles de la administración de justicia, especialmente porque evita la arbitrariedad de quienes la dispensan, es la sujeción a esos procedimientos uniformes, que hacen realidad la igualdad en este campo.”²⁹

No sobra destacar que la situación que analiza la Sala es diversa de la que desencadenaría un fallo inhibitorio. En la decisión inhibitoria el procedimiento que se hubiere observado habría sido el adecuado, pero no así la acción elegida para obtener las pretensiones de la demanda: por ejemplo, cuando se demanda la reparación de perjuicios originados en la ilegalidad de un acto administrativo de carácter particular y concreto a través de la acción de

²⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-407 de 1997, M.P. J. Arango Mejía.



Expediente: 21.612
Actor: Electrificadora de Sucre

reparación directa, la decisión debe ser inhibitoria en la medida que la acción para cuestionar el acto administrativo fue indebida puesto que la procedente era la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, pero el procedimiento en uno y en otro caso sí era el mismo, esto es el ordinario.

Así las cosas, dado que en el asunto que ahora centra la atención de la Sala el proceso que debió aplicarse es el que las leyes han dispuesto para los ejecutivos y, además, su conocimiento corresponde a la Jurisdicción Civil Ordinaria, lo que impide también a la Sala pronunciarse sobre cualquier aspecto relacionado con la caducidad de la acción o sobre la naturaleza de los documentos que podrían conformar el título ejecutivo, puesto que todos esos asuntos deberán ser materia de revisión, examen y decisión, en su debida oportunidad, por el Juez Civil competente, se impone la necesidad de decretar oficiosamente la nulidad de todo lo actuado.

Agréguese a lo anterior que, en el presente caso se evidencia otra causal de nulidad procesal insaneable, consistente en la falta de Jurisdicción, puesto que, según quedó reseñado, el proceso ejecutivo o de recaudo que en esta ocasión debió cumplirse no podía ser adelantado por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo sino por la Jurisdicción Ordinaria, cuestión que se encuentra expresamente contemplada en el numeral 1º del artículo 140 del C. de P. C.³⁰, en armonía con las disposiciones del artículo 144 de esa misma codificación, razón suficiente para que la Sala necesariamente deba dar aplicación a las normas aludidas, imperativas y de orden público –tal como las define el artículo 6º del mismo C. de P. C.–, mediante el reconocimiento de los vicios que en esta ocasión se han configurado, pronunciamiento que debe realizar el Juez, aún de manera oficiosa, en cualquier estado de la actuación, de conformidad con los dictados del artículo 145 del citado Estatuto Procesal Civil.

En mérito de lo expuesto, la Sala

³⁰ Artículo 140. Causales de Nulidad. El proceso es nulo en todo o en parte, solamente en los siguientes casos:

1. Cuando corresponda a distinta jurisdicción.



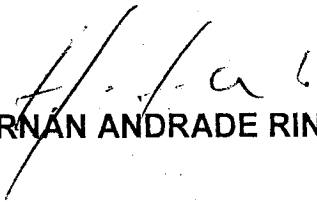
Expediente: 21.612
Actor: Electrificadora de Sucre

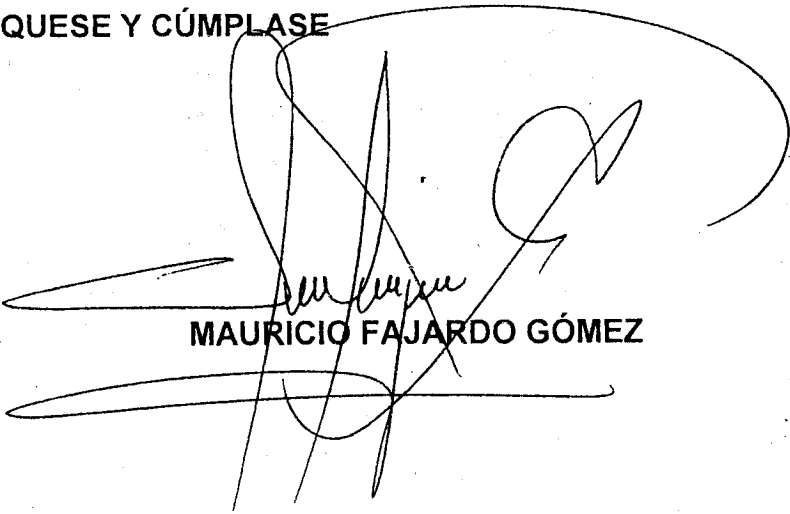
RESUELVE:

PRIMERO.- DECLARAR la nulidad de todo lo actuado a partir del auto del 12 de marzo de 1999 inclusive, por medio del cual se admitió la demanda, por falta de Jurisdicción.

SEGUNDO.- REMITIR el expediente a los Juzgados Civiles del Circuito de Sincelejo, reparto, para lo de su cargo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


HERNÁN ANDRADE RINCÓN


MAURICIO FAJARDO GÓMEZ


CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA