

ACCION CONTRACTUAL - Caducidad de la acción / CADUCIDAD DE LA ACCION - Noción / CADUCIDAD DE LA ACCION - Definición / CADUCIDAD DE LA ACCION - Sanción / CADUCIDAD DE LA ACCION - Pérdida de una oportunidad procesal

La caducidad es la sanción que consagra la ley por el no ejercicio oportuno del derecho de acción, en tanto al exceder los plazos preclusivos para acudir a la jurisdicción, se ve limitado el derecho que le asiste a toda persona de solicitar que sea definido un conflicto por el aparato jurisdiccional del poder público. Es decir, las normas de caducidad tienen fundamento en la seguridad jurídica que debe imperar en todo ordenamiento, en el sentido de impedir que situaciones permanezcan en el tiempo, sin que sean definidas judicialmente. En otros términos, el legislador establece unos plazos razonables para que las personas, en ejercicio de una determinada acción y, con el fin de satisfacer una pretensión específica, acudan a la judicatura a efectos de que el respectivo litigio o controversia, sea resuelto con carácter definitivo por un juez de la república con competencia para ello. (...) Debe entenderse la caducidad como un fenómeno jurídico en virtud del cual el administrado pierde la facultad de accionar ante la jurisdicción, por no haber ejercido su derecho dentro del término que señala la ley. (...). La facultad potestativa de accionar comienza con el término prefijado por la ley, y nada obsta para que se ejercite desde el primer día, pero fenece definitivamente al caducar o terminar el plazo, momento en el que se torna improrrogable y, por ende, preclusivo.

ACCION CONTRACTUAL - Caducidad de la acción / CADUCIDAD DE LA ACCION - Principio pro actione / PRINCIPIO PRO ACTIONE - A favor del demandante / PRINCIPIO PRO ACTIONE - Reiteración jurisprudencial

De otra parte, es importante destacar la posibilidad de dar aplicación, en precisos eventos, al principio pro actione (a favor del demandante), de manera concreta cuando exista una duda razonable que impida al juez, en sede del análisis de la admisión de la demanda, arribar a una conclusión clara y definida acerca del acaecimiento o no de la caducidad de la acción.

NOTA DE RELATORIA: Consultar sentencia de 10 de noviembre de 2000, expediente número 18.805, Consejera Ponente doctora María Elena Giraldo Gómez

ACCION CONTRACTUAL - Caducidad de la acción / CADUCIDAD DE LA ACCION - Norma aplicable

Para el caso concreto, la norma que se encontraba vigente al momento de la “supuesta” configuración de los motivos de hecho o de derecho que le dieron apoyatura al libelo demandatorio, así como al instante de la presentación judicial de éste era el artículo 136 del C.C.C., modificado por el decreto 2304 de 1989, es decir, antes de la entrada en vigencia de las normas especiales que en materia de caducidad de la acción contractual introdujo la ley 446 de 1998. (...) Esta disposición es precisamente la aplicable a la controversia porque, al margen de la regulación contenida en el artículo 55 de la ley 80 de 1993, era la norma especial y concreta que regulaba el fenómeno de la caducidad de la acción contractual.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 136 / DECRETO 2304 DE 1989

ACCION CONTRACTUAL - Caducidad de la acción / CADUCIDAD DE LA ACCION - Solicitud nulidad contrato en ejecución / CADUCIDAD DE LA ACCION - No procede / CADUCIDAD DE LA ACCION - Reiteración jurisprudencial

Por lo tanto, prima facie, le asistiría razón al recurrente al señalar que la caducidad en el sub examine operaría una vez vencidos dos años contados a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que le brindan sustento a la pretensión contractual. No obstante, el caso objeto de análisis, enfrenta una problemática particular relativa a la determinación de cómo se determina la caducidad de la acción contractual cuando se solicita la nulidad absoluta sobreviniente de un negocio jurídico que todavía se encuentra en ejecución. Para la Sala no se encuentra probada la excepción de caducidad de la acción contractual, toda vez que con fundamento en la jurisprudencia de la Corporación que fijó la hermenéutica del postulado contenido en el inciso final del artículo 136 del C.C.A. –modificado por el decreto 2304 de 1989–, mientras el contrato se encuentre en ejecución no resulta viable señalar que ha operado el fenómeno de la caducidad de la acción en relación con la pretensión puntual de nulidad absoluta del mismo.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 136 / DECRETO 2304 DE 1989

NOTA DE RELATORIA: Consultar auto de 9 de octubre de 1997, expediente número 13907, Consejero Ponente doctor Daniel Suárez Hernández; auto de 25 de octubre de 1999, expediente número 16153, actor: Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca y auto del 13 de diciembre de 2001, expediente número 20609, Consejero Ponente doctor Ricardo Hoyos Duque.

ACCION CONTRACTUAL - Caducidad de la acción / CADUCIDAD DE LA ACCION - Contrato en ejecución / CADUCIDAD DE LA ACCION - No opera

Al margen de que el ordenamiento aplicable fuera el contenido en el decreto 2304 de 1989, o el vigente consagrado en la ley 446 de 1998, lo cierto es que es posible señalar sin anfibología alguna que cuando se invoca la nulidad absoluta sobreviniente de un contrato estatal, no es posible computar el término de caducidad –bien sea de 2 o más años– desde que entró en vigencia el nuevo ordenamiento superior, sino que, en este tipo de situaciones muy especiales y específicas el término de caducidad aplicable sólo iniciará su conteo hasta tanto no se produzca la terminación del contrato estatal. (...) la caducidad en el caso concreto no ha operado por la sencilla pero potísima razón de que el contrato estatal se mantiene en ejecución y, por lo tanto, no se ha producido su terminación, momento éste desde el que, de haber acaecido, habría lugar a verificar el cómputo del plazo respectivo.

CELEBRACION CONTRATO - Aplicación de la norma vigente al momento de celebración / CONTRATO ESTATAL - Validez / CONTRATO ESTATAL - Nulidad / NULIDAD DEL CONTRATO ESTATAL - Aplicación de normas de rango constitucional

Al margen de que al contrato se integren las reglas sustanciales vigentes al momento de su celebración, la jurisprudencia de lo contencioso administrativo no puede ser ajena al principio de legalidad y, en general, a la principalística que circunda el contrato estatal, máxime si las normas de las cuales se hace pender la supuesta nulidad absoluta son de rango constitucional y legal. En esa perspectiva,

es posible que se analice la validez de un contrato estatal, al margen del marco jurídico bajo el cual se suscribió, cuando han ingresado al ordenamiento jurídico principios y/o reglas que pueden eventualmente llegar a modificar significativa y sustancialmente el acuerdo contractual al que habían llegado las partes, máxime si, se insiste, las normas proferidas son catalogadas como de orden público. Así las cosas, el artículo 38 de la ley 153 de 1887, no constituye una patente de corso para que las partes de un negocio jurídico puedan continuar ejecutando prestaciones que a la luz del ordenamiento contravienen normas de rango superior y, concretamente de orden público, al margen de la fecha de su expedición por cuanto que a partir del artículo 4º de la Constitución Política, las disposiciones de la misma prevalecen sobre cualquier otro precepto legal o convencional que le sea contrario, primacía que se ve reflejada inclusive a nivel legal en el artículo 18 de la ley 153 ibidem (...).

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 4 / LEY 153 DE 1887 - ARTICULO 38

NEGOCIO JURIDICO - Hermenéutica / VALIDEZ DEL NEGOCIO JURIDICO - Alteración / VALIDEZ DEL CONTRATO - Alteración / NEGOCIO JURIDICO - Nulidad / CONTRATO ESTATAL - Nulidad

A partir del principio de buena fe contractual se desprenden una serie de subprincipios, reglas y subreglas que sirven para establecer la hermenéutica del negocio jurídico, así como para efectuar su integración, es decir, que al margen de las estipulaciones literales que están contenidas en el acuerdo negocial, es posible desentrañar el verdadero contenido y alcance de la voluntad emitida por los contratantes en determinadas condiciones de tiempo, modo y lugar (v.gr. el principio de lealtad, la regla del venire contra factum proprium, y el principio de información, entre otras). Por lo tanto, se infiere que las modificaciones o reformas constitucionales (v.gr. la expedición de la Carta Política de 1991), pueden llegar a alterar la validez de un negocio jurídico siempre y cuando el contenido de este último contravenga o desconozca uno de los postulados contenidos en el precepto superior, escenario en el que habrá lugar a declarar, mediante la integración del contenido constitucional al contrato, la nulidad sobreviniente de este último.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA

CONTRATO - Fenómenos de integración e interpretación / FENOMENO DE INTEGRACION - Noción / FENOMENO DE INTERPRETACION - Noción

Frente al contrato (privado o público) operan los fenómenos de integración e interpretación, el primero está asociado a la verificación y articulación de las normas de orden público que, sin encontrarse expresamente estipuladas por las partes, integran el negocio jurídico y se imbrican con el mismo, mientras que el segundo se refiere a la forma cómo se fija el contenido y alcance de las cláusulas convencionales y su aplicación. En otros términos, la voluntad expresa o ínsita de las partes es susceptible de ser objeto de interpretación, mientras que donde ella no recae es que se genera el efecto integrador u objetivo, ya que en este escenario, el operador jurídico vincula al negocio las normas suplementarias –a efectos de llenar vacíos o lagunas– y las imperativas –en aras de verificar que la declaración se ciña a los postulados normativos prevalentes.

PRINCIPIO DE LA BUENA FE - Noción / PRINCIPIO DE LA BUENA FE - Aplicación / CONTRATO - Interpretación / INTERPRETACION DEL CONTRATO - Perspectiva objetiva

Los artículos 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio consagran el principio de buena fe contractual, postulado que tanto en su dimensión subjetiva como objetiva integran al negocio jurídico una serie de principios, valores y reglas que aunque no se encuentren de manera expresa estipuladas, sí son de obligatorio cumplimiento para las partes pues se vinculan al mismo para facilitar la integración y la interpretación del contrato, lo que permite establecer su verdadero y real contenido y alcance. En esa línea de pensamiento, es posible que desde el plano subjetivo el acuerdo de voluntades sea lo suficientemente claro al grado que no sea necesario aplicar los criterios hermenéuticos para indagar por la voluntad real; no obstante, será procedente la interpretación del contrato desde la perspectiva objetiva, en aras de fijar si el acuerdo se acompasa con los lineamientos jurídicos imperativos, las buenas costumbres, la moralidad, los derechos fundamentales e inclusive con los principios generales del derecho (v.gr. principio de buena fe y de no abuso del derecho). Esta importante herramienta, huelga reiterarlo, no puede erigirse en un instrumento para cercenar o modificar la voluntad de los contratantes en aquellos aspectos o lugares donde la autonomía de la voluntad no tiene restricciones o limitaciones derivadas de los factores legales o normativos enunciados.

FUENTE FORMAL: CODIGO CIVIL - ARTICULO 1603 / CODIGO DE COMERCIO - ARTICULO 871

CONTRATO ESTATAL - Principio de interpretación conforme / PRINCIPIO DE INTERPRETACION CONFORME - Aplicación / NEGOCIO JURIDICO - Teoría de la preservación - TEORIA DE LA PRESERVACION - Aplicación

Con la expedición de la Constitución Política de 1991, se instauró en el ordenamiento jurídico el principio de interpretación conforme, de allí que cualquier norma o acto jurídico en su aplicación debe consultar los postulados superiores, inclusive si su entrada en vigencia fue anterior a la del texto constitucional; en consecuencia, todo precepto o actuación que desconozca o contravenga los límites fijados por el Constituyente estará afectado de un vicio en su validez y, en consecuencia, tendrá que ser modificado o ajustado a esos lineamientos so pena de que se produzca su retiro del ordenamiento. De allí que, en el caso concreto, la controversia desborda los lineamientos propios de un conflicto de corte individualista o subjetivo en el que habría lugar, de manera eventual, a la aplicación de la teoría de la preservación del negocio jurídico, es decir, a restablecer el equilibrio económico aparentemente resquebrajado pero manteniendo la eficacia del contrato. Por lo tanto, en este tipo de escenarios huelga reiterar que el contrato no puede desconocer el principio de la defensa del interés general, los postulados o principios constitucionales, ni mucho menos el principio de buena fe que dimana de cualquier acuerdo contractual.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA

SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS - Régimen constitucional y legal / SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS - Subsidios / SUBSIDIO DE UN SERVICIO PUBLICO DOMICILIARIO - Excepción / SERVICIO PUBLICO DOMICILIARIO - Suministro de energía diferente al de alumbrado público

La simple lectura de la convención vertida en la escritura pública No. 1855 de 1960, permite establecer que el contenido y alcance de las obligaciones acordadas por las partes contravienen, en la actualidad, el régimen constitucional y legal propio de los servicios públicos domiciliarios de que dan cuenta los

artículos 365 y siguientes de la Carta Política, así como las leyes 142 y 143 de 1994. En consecuencia, le asiste razón a la demandante al señalar que el artículo 368 de la Constitución sólo permite que las entidades territoriales otorguen subsidios a los servicios públicos domiciliarios, de sus respectivos presupuestos, a las personas de menores ingresos, precepto que fija la única excepción a la posibilidad de subsidiar un servicio público domiciliario. Como se aprecia, el contrato suscrito por las partes entra en contradicción con el citado apotegma que, en cercana armonía con el artículo 368 ibidem, determina la necesidad de que el prestador del servicio público domiciliario consulte los costos y gastos necesarios para el suministro del servicio. En esa perspectiva, el contrato no consulta los costos y gastos en que incurre la CHEC para la producción del servicio, toda vez que la energía se suministra como pago o contraprestación por el despliegue de una actividad de vigilancia y protección de las redes de aquélla, acuerdo que conforme a los nuevos principios constitucionales y legales que regulan los servicios públicos domiciliarios resulta inaceptable por ser incompatible con los mismos. (...) no es procedente señalar que el servicio público contratado con la CHEC es el de alumbrado público –que no reviste la condición de domiciliario y, por ende, no se regula por las leyes 142 y 143 de 1994–, como quiera que el objeto del contrato consiste en el suministro de la energía eléctrica requerida por el municipio para atender esa finalidad, así como la necesaria para el funcionamiento de todas las dependencias locales

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 365 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 368 / LEY 142 DE 1994 / LEY 143 DE 1994

CONTRATO - Objeto contractual / OBJETO CONTRACTUAL - Desconoce el artículo 34 de la ley 142 de 1994 / PRESTACION GRATUITA - Está proscrita / SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS - Marco legal. Modificado por la Constitución y la ley / CONTRATO - Objeto ilícito / CONTRATO - Nulidad

El objeto contractual desconoce el artículo 34 de la ley 142 de 1994, que prohíbe a las empresas de servicios públicos, en todos sus actos o negocios, otorgar privilegios o introducir discriminaciones injustificadas, así como obliga a abstenerse de toda práctica que tenga la capacidad de generar o restringir en forma indebida la competencia; lo anterior, máxime si el numeral 2 de esa disposición establece uno de los principios elementales de la teoría y práctica de los servicios públicos domiciliarios y es la mínima correspondencia que debe existir entre los costos y gastos de operación del servicio y las tarifas del mismo, razón por la que se encuentra proscrita la prestación gratuita o a precios o tarifas inferiores al costo, postulado que se desconoce abiertamente con el contrato objeto de análisis. Bajo la anterior panorámica, se impone la confirmación de la sentencia apelada puesto que se acompasa con los lineamientos constitucionales y legales, máxime si el marco normativo y regulatorio de los servicios públicos domiciliarios –dentro del cual se encuentra la actividad de suministro de electricidad– fue sustancialmente modificado por el Constituyente y el legislador, afectando de validez la convención suscrita entre las partes por tratarse de un pacto que, en la actualidad, recae sobre un objeto ilícito.

FUENTE FORMAL: LEY 142 DE 1994 - ARTICULO 34

RESTITUCIONES MUTUAS - Improcedencia

Conforme a los artículos 1746 y 1525 del Código Civil, en virtud de la nulidad que se decretará no habrá lugar a restituciones mutuas entre las entidades

contratantes, precisamente porque el negocio estatal a que se contrae la actuación no se rige por los postulados de la ley 80 de 1993, y se encuentra viciado por objeto ilícito como se viene de indicar al entrar en directa contradicción su contenido con varios principios y postulados del texto constitucional.

FUENTE FORMAL: CODIGO CIVIL - ARTICULO 1525 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 1746

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA SUBSECCION C

Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

Bogotá D.C., nueve (9) de mayo de dos mil once (2011).

Radicación número: 17001-23-31-000-1996-03070-01(17863)

Actor: CENTRAL HIDROELECTRICA DE CALDAS S.A. CHEC

Demandado: MUNICIPIO DE MANIZALES

Referencia: ACCION CONTRACTUAL

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por el demandado contra la sentencia de 7 de septiembre de 1999, proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas, en la que se decidió lo siguiente:

“1.- DECLÁRASE impróspera la excepción de caducidad.

“2.- DECLÁRASE la nulidad del contrato celebrado entre LA CENTRAL HIDROELÉCTRICA DE CALDAS LTDA. y el MUNICIPIO DE MANIZALES, el día 15 de noviembre de 1960 y que fuera protocolizado en escritura pública 1855 otorgada en la Notaría Segunda del Circuito de Manizales el 24 de noviembre de 1960.

“3.- No hay lugar a condenar en costas.

“4.- En firme esta providencia, archívese el expediente y cancélese su radicación.” (fl. 144 cdno. ppal. 2ª instancia - mayúsculas y negrillas del original).

I. ANTECEDENTES

1. Demanda y trámite procesal en la primera instancia

1.1. El 23 de agosto de 1996, mediante apoderado judicial, la Central Hidroeléctrica de Caldas Ltda., interpuso demanda contractual contra el Municipio de Manizales, con la finalidad de que se decrete lo siguiente:

“Con fundamento en los hechos anteriores respetuosamente solicito a ese despacho se decrete la nulidad del contrato suscrito entre la Central Hidroeléctrica de Caldas y el Municipio de Manizales el 5 de noviembre de 1960 y protocolizado mediante la escritura pública Nro. 1855 de noviembre 24 de 1960, cuya copia auténtica se acompaña.” (fls. 20 y 21 cdno. ppal.).

En apoyatura de la pretensión se expusieron, en síntesis, los siguientes hechos:

1.1.1. Entre la Central Hidroeléctrica de Caldas Ltda. “CHEC” y el Municipio de Manizales se celebró un contrato el 5 de noviembre de 1960, y fue protocolizado mediante la escritura pública número 1855 de 24 de los citados mes y año.

1.1.2. En la cláusula primera de ese negocio jurídico se pactó que el municipio prestaría a la empresa demandante el servicio de control y vigilancia de consumo de energía con personal especializado para evitar el contrabando de ese servicio público. Como contraprestación a ese servicio la Central Hidroeléctrica adquirió la obligación de suministrar a la entidad territorial de forma permanente y gratuita el alumbrado público de las calles de la ciudad, tanto para las existentes al momento de suscripción del contrato como respecto de las que en el futuro se construyeran, así como para todos los establecimientos y dependencias municipales.

1.1.3. En la cláusula cuarta del contrato se acordó como término de duración de la convención todo el tiempo de existencia de la Central, sea que subsistiera como sociedad independiente o que se incorporara o se transformara en otra u otras de igual o diversa naturaleza.

1.1.4. La Central Hidroeléctrica de Caldas jamás facturó suma alguna a cargo del municipio con anterioridad a 1996, a pesar de que el negocio jurídico contravenía la ley, específicamente el estatuto de los servicios públicos (ley 142 de 1994). Además, la entidad territorial no cumplió con las obligaciones adquiridas, lo que se deduce del contenido del memorando de octubre 4 de 1993.

1.1.5. La empresa demandante ha soportado los rigores del citado contrato, altamente perjudicial para sus intereses económicos, ya que exonerar del pago del servicio público de energía a una capital de departamento como lo es Manizales, riñe gravemente con principios como la justicia y la equidad.

1.2. El Tribunal Administrativo de Caldas rechazó la demanda al considerar que había operado la caducidad de la acción (fls. 27 a 32 cdno. ppal.), proveído que fue revocado por esta Corporación en auto de 29 de mayo de 1997, oportunidad en que se consideró dudosa la ocurrencia o no del citado fenómeno procesal, razón por la que se aplicó el principio *pro actione* y, por lo tanto, se admitió la misma y se defirió a la sentencia el análisis de fondo sobre la materia (fls. 49 a 54 cdno. ppal.). En providencia de 5 de febrero de 1998, se abrió a pruebas el proceso para decretar las solicitadas (fl. 67 cdno. ppal.) y, por último, en auto del 18 de febrero de 1998, se corrió traslado para alegar de conclusión (fl. 69 cdno. ppal.).

1.3. En la contestación de la demanda, el municipio de Manizales se opuso a las pretensiones por carecer de fundamento fáctico y jurídico. Sostuvo que no existe causa que afecte la legalidad y validez del contrato objeto de la litis. Además, señaló que ninguna de las disposiciones invocadas constituyen nulidad absoluta en los términos de los artículos 44 y siguientes de la ley 80 de 1993, o del artículo 1741 del Código Civil. Así mismo, propuso la excepción de caducidad de la acción, con fundamento en el siguiente razonamiento:

“En este orden de ideas, si la demandante considera que con el advenimiento de la ley 142 de 11 de julio de 1994 sobrevino una causal que vicia de nulidad el contrato que nos ocupa, el término para demandar precluyó el 11 de julio de 1996, es decir, un mes 12 días después de vencido el término para impetrar la acción.” (fl. 64 cdno. ppal.).

1.4. En la primera instancia rindió concepto el Agente Delegado del Ministerio Público y solicitó que se declare probada la excepción propuesta por la entidad demandada, ya que, en su criterio, en el caso concreto operó la caducidad de la acción contractual para deprecar la nulidad absoluta del negocio jurídico.

No obstante, insistió, que en el evento de que el Tribunal no encontrara demostrado el medio exceptivo, se declarara el rompimiento del equilibrio

económico del contrato en los términos del artículo 27 de la ley 80 de 1993 (fls. 70 a 75 cdno. ppal.).

2. Sentencia de primera instancia

En sentencia del 7 de septiembre de 1999, el Tribunal Administrativo de Caldas accedió a las súplicas de la demanda. En criterio de esa Corporación, en el asunto *sub examine*, no se configuró la caducidad de la acción contractual y, de otro lado, el negocio jurídico quedó afectado con una nulidad absoluta sobreviniente en la medida en que el legislador cambió de manera esencial y drástica las reglas a las que debían ajustarse las partes del contrato, lo que significa que en la actualidad la convención desconoce normas imperativas de orden público.

Entre otros aspectos, el *a quo*, puntualizó lo siguiente:

“(...) si bien es cierto, el artículo 136 del C.C.A., prescribe que las acciones contractuales caducan en dos años de ocurridos los motivos de hecho y de derecho que le sirvan de fundamento, no es menos cierto que el canon constitucional 228 consagra la prevalencia del derecho sustancial en la actuación judicial, y a este precepto acudirá esta Sala de tal forme que le esté permitido analizar el asunto controvertido, el que califica de una importancia singular y de un interés público netamente...

“(...) La trasgresión del ordenamiento jurídico configura una causal de nulidad absoluta, insaneable y como sucede en este caso, la vulneración de la ley va ocurriendo cada día, a medida que continúa la ejecución del contrato, que es de tracto sucesivo, con todo y sus cláusulas que desatienden lo dispuesto por la normatividad que viene rigiéndolo últimamente. Al ser trasgredida todos los días la ley, dada la vigencia actual del contrato pues el suministro de la energía se pactó que fuera permanente, sin precisar plazo alguno cierto, no hay forma de determinar a partir de cuál fecha se empieza a contar el término de caducidad, extremo exigido por el artículo 136 del C.C.A., vigente por la época de iniciación de este proceso, variado sustancialmente por la ley 446 de 1998.

“(...) El artículo 27 de la ley 80 de 1993, igualmente citado por el actor, sí aparece ostensiblemente vulnerado, ya que éste consagra la obligación para las partes contratantes de mantener la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidas al momento de contratar. Consagra que en caso de ocurrir el rompimiento de esta ecuación, las partes deben adoptar, en el menor tiempo posible, las medidas necesarias para su restablecimiento, señalando cuáles. Ya quedó consignado cómo otra cosa bien diferente ocurrió en el contrato objeto de análisis.

“Respecto a las normas de la ley 142 de 1994, citadas por el actor como violadas, en un principio, podría decirse que mal podrán ser trasgredidas por las entidades que celebraron el contrato en cuestión, en razón a que el alumbrado público no es un servicio público domiciliario y esta ley se ocupa de establecer el régimen de los servicios públicos domiciliarios, razón por la cual sus preceptos no cobijan esta clase de servicio, pero sí cabe el análisis de la trasgresión del ordenamiento puesto que directamente en el contrato no se está aludiendo a la forma de prestación de dicho servicio de alumbrado sino a la forma como el municipio obtendrá la energía eléctrica requerida para cumplir con la satisfacción de esta necesidad.

“(…) En este orden de ideas, aparece trasgredido el artículo 27 numeral 1 de la ley 142 de 1994, pues quedó prohibido a las entidades territoriales y a las entidades descentralizadas de cualquier nivel administrativo, así como a la Nación, otorgar o recibir de las empresas de servicios públicos privilegio o subsidio distinto de los que precisa esa misma ley...

“(…) Esta ley no tiene consagrado privilegio semejante en ninguna parte de su articulado, máxime que el establecimiento de las tarifas constituye el eje central de la ley 142 de 1994 y fueron establecidas en un ambiente de libre mercado y competencia perfecta...

“(…) Resulta también trasgredido el artículo 34 de la ley 142 de 1994, citado por el actor, cuando la CHEC permite la continuación en el tiempo de un contrato en el cual se está otorgando un privilegio no debido al municipio, norma que prohíbe prácticas discriminatorias así...

“(…) No se ajusta tampoco a los mandatos de la ley 143 de 1994, conocida como la ley eléctrica, que establece las normas que regulan 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.

“(…) Así las cosas, el objeto de dicho contrato, como consecuencia de la nueva legislación en materia de servicios públicos, al tenor del artículo 1523 del Código Civil, deviene en objeto ilícito, al contravenir la esencia misma del contrato, el ordenamiento jurídico que lo gobierna y que deben acatar actualmente las entidades prestadoras de esos servicios, las partes contratantes están obligadas a observar el principio de equilibrio financiero y su persistencia durante la ejecución del mismo contrato. Conforme lo dispone el artículo 1741 ibidem, la nulidad producida por un objeto ilícito es nulidad absoluta y en tal sentido se pronunciará la Sala.

“(…) Todas estas consideraciones de carácter jurídico, llevadas a cabo con la nueva concepción del juez originada en la Constitución de 1991, el cual debe observar en sus decisiones el mantenimiento de un orden justo y equitativo, sin ceñirse al rigor del ordenamiento jurídico, conducen a la Sala a declarar la nulidad absoluta del contrato celebrado el 15 de noviembre de 1960 entre LA CENTRAL

HIDROELÉCTRICA DE CARLDAS S.A. y el MUNICIPIO DE MANIZALES, contenido en la escritura pública No. 1855 otorgada en la Notaría Segunda del Círculo de Manizales, el 24 de noviembre de 1960, sin que tal declaración conlleve indemnización alguna a ninguna de las partes contratantes, resultando prósperas las pretensiones de la demanda.

“(…)” (fls. 113 a 149 cdno. ppal. 2ª instancia).

Uno de los Magistrados integrantes del Tribunal de primera instancia salvó su voto, con fundamento en que su ponencia inicial, esto es, la que declaraba probada la excepción de caducidad de la acción fue derrotada por la posición mayoritaria. En criterio del Magistrado disidente, con fundamento en el principio de la prevalencia del derecho sustancial no es posible desconocer las disposiciones procesales, las cuales son de orden público igualmente y, por lo tanto, el fin de ese postulado constitucional no es generar un desconocimiento de las normas adjetivas, pues se llegaría a un paternalismo estatal que no se aviene con la definición de Estado Social de Derecho (fls. 146 a 153 cdno. ppal. 2ª instancia).

3. Recurso de apelación

Inconforme con lo decidido, la demandada interpuso recurso de apelación (fls. 157 a 161 cdno. ppal. 2ª instancia), que fue concedido por el *a quo* en proveído del 26 de octubre de 1999 (fls. 164 y 165 cdno. ppal. 2ª instancia) y admitido por esta Corporación en auto del 2 de marzo de 2000 (fls. 179 y 180 cdno. ppal. 2ª instancia).

El fundamento del recurso fue desarrollado como se expone a continuación:

3.1. En el asunto objeto del recurso, la posición mayoritaria del Tribunal de primera instancia está aplicando de manera peligrosa un precepto superior que exige a las autoridades judiciales hacer prevalecer el derecho sustancial en sus actuaciones, olvidando de paso que esta misma disposición es clara, concreta y precisa al señalar que “los términos procesales se observarán con diligencia...”.

3.2. Y se señala que el postulado constitucional se aplicó de manera peligrosa, pues, si se acepta esa teoría se tendría que anunciar que las excepciones procesales, o al menos la de caducidad, han desaparecido del ordenamiento jurídico positivo, como quiera que se tendría que aceptar que las excepciones

previas –como la caducidad– son formalismos procesales que impiden a los jueces conocer lo sustancial de las demandas.

3.3. Olvida el Tribunal que la caducidad de la acción contractual, según lo expresaba el inciso sexto del artículo 136 del C.C.A., se daba al cabo de los dos años contados a partir de la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que le servían de fundamento.

El motivo de la supuesta nulidad no se origina a diario como lo aduce el Tribunal, sino que nació con el advenimiento de la ley 142 de 1994, de aceptar en gracia de discusión el alegato de la demandante. En efecto, la supuesta causa de la nulidad no está dada por la vigencia del contrato o de las obligaciones como desacertadamente se expresa en la providencia que se cuestiona; si ella existe de manera sobreviniente se produce y consolida una sola vez y es al momento de la entrada en vigencia de la actual normativa de los servicios públicos. Aceptar este argumento sería tanto como afirmar que la caducidad de la acción contractual se cuenta desde el momento en que pierde vigencia el contrato, pues, siempre y cuando las obligaciones estén activas y el contrato en vigencia, todos los días de su vida jurídica se produciría la violación de la ley, en consecuencia, mientras las cláusulas estén activas se violaría todos los días la normativa, luego la caducidad se prolongaría en el tiempo.

3.4. Una cosa es que un contrato esté viciado de nulidad con motivo de la entrada en vigencia de una ley y otra bien distinta es la oportunidad de que dispone el interesado para demandar ese vicio del negocio jurídico.

Con la caducidad lo que ha pretendido el legislador es sancionar la pasividad o la omisión de la persona interesada en demandar la validez de un acto jurídico. En el presente asunto se está premiando de manera injusta a la empresa demandante, quien no estuvo atenta a llevar a los estrados judiciales la controversia concreta.

3.5. Por último, en la sentencia se afirmó de manera categórica que en la ejecución del contrato se rompió el equilibrio económico. A esa conclusión se llegó sin que existiera una mínima valoración de lo que en dinero representa para la CHEC el suministro de la energía en los términos convenidos y lo que le cuesta al municipio cumplir con la obligación a la que se comprometió.

4. Alegatos de conclusión

En providencia del 22 de marzo de 2000, se corrió traslado para alegar de conclusión, etapa en la que las partes y el Ministerio Público guardaron silencio (fls. 182 y 183 cdno. ppal. 2ª instancia).

5. Cesión de derechos litigiosos

Mediante contrato que obra de folios 227 a 230 del cuaderno principal de segunda instancia, la CHEC cedió los derechos litigiosos de este proceso a favor del cesionario Fideicomiso Chec Fiducafé S.A. En auto del 18 de octubre de 2005 (fl. 231 cdno. ppal. 2ª instancia), se corrió traslado a la demandada para que manifestara si aceptaba o no la mencionada cesión, etapa en la que guardó silencio, motivo por el que en proveído del 14 de febrero de 2006, se dispuso tener a la sociedad Fiduciaria Cafetera S.A., como litisconsorte de la parte actora en los términos del artículo 60 del C.P.C. (fl. 233 cdno. ppal. 2ª instancia).

II. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites propios del proceso, sin que exista causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el asunto sometido a consideración, a través del siguiente derrotero: 1) competencia de la Sala; 2) identificación de los problemas jurídicos; 3) la excepción de caducidad; 4) valoración probatoria y conclusiones, y 5) condena en costas.

1. Competencia de la Sala

Se es competente para conocer de este proceso en segunda instancia, toda vez que si bien en las pretensiones no se solicitó una condena, lo cierto es que sí se razonó la cuantía en \$123.142.118,00, suma que corresponde al valor facturado entre octubre de 1995 y julio de 1996, y que resulta superior a la exigida para que un proceso iniciado en el año 1996, tuviera vocación de doble instancia, esto es, \$13.460.000,00, de conformidad con las reglas de competencia establecidas en el Decreto 597 de 1988.

2. Identificación de los problemas jurídicos

La situación fáctica plantea dos problemas jurídicos concretos que requieren ser despejados para definir el fondo de la controversia: el primero, relativo a la forma como se establece la caducidad de la acción contractual cuando la pretensión que se formula es la de nulidad absoluta sobreviniente del contrato y, el segundo, íntimamente relacionado con el anterior, si es viable alegar la nulidad absoluta sobreviniente de un contrato estatal.

3. La excepción de caducidad en el caso concreto

La caducidad es la sanción que consagra la ley por el no ejercicio oportuno del derecho de acción, en tanto al exceder los plazos preclusivos para acudir a la jurisdicción, se ve limitado el derecho que le asiste a toda persona de solicitar que sea definido un conflicto por el aparato jurisdiccional del poder público.

Es decir, las normas de caducidad tienen fundamento en la seguridad jurídica que debe imperar en todo ordenamiento, en el sentido de impedir que situaciones permanezcan en el tiempo, sin que sean definidas judicialmente. En otros términos, el legislador establece unos plazos razonables para que las personas, en ejercicio de una determinada acción y, con el fin de satisfacer una pretensión específica, acudan a la judicatura a efectos de que el respectivo litigio o controversia, sea resuelto con carácter definitivo por un juez de la república con competencia para ello.

Así las cosas, es la propia ley la que asigna una carga¹ a los asociados del conglomerado social para que, ante la materialización de un determinado hecho, actúen con diligencia en cuanto a la reclamación efectiva de los derechos reconocidos sustancialmente por las disposiciones jurídicas que de dichos supuestos fácticos se desprenden, sin que las partes puedan convenir en su desconocimiento, modificación o alteración.

¹ "(...) durante la marcha del proceso son innumerables las ocasiones en que corresponde a la parte ejercitar determinado acto, cuya omisión le traerá la pérdida de una oportunidad procesal; es lo que se denomina cargas procesales." DEVIS Echandía, Hernando "Teoría General del Proceso", Ed. Universidad Editores, Buenos Aires, Pág. 44.

Debe entenderse la caducidad como un fenómeno jurídico en virtud del cual el administrado pierde la facultad de accionar ante la jurisdicción, por no haber ejercido su derecho dentro del término que señala la ley. Esto ocurre cuando el plazo concedido por el legislador para formular una demanda vence sin que se haya hecho ejercicio del derecho de acción, y ello está edificado sobre la conveniencia de señalar un plazo objetivo, invariable, para que quien considere ser titular de un derecho opte por accionar o no.

La facultad potestativa de accionar comienza con el término prefijado por la ley, y nada obsta para que se ejercite desde el primer día, pero fenece definitivamente al caducar o terminar el plazo, momento en el que se torna improrrogable y, por ende, preclusivo.

De otra parte, es importante destacar la posibilidad de dar aplicación, en precisos eventos, al principio *pro actione* (a favor del demandante), de manera concreta cuando exista una duda razonable que impida al juez, en sede del análisis de la admisión de la demanda, arribar a una conclusión clara y definida acerca del acaecimiento o no de la caducidad de la acción.

Al respecto, la jurisprudencia de la Corporación ha precisado:

“Sin embargo, la Sala ha sido flexible y ha garantizado el acceso a la administración de justicia en eventos en los que no se tiene certeza sobre cuándo se inicia el cómputo del término de caducidad, para que dentro del proceso se demuestren las condiciones que permitan determinar si operó o no dicho fenómeno (...) En casos, como el que se analiza, la Sala ha sido flexible y ha garantizado el acceso a la justicia para que dentro del proceso se demuestren las condiciones que permitan suponer una fecha distinta - a la que primeramente parece obvia -, para iniciar el cómputo del término de caducidad. En otras palabras, cuando no es manifiesta la caducidad, es viable admitir la demanda sin perjuicio de que el juez al momento de fallar, previo el análisis del material probatorio, vuelva sobre el punto. Con fundamento en todo lo anterior la Sala revocará el auto apelado y se resolverá sobre la admisión de la demanda. Ahora bien, de su estudio, encuentra la Sala que sí cumple con los requisitos formales previstos en la ley y, por lo tanto la admitirá.”² (destaca la Sala).

² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 10 de noviembre de 2000, expediente: 18.805, M.P. María Elena Giraldo Gómez.

Para el caso concreto, la norma que se encontraba vigente al momento de la “supuesta” configuración de los motivos de hecho o de derecho que le dieron apoyatura al libelo demandatorio, así como al instante de la presentación judicial de éste era el artículo 136 del C.C.C., modificado por el decreto 2304 de 1989, es decir, antes de la entrada en vigencia de las normas especiales que en materia de caducidad de la acción contractual introdujo la ley 446 de 1998. En consecuencia, el precepto aplicable a la presente controversia señalaba:

“ARTICULO 136. CADUCIDAD DE LAS ACCIONES. La de nulidad absoluta podrá ejercitarse en cualquier tiempo a partir de la expedición del acto.

“Las relativas a contratos caducarán en dos (2) años de ocurridos los motivos de hecho o de derecho que le sirvan de fundamento.

Esta disposición es precisamente la aplicable a la controversia porque, al margen de la regulación contenida en el artículo 55 de la ley 80 de 1993, era la norma especial y concreta que regulaba el fenómeno de la caducidad de la acción contractual, tanto así que la Corte Constitucional al declarar la exequibilidad del precepto transcrito determinó:

“El único entendimiento posible del contenido normativo de los referidos preceptos de ley 80/93, que consagran la responsabilidad civil de las entidades estatales, no es otro que el de considerar que dicha responsabilidad concierne a aspectos relativos a conductas positivas o negativas, imputables a las entidades públicas, que causan perjuicio a los contratistas, derivadas de la inobservancia de preceptos de las normas civiles que rigen su actividad contractual, y a las cuales expresamente dicha ley remite, responsabilidad de naturaleza especial que no puede hacerse exigible mediante la formulación de las pretensiones autorizadas por el art. 87 del C.C.A. El artículo 55 de la ley 80 de 1993 reguló la prescripción de la acción civil por responsabilidad contractual contra las entidades estatales, los servidores públicos, los contratistas, consultores, interventores y asesores externos por las conductas y omisiones que les sean imputables en el proceso de contratación y que ocasionen perjuicios. Dicha acción, por su naturaleza estrictamente civil, esto es, sustentada en normas de derecho privado, es diferente a las acciones contractuales, fundadas en normas de derecho público a que se refiere el art. 87 del C.C.A, que tenían un término de caducidad especial en la norma acusada.”³

Por lo tanto, *prima facie*, le asistiría razón al recurrente al señalar que la caducidad en el *sub examine* operaría una vez vencidos dos años contados a partir del día

³ Corte Constitucional, sentencia C-574 de 1998, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que le brindan sustento a la pretensión contractual. No obstante, el caso objeto de análisis, enfrenta una problemática particular relativa a la determinación de cómo se determina la caducidad de la acción contractual cuando se solicita la nulidad absoluta sobreviniente de un negocio jurídico que todavía se encuentra en ejecución.

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

En efecto, esta Sección sobre el particular puntualizó:

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

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

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

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

“(…)”⁴

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, auto de 9 de octubre de 1997, exp. 13.907, M.P. Daniel Suárez Hernández.

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

“En este orden de ideas, como la demanda está orientada a declarar la nulidad absoluta de un contrato de donación, que al parecer se celebró contraviniendo un mandato constitucional, no resulta admisible pensar en un rechazo de la demanda con base en el fenómeno jurídico de la caducidad de la acción, menos aún teniendo en cuenta la naturaleza del bien objeto de disposición, ya que de ser un bien fiscal su dominio o posesión es susceptible de transferencia, pero no puede adquirirse por prescripción (art. 407 num. 4 del C.P.C); por lo tanto, en casos como el que ocupa la atención de la Sala, resulta aplicable el criterio de que el simple transcurso del tiempo no tiene la virtualidad de sanear la ilegalidad de una actuación estatal para convertirla en lícita.⁵ Adicionalmente, el parágrafo 1° del art. 136 del C.C.A. establece que la acción de nulidad podrá ejercitarse en cualquier tiempo a partir de la expedición del acto.”⁶

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

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

⁵ Ver al respecto el auto del 25 de octubre de 1999, expediente No. 16153, actor: Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca.

⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 13 de diciembre de 2001, exp. 20609, M.P. Ricardo Hoyos Duque.

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

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

Verificada la improcedencia de la excepción formulada por la demandada, habrá lugar a estudiar de fondo la controversia con el objetivo de definir si es posible, en primer lugar, si un contrato estatal puede resultar afectado en su validez por una nulidad absoluta sobreviniente, y de llegar a asentir en ese planteamiento, determinar si el negocio jurídico materia de análisis está o no viciado por la presunta inconstitucionalidad e ilegalidad alegada por la parte actora.

4. Valoración probatoria y conclusiones

La Sala confirmará la sentencia apelada con fundamento en las razones que se desarrollan a continuación:

El 24 de noviembre de 1960, el Municipio de Manizales y la Central Hidroeléctrica de Caldas Ltda. "CHEC", suscribieron contrato contenido en la escritura pública No. 1855 en el que, entre otros aspectos, convinieron:

"(...) PRIMERA. EL MUNICIPIO se obliga para con LA CENTRAL a prestarle dentro del territorio que compone el Distrito de Manizales y con personal especialmente destinado para ello, al servicio de control y vigilancia de consumo de energía a fin de evitar contrabandos y de las canalizaciones eléctricas, tanto urbanas como rurales, de propiedad de LA CENTRAL, con obligación de mantener a ésta permanentemente informada sobre el desarrollo de las labores a que se obliga por este contrato. SEGUNDA. El servicio de control y vigilancia de que trata la cláusula anterior se obliga a

prestarlo EL MUNICIPIO en forma permanente y cuidadosa a fin de que LA CENTRAL obtenga resultados positivos relacionados con la represión del contrabando de energía y con el estado de conservación de las líneas de transmisión y las redes de distribución de energía eléctrica. TERCERA. Como contraprestación por los servicios a que se obliga EL MUNICIPIO por este contrato, LA CENTRAL se obliga a suministrarle a aquél en forma permanente y gratuita, la energía para el alumbrado público de las calles de la ciudad que se requiera actualmente y la que en el futuro se instale, y para los establecimientos que dependan directa y exclusivamente de la Administración Municipal... CUARTA. El presente contrato durará vigente por todo el tiempo de existencia de LA CENTRAL, sea que ésta subsista como sociedad independiente cualquiera que sea su naturaleza, o que se incorpore o se transforme en otra u otra de igual o diverso tipo. Asimismo, la duración de este contrato se prorrogará automáticamente por el mismo período por el cual se prorrogue la existencia de LA CENTRAL, o por el tiempo de duración de la sociedad o sociedades en que aquella se incorpore o transforme..." (fls. 9 a 14 cdno. ppal.).

Verificado el contenido negocial transcrito, se tiene que le asiste razón a los planteamientos del *a quo*, motivo por el que habrá lugar mantener la decisión proferida en primera instancia.

En efecto, al margen de que al contrato se integren las reglas sustanciales vigentes al momento de su celebración⁷, la jurisprudencia de lo contencioso administrativo no puede ser ajena al principio de legalidad y, en general, a la principalística que circunda el contrato estatal, máxime si las normas de las cuales se hace pender la supuesta nulidad absoluta son de rango constitucional y legal.

En esa perspectiva, es posible que se analice la validez de un contrato estatal, al margen del marco jurídico bajo el cual se suscribió, cuando han ingresado al ordenamiento jurídico principios y/o reglas que pueden eventualmente llegar a modificar significativa y sustancialmente el acuerdo contractual al que habían llegado las partes, máxime si, se insiste, las normas proferidas son catalogadas como de orden público.

⁷ "Artículo 38 ley 153 de 1887.- En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración.

"Exceptúanse de esta disposición:

"1º) Las leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato, y

"2º) Las que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado; la cual infracción será castigada con arreglo a la ley bajo la cual se hubiere cometido."

Así las cosas, el artículo 38 de la ley 153 de 1887, no constituye una patente de corso para que las partes de un negocio jurídico puedan continuar ejecutando prestaciones que a la luz del ordenamiento contravienen normas de rango superior y, concretamente de orden público, al margen de la fecha de su expedición por cuanto que a partir del artículo 4º de la Constitución Política, las disposiciones de la misma prevalecen sobre cualquier otro precepto legal o convencional que le sea contrario, primacía que se ve reflejada inclusive a nivel legal en el artículo 18 de la ley 153 *ibidem*, que determina que “[l]as leyes que por motivos de moralidad, salubridad o utilidad pública restrinjan derechos amparados por la ley anterior, tienen efecto general inmediato... Si la ley establece nuevas condiciones para el ejercicio de una industria, se concederá a los interesados el término que la ley señale, y si no lo señala el de seis meses.”. En similar dirección, el artículo 9 de ese mismo cuerpo normativo consagra el principio de primacía absoluta de los cánones constitucionales, al consagrar que “[l]a Constitución es ley reformativa y derogatoria de la legislación preexistente. Toda disposición legal anterior a la Constitución y que sea claramente contraria a su letra o a su espíritu, se desechará como insubsistente.”

Ahora bien, no significa lo precisado que cualquier modificación jurídica al marco sustancial de un determinado negocio jurídico o régimen contractual permita alterar el contenido de los convenios o acuerdos ya suscritos –los cuales seguirán rigiéndose por la ley sustancial vigente al momento de su celebración–, sino que será posible ajustar el contenido del acuerdo cuyo régimen ha sido modificado por normas de orden público superior o, en su defecto, estudiar la validez del mismo para verificar si se acompasa o no con las disposiciones que regulan la materia, solución que es acorde con los lineamientos de los artículos 1602 y 1603 del Código Civil, que preceptúan:

“Artículo 1602.- Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, **y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.**” (Negrillas fuera de texto).

“Artículo 1603.- Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella.”

Por lo tanto, al margen de que los efectos de los negocios jurídicos puedan ser eventualmente ultractivos respecto a la expedición de leyes posteriores a su celebración –en los términos del artículo 1602 *ibidem* que establece que el acuerdo contractual es ley para las partes– lo cierto es que esta disposición no puede ser ajena a su propio contenido, así como a los postulados de los artículos 4º superior, 9 y 18 de la ley 153 de 1887, que, se itera, regulan la prevalencia de las normas constitucionales y legales relacionadas con el interés público.

De igual forma, a partir del principio de buena fe contractual se desprenden una serie de subprincipios, reglas y subreglas que sirven para establecer la hermenéutica del negocio jurídico, así como para efectuar su integración, es decir, que al margen de las estipulaciones literales que están contenidas en el acuerdo negocial, es posible desentrañar el verdadero contenido y alcance de la voluntad emitida por los contratantes en determinadas condiciones de tiempo, modo y lugar (v.gr. el principio de lealtad, la regla del *venire contra factum proprium*, y el principio de información, entre otras).

Por lo tanto, se infiere que las modificaciones o reformas constitucionales (v.gr. la expedición de la Carta Política de 1991), pueden llegar a alterar la validez de un negocio jurídico siempre y cuando el contenido de este último contravenga o desconozca uno de los postulados contenidos en el precepto superior, escenario en el que habrá lugar a declarar, mediante la integración del contenido constitucional al contrato, la nulidad sobreviniente de este último.

El tránsito constitucional ha sido abordado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional para señalar que al margen de que bajo la anterior Constitución de 1886, se hubiera declarado la exequibilidad de una ley y, por consiguiente, estuviera amparada por la cosa juzgada constitucional, lo cierto es que con la entrada en vigencia de la Carta Política de 1991, era posible, una vez más, estudiar la constitucionalidad de una disposición legal al amparo de los nuevos preceptos superiores. Por lo tanto, si es factible constatar la compatibilidad de una ley expedida con anterioridad a la Constitución, es lógico preguntarse si un contrato estatal puede ser analizado en su validez respecto a su correspondencia frente a los preceptos constitucionales.

Sobre el particular, el tribunal constitucional precisó:

“La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido nítida al considerar que la vigencia de la Constitución de 1991 no trajo consigo la derogación en bloque de la legislación preexistente, legislación que, conforme a lo anotado, a lo sumo podría ser acusada de contrariar los nuevos preceptos superiores y, de acuerdo con esa jurisprudencia, en caso de comprobarse tal contradicción lo procedente es retirar la norma anterior a la Carta vigente, dada su inconstitucionalidad sobreviniente.”⁸

Incluso, desde la óptica de la teoría jurídica⁹, concretamente desde el positivismo analítico, es posible señalar que el contrato se encuentra sujeto no sólo a las normas habilitantes –reglas secundarias que permiten su celebración–, sino de igual manera a las normas primarias de conducta, en tanto con fundamento en estas últimas es que debe proferirse la regla jurídica que determinará la forma como una de las partes –la administración pública– debe ejercer determinada potestad que se encuentra atribuida por el ordenamiento jurídico, y que es desarrollada por el negocio jurídico.¹⁰

En consecuencia, frente al contrato (privado o público) operan los fenómenos de *integración*¹¹ e *interpretación*¹², el primero está asociado a la verificación y

⁸ Corte Constitucional, sentencia de 27 de mayo de 1998, M.P. Fabio Morón Díaz.

⁹ “En el centro del problema de una dinámica jurídica se encuentra la cuestión acerca de los diferentes métodos de producción jurídica, o acerca de las formas del Derecho. Si se reconoce como función esencial de la norma jurídica el que ella obligue a los hombres a determinada conducta (enlazando la conducta opuesta con un acto coactivo, con la llamada consecuencia jurídica), el punto de vista decisivo, desde el que ha de juzgarse la producción de la norma jurídica, resulta ser el siguiente: si el hombre ha de ser obligado por la norma, el sometido a la norma, participa o no en la producción de esta norma que le obliga. En otros términos: si la obligación tiene lugar con su voluntad o sin ella, y eventualmente hasta en contra de su voluntad. En aquella diferencia que de ordinario se designa como la antítesis de autonomía y heteronomía, y que la doctrina jurídica suele emplear en el dominio del derecho público...” KELSEN, Hans “Teoría Pura del Derecho”, Ed. Losada S.A., Buenos Aires, Pág 146.

¹⁰ “Según las reglas de uno de los tipos, que bien puede ser considerado el tipo básico o primario, se prescribe que los seres humanos hagan u omitan ciertas acciones, lo quieran o no. Las reglas del otro tipo dependen, en cierto sentido, de las del primero, o son secundarias en relación con ellas. Porque las reglas del segundo tipo establecen que los seres humanos pueden, haciendo o diciendo ciertas cosas, introducir nuevas reglas del tipo primario, extinguir o modificar reglas anteriores, o determinar de diversas maneras el efecto de ellas, o controlar su actuación. Las reglas de primer tipo imponen deberes; las de segundo tipo confieren potestades, públicas o privadas. Las reglas de primer tipo se refieren a acciones que impliquen movimiento o cambios físicos; las de segundo tipo prevén actos que conducen no simplemente a movimiento o cambio físico, sino a la creación o modificación de deberes u obligaciones.” HART, H.L.A. “El concepto de derecho”, Ed. Abeledo Perrot, 2ª edición, Buenos Aires, Pág. 101.

¹¹ “Ocurre la integración cuando el texto adolece de defectos, de oscuridad o ambigüedad, o es incompleto o equivocado, o cuando las expresiones y aun las mismas ideas de las partes carecen de claridad o de exactitud, o bien, porque la consecuencia jurídica no la conocen las partes lo suficiente, o bien a causa de que ellas no previeron determinada

articulación de las normas de orden público que, sin encontrarse expresamente estipuladas por las partes, integran el negocio jurídico y se imbrican con el mismo, mientras que el segundo se refiere a la forma cómo se fija el contenido y alcance de las cláusulas convencionales y su aplicación¹³. En otros términos, la voluntad expresa o ínsita de las partes es susceptible de ser objeto de interpretación, mientras que donde ella no recae es que se genera el efecto integrador u objetivo, ya que en este escenario, el operador jurídico vincula al negocio las normas suplementarias –a efectos de llenar vacíos o lagunas– y las imperativas –en aras de verificar que la declaración se ciña a los postulados normativos prevalentes–.

La distinción mencionada ha sido desarrollada por la doctrina extranjera, en los términos que se transcriben:

“Sobre la misma línea de distinción entre interpretación y valoración jurídica se establece también el criterio diferencial entre interpretación e integración del negocio, lo mismo que entre interpretación y corrección (conversión) del mismo. También el criterio de que hablamos se configura diversamente según el modo de concebir la tarea de interpretación. Para el que esta tarea consiste en determinar la “voluntad real” de las partes, la interpretación termina cuando no cabe ya discusión sobre esta voluntad real y allí comenzaría la integración. En cambio, para el que considera la tarea de reconstruir el significado objetivo del acto, la interpretación va más allá y se extiende también a aspectos del negocio que no constituirían objeto de consciente reflexión (...), puntos para los cuales es inútil e irrelevante ir a buscar una voluntad “suponible” o “presumible” que en realidad no existió. Si como se ha

situación que se produce después. En los casos de integración, corresponde al intérprete rectificar las faltas del contrato, resultantes de la deficiente expresión del querer de las partes y colmar las lagunas y omisiones que hubieren quedado en esta...” (negrillas fuera de texto). Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil y Agraria, sentencia de 19 de junio de 1935, citada extraída de: JARAMILLO, Carlos Ignacio “La interpretación del contrato en el derecho privado colombiano. Panorámico examen legal, jurisprudencial y doctrinal.” en: “Tratado de Interpretación del Contrato en América Latina”, Carlos Alberto Soto Coaguila (Director), Ed. Grijley, Universidad Externado de Colombia, Rubinzal - Culzoni, Tomo II, 2007, Lima, pág. 894.

¹² “III. No hay que confundir con la interpretación, que se limita a revelar e indagar la voluntad de las partes, la operación encaminada a suplir las lagunas del contrato. En el planteamiento y solución de cuestiones contractuales, puede ocurrir que se presenten problemas que las partes, al contratar, no previeron y que mal podían, por tanto, resolver.” VON TUHR, Arthur “Tratado de las Obligaciones”, Ed. Comares, 2007, Granada, pág. 159.

¹³ “El resultado de toda interpretación, ya verse sobre las declaraciones de voluntad del legislador o de los particulares, es siempre el completar la declaración de voluntad. Se desmenuza, se analiza la declaración de voluntad, y este sentido ampliado –simplemente en cuanto al aspecto externo–, completado, de sus palabras es el que se aplica.” DANZ, Erich “La interpretación de los negocios jurídicos.” Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 3ª ed., Madrid, 1955, pág. 90 y 91.

dicho, la interpretación trata de desarrollar en su coherencia lógica la fórmula de la declaración o la estructura del acto para obtener de ella la idea más apropiada, esto lleva necesariamente a poner en claro también el contenido implícito o marginal del negocio que no se ha manifestado en la fórmula o estructura del mismo y que a lo sumo permanece en la sobre también de la conciencia de las partes. Sucede a menudo que los puntos a esclarecer surjan de una existencia lógica, social o jurídica, del complejo de cuanto se ha dicho y hecho y, por tanto, sean inferibles y reconocibles (sic) de la declaración o del comportamiento en virtud de un nexo necesario. De esto surge, de pronto, la diferencia entre la interpretación, de un lado, aunque integradora (que por ello no deja de ser interpretación) y de la integración del negocio, por otro, o más exactamente de sus efectos, mediante normas supletorias.

“La que llamamos la interpretación integradoras recae sobre puntos de la regulación negocial que, no estando comprendidos en la fórmula, pueden en todo caso comprenderse en la idea que ella expresa, siendo, por ello, encuadrados en el contenido del negocio. Los puntos a indagar en vía de interpretación se infieren siempre del complejo de la declaración valorado con la medida de la buena fe, de los usos sociales, etc., de forma que en tal medida son inteligibles y reconocibles por las mismas partes.

“(…)”¹⁴

El hecho de que la convención pueda ser interpretada no quiere ello significar que el proceso hermenéutico del contrato esté aislado de las condiciones objetivas del ordenamiento jurídico y, por lo tanto, se circunscriba a la determinación de lo real y efectivamente pactado o acordado por las partes contratantes. En otros términos, la interpretación posee una naturaleza dual o bifronte; la subjetiva, encaminada a desentrañar la voluntad material de los sujetos contratantes, y la objetiva, cuya finalidad consiste en analizar el acuerdo a la luz de las normas imperativas, los principios generales del derecho, el tráfico jurídico y los usos sociales.

En consecuencia, se reitera, los artículos 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio consagran el principio de buena fe contractual, postulado que tanto en su dimensión subjetiva como objetiva integran al negocio jurídico una serie de principios, valores y reglas que aunque no se encuentren de manera expresa estipuladas, sí son de obligatorio cumplimiento para las partes pues se vinculan al mismo para facilitar la integración y la interpretación del contrato, lo que permite establecer su verdadero y real contenido y alcance.

¹⁴ BETTI, Emilio “Interpretación y de los actos jurídicos”, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1975, pág. 367 a 369.

En esa línea de pensamiento, es posible que desde el plano subjetivo el acuerdo de voluntades sea lo suficientemente claro al grado que no sea necesario aplicar los criterios hermenéuticos para indagar por la voluntad real; no obstante, será procedente la interpretación del contrato desde la perspectiva objetiva, en aras de fijar si el acuerdo se acompasa con los lineamientos jurídicos imperativos, las buenas costumbres, la moralidad, los derechos fundamentales e inclusive con los principios generales del derecho (v.gr. principio de buena fe¹⁵ y de no abuso del derecho)¹⁶. Esta importante herramienta, huelga reiterarlo, no puede erigirse en un instrumento para cercenar o modificar la voluntad de los contratantes en aquellos aspectos o lugares donde la autonomía de la voluntad no tiene restricciones o limitaciones derivadas de los factores legales o normativos enunciados.

Desde esa panorámica, la autonomía de la voluntad y la garantía de respeto por las disposiciones incorporadas al negocio jurídico al momento de su celebración,

¹⁵ “En este orden de ideas, “bona fides negotiae” obliga, no sólo a lo fijado en la convención y a los cuidados generales usuales entre personas honorables, sino a todas aquellas prestaciones accesorias que rodean el negocio en cada momento vayan poniendo de manifiesto, con independencia de que hayan o no sido pactadas expresamente, comoquiera que la fuerza de la buena fe, como principio normativo, integra el contenido del contrato, formándolo permanentemente a través del establecimiento de reglas concretas mediante las que se otorga la exacta dimensión al contenido de las obligaciones de las partes a la luz de la buena fe.

“Esta función integradora del contenido del negocio que emana de la buena fe, la cual participa a su vez de las características ya enunciadas como inherentes al principio, se manifiesta grosso modo en dos tipos de reglas: aquellas relativas al surgimiento, en cabeza de las partes contratantes, de obligaciones adicionales no previstas expresamente en el contrato, y las concernientes a la restricción de las obligaciones previstas en el orden contractual.” NEME Villareal, Martha Lucía “La buena fe en el derecho romano – Extensión del deber de actuar conforme a buena fe en materia contractual”, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010, pág. 240.

¹⁶ Sobre el particular, la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha señalado: “... [T]odo el derecho no está encerrado dentro de la legalidad; alrededor de la regla formal, alrededor del derecho escrito, vive y hierve todo un mundo de principios, de directivas y de standars, en los cuales distingue muy justamente Hauriou los principios constitucionales del comercio jurídico, y como una especie de super-legalidad (...) Entre esas directivas pueden citarse... la regla error communis facit jus, la teoría del enriquecimiento sin causa y, sobre todo, la del abuso del derecho: aunque ningún texto de derecho positivo las enuncie en su forma general, la realidad de esos dogmas consuetudinarios es tan cierta como puede serlo la de los principios consignados en los términos más expresos e imperativos. Más aún: aquellos dogmas consuetudinarios están por encima de estos principios, puesto que escapan a la arbitrariedad del legislador, que no podría desconocer esas verdades superiores, a las cuales él mismo está subordinado, ya que no emanan de él. Los derechos que éste reglamenta no se realizan abstractamente y en el vacío: funcionan en un medio social; desempeñan un papel en ese medio, socialmente, no en una dirección cualquiera sino en vista de fines determinados; su misión es la de realizar la justicia y ellos no podrían rebelarse contra ésta sin que se incurriera en un contrasentido jurídico, en un abuso que acarrearía una sanción” (Sentencia de 20 de mayo de 1936, G.J. XLIII, 47-48).

encuentran límites en el constitucionalismo moderno porque la norma superior se imbrica y fluye a través de diversos vasos comunicantes a lo largo del ordenamiento jurídico, es decir lo integra, circunstancia que debilita en la actualidad las fronteras trazadas entre el derecho público y el privado, como lo ha reconocido la Corte Constitucional, en los siguientes términos:

“De este modo, el ejercicio de la autonomía de la voluntad para contratar encuentra restricciones constitucionales, propias de la función social que la Constitución Política le adscribe a la propiedad privada y, por ende, a la empresa (arts. 58 y 333 C.P.). Es evidente que tales restricciones se potencian para el caso de las entidades que prestan servicios públicos y adquieren un contenido aún más significativo cuando, como sucede con las entidades de medicina prepagada, el objetivo contractual tiene estrecha relación con la eficacia de derechos fundamentales y por ende el ejercicio de la autonomía de la voluntad para contratar por parte de las empresas de medicina prepagada debe producir efectos compatibles con la preservación del contenido esencial del derecho a la salud y los derechos constitucionales que le son inherentes al mismo...

“(...) Podría sostenerse que, dada la autonomía de la voluntad que informa las relaciones entre particulares, este asunto, debería ser dirimido por la jurisdicción ordinaria civil, empero, el debate tal y como está planteado excede la discusión meramente legal para involucrar un asunto de relevancia constitucional en la cual están involucrados derechos amparados consagrados en tratados internacionales conforme a los cuales deben interpretarse aquellos reconocidos en la Carta Política (art. 93 C.P.) y respecto de los cuales el Estado colombiano debe garantizar su efectividad (art. 2 Superior). Así mismo, sería viable afirmar que el actor tuvo la alternativa de seguir beneficiándose de los servicios de la medicina prepagada que le venía prestando la accionada, suscribiendo el nuevo contrato en las condiciones por ella impuesta (contrato de adhesión), no obstante, a sabiendas de las consecuencias optó libremente por no acceder a las condiciones que le imponía Cafesalud MP, todo lo cual llevaría a sostener, como lo hizo el *ad-quem* que la tutela era improcedente.

“No obstante, esa posición sería aceptable en un Estado de derecho, en el que las consecuencias perversas de la aplicación de las normas no eran tenidas en cuenta por los operadores jurídicos, lo cual no opera en el nuevo modelo político acogido por el Constituyente de 1991, en el cual la razón de ser de todo ordenamiento jurídico es la persona. Así las cosas, la eficacia directa de los derechos fundamentales entre particulares obliga a llegar a una conclusión diferente a la que adoptó el juez de tutela de segunda instancia y más cuando la lesión que se prodiga a uno de los contratantes es desproporcionada frente al deber de respeto de los derechos que a toda persona incumbe, de allí que el artículo 95-1

de la Carta imponga como deber de la persona “Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios.”¹⁷ (negrillas de la Sala).

Inclusive, desde la propia teoría del negocio jurídico se han prolijado las labores de integración e interpretación del mismo en aras de garantizar, al margen de los acuerdos expresos y el contenido del clausulado, el respeto por los derechos ajenos y las normas de orden público. Al respecto, el reconocido tratadista Álvaro Pérez Vives con sobresaliente claridad, contundencia, y emotiva estética señaló:

“De igual manera, el contrato ha dejado de ser el producto de voluntades soberanas y autónomas. La convención es tanto más respetable cuanto mejor interprete las necesidades e intereses colectivos. Si sus cláusulas son leoninas, si atropellan a la parte contractualmente débil, si sus condiciones no podrían subsistir sin constituir una injusticia por causa del cambio de la situación imperante al momento de pactarse, si ellas revelan el aprovechamiento de circunstancias en forma excesivamente onerosa para la parte que tuvo que ceder a la presión de las circunstancias, si a la obligación de una de dichas partes falta, en todo o en parte, su causa, interviene el juez y modifica o destruye el contrato.

“Estamos, pues, muy lejos de la regla pacta sunt servada, en la misma forma que al principio dura lex sed lex se ha opuesto otro que dice summum jus summa injuria.

“Suele objetarse contra esta manera de ver las cosas que sería el imperio de la arbitrariedad y que el juzgador podría convertirse en un ser tiránico y omnímodo.

“El argumento es especioso. Parte del supuesto de que, bajo el vicio de la exégesis, el juzgador o el intérprete no pueden llegar a ser, al igual que bajo otro sistema, injustos o arbitrarios. En todo intento de interpretación de un texto legal y de aplicación del derecho, tiene el juzgador poderes y facultades que, precisamente por su posición, pueden llevarlo a la arbitrariedad y a la injusticia. Pero esto no es patrimonio exclusivo de un solo sistema. Ya hemos visto a qué conclusiones monstruosas puede llevar el método tradicional que parte del supuesto de un “absoluto respeto a las normas legales”.

“En toda época las leyes han dicho lo que los intérpretes y juzgadores han querido que digan. Sólo que el criterio predominante es el fruto del desarrollo económico y social.

“(…) El jurista debe hallarse convencido de que su tarea es la más importante dentro del conglomerado humano, puesto que a él le corresponde tomar el texto de la ley, los presupuestos gramaticales de la misma, y acomodarlos al ritmo siempre cambiante de las

¹⁷ Corte Constitucional, sentencia T-1217 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

necesidades colectivas. Mediante ese proceder ayudará a descargar el horizonte de las tormentosas nubes revolucionarias. La conmoción jamás ha sido producto de los principios que nosotros exponemos; ella proviene del estancamiento de las ideas y de los sentimientos. La historia presiona sin cesar; el muro de contención creado por los intereses reaccionarios es muy débil. Cuando la marejada ha llegado a su punto culminante, si nada hay que la calme, surge la revuelta y restablece el equilibrio social alterado.

“Inútil es, como lo hace Laurent, dirigir sus quejas al legislador. Éste se ha demostrado impotente para resolver adecuadamente el problema. **Sólo el jurista puede enmendar sus yerros y corregir sus equivocaciones. El verdadero “sentido de la ley” no lo imprime quien la dicta sino quien la aplica.** Y es porque a los encargados de aplicarla les falta un suficiente bagaje de equidad y sensibilidad social, por lo que sus fallos reflejan la injusticia de un sistema jurídico anticuado o encaminado a la defensa de mezquinos intereses dominantes.”¹⁸ (Cursivas del original - negrillas adicionales).

Ahora bien, con la expedición de la Constitución Política de 1991, se instauró en el ordenamiento jurídico el *principio de interpretación conforme*, de allí que cualquier norma o acto jurídico en su aplicación debe consultar los postulados superiores, inclusive si su entrada en vigencia fue anterior a la del texto constitucional; en consecuencia, todo precepto o actuación que desconozca o contravenga los límites fijados por el Constituyente estará afectado de un vicio en su validez y, en consecuencia, tendrá que ser modificado o ajustado a esos lineamientos so pena de que se produzca su retiro del ordenamiento¹⁹.

De allí que, en el caso concreto, la controversia desborda los lineamientos propios de un conflicto de corte individualista o subjetivo en el que habría lugar, de manera eventual, a la aplicación de la teoría de la preservación del negocio jurídico, es decir, a restablecer el equilibrio económico aparentemente resquebrajado pero

¹⁸ PÉREZ Vives, Álvaro “Teoría General de las Obligaciones”, Tomo I, Bogotá, 1953, pág. 55 a 57.

¹⁹ “El intérprete al cumplir su función, necesariamente juzga acerca de la validez jurídica de la norma, pudiendo pronunciarse sobre su muerte o inaplicabilidad por inconstitucionalidad o ilegalidad.

“Pero sin dudas hay diferencias, impuestas fundamentalmente por la diversidad normativa, e intentando puntualizarlas señalaremos las siguientes:

“a) en la ley aparece comprometido de manera primera y principal lo justo político; el contrato tiene por objeto directo lo justo conmutativo e indirecto lo justo político.

“(…) El intérprete debe confiar en el hombre contratante, pero la misión del derecho es velar y promover un orden social justo.” (negrillas adicionales). VIGO, Rodolfo Luis “Interpretación jurídica”, Ed. Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires, pág. 162 y 163.

manteniendo la eficacia del contrato. Por lo tanto, en este tipo de escenarios huelga reiterar que el contrato no puede desconocer el principio de la defensa del interés general, los postulados o principios constitucionales, ni mucho menos el principio de buena fe que dimana de cualquier acuerdo contractual.

Sin ambages, el eximio doctrinante y profesor Fernando Hinestroza ha reconocido la relevancia e importancia de la labor de interpretación e integración del negocio jurídico, en los siguientes términos:

“Se distingue entre la verdadera integración, ampliación del contenido originario con las disposiciones legales relativas al tipo de actividad en donde se ha ubicado la examinada y la interpretación integradora, adición resultante de circunstancias anteriores, contemporáneas o posteriores al acto, que se concluye en él luego de apreciadas y valoradas por el intérprete en su labor de indagación del verdadero significado de la disposición.

“(…) Se dice y repite que la interpretación del negocio jurídico tiene por finalidad desentrañar la intención genuina de su autor o sus autores; que la tarea del juez al respecto consiste en ello, y dijérase que nada más que en ello, o sea, que en últimas, en establecer que lo importante y definitivo no es qué pudo haber querido este o aquel sujeto negocial, solo o junto con otro, sino cuál es el sentido común, socialmente reconocible y aceptable de su comportamiento dispositivo, cómo pudo haberlo entendido rectamente su destinatario u observador, y cómo lo entendió, valorando la lealtad y la corrección de cada cual.”²⁰ (negritas y subrayado fuera del texto).

La simple lectura de la convención vertida en la escritura pública No. 1855 de 1960, permite establecer que el contenido y alcance de las obligaciones acordadas por las partes contravienen, en la actualidad, el régimen constitucional y legal propio de los servicios públicos domiciliarios de que dan cuenta los artículos 365 y siguientes de la Carta Política, así como las leyes 142 y 143 de 1994.

En consecuencia, le asiste razón a la demandante al señalar que el artículo 368 de la Constitución sólo permite que las entidades territoriales otorguen subsidios a los servicios públicos domiciliarios, de sus respectivos presupuestos, a las

²⁰ HINESTROZA, Fernando “Interpretación de la conducta concluyente negocial” en: “Tratado de Interpretación del Contrato en América Latina”, Carlos Alberto Soto Coaguila (Director), Ed. Grijley, Universidad Externado de Colombia, Rubinzal - Culzoni, Tomo II, 2007, Lima, pág. 798 y 799.

personas de menores ingresos, precepto que fija la única excepción a la posibilidad de subsidiar un servicio público domiciliario.

Como se aprecia, el contrato suscrito por las partes entra en contradicción con el citado apotegma que, en cercana armonía con el artículo 368 *ibidem*, determina la necesidad de que el prestador del servicio público domiciliario consulte los costos y gastos necesarios para el suministro del servicio. En esa perspectiva, el contrato no consulta los costos y gastos en que incurre la CHEC para la producción del servicio, toda vez que la energía se suministra como pago o contraprestación por el despliegue de una actividad de vigilancia y protección de las redes de aquella, acuerdo que conforme a los nuevos principios constitucionales y legales que regulan los servicios públicos domiciliarios resulta inaceptable por ser incompatible con los mismos.

Por lo tanto, al margen de que se trate de servicios en principio a cargo del Estado, que hacen parte de la finalidad social del mismo y sobre los cuales se debe garantizar la prestación eficiente y permanente, lo cierto es que la habilitación contenida en los artículos 365 y siguientes del texto constitucional permite inferir que el escenario en el que se prestan los mismos es propio de un régimen jurídico especial, en el que impera en la prestación y suministro un esquema económico de mercado que, en virtud de la esencialidad de los bienes jurídicos que se tranzan y comercian, se encuentra ampliamente regulado, vigilado e intervenido por el aparato estatal.

Entonces, no es procedente señalar que el servicio público contratado con la CHEC es el de alumbrado público –que no reviste la condición de domiciliario y, por ende, no se regula por las leyes 142 y 143 de 1994–, como quiera que el objeto del contrato consiste en el suministro de la energía eléctrica requerida por el municipio para atender esa finalidad, así como la necesaria para el funcionamiento de todas las dependencias locales²¹.

²¹ El artículo 14.25 de la ley 142 de 1994, establece la siguiente definición especial: “Servicio público domiciliario de energía eléctrica. Es el transporte de energía eléctrica desde las redes regionales de transmisión hasta el domicilio del usuario final, incluida su conexión y medición. También se aplicará esta ley a las actividades complementarias de generación, de comercialización, de transformación, interconexión y transmisión.” Por su parte, el artículo 1º de la ley 143 de 1994, preceptúa: “La presente Ley establece el régimen de las actividades de generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad, que en lo sucesivo se denominarán actividades del sector,

Además, como bien lo señaló el *a quo*, el objeto contractual desconoce el artículo 34 de la ley 142 de 1994, que prohíbe a las empresas de servicios públicos, en todos sus actos o negocios, otorgar privilegios o introducir discriminaciones injustificadas, así como obliga a abstenerse de toda práctica que tenga la capacidad de generar o restringir en forma indebida la competencia; lo anterior, máxime si el numeral 2 de esa disposición establece uno de los principios elementales de la teoría y práctica de los servicios públicos domiciliarios y es la mínima correspondencia que debe existir entre los costos y gastos de operación del servicio y las tarifas del mismo, razón por la que se encuentra proscrita la prestación gratuita o a precios o tarifas inferiores al costo, postulado que se desconoce abiertamente con el contrato objeto de análisis.

Bajo la anterior panorámica, se impone la confirmación de la sentencia apelada puesto que se acompasa con los lineamientos constitucionales y legales, máxime si el marco normativo y regulatorio de los servicios públicos domiciliarios –dentro del cual se encuentra la actividad de suministro de electricidad– fue sustancialmente modificado por el Constituyente y el legislador, afectando de validez la convención suscrita entre las partes por tratarse de un pacto que, en la actualidad, recae sobre un objeto ilícito.

Por último, conforme a los artículos 1746 y 1525 del Código Civil²², en virtud de la nulidad que se decretará no habrá lugar a restituciones mutuas entre las entidades contratantes, precisamente porque el negocio estatal a que se contrae la actuación no se rige por los postulados de la ley 80 de 1993, y se encuentra viciado por objeto ilícito como se viene de indicar al entrar en directa contradicción su contenido con varios principios y postulados del texto constitucional.

en concordancia con las funciones constitucionales y legales que le corresponden al Ministerio de Minas y Energía.”

²² “ARTICULO 1525. No podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas.

“ARTICULO 1746. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita.”

En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluptuarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.

5. Condena en costas

De conformidad con lo reglado en el artículo 171 del C.C.A., modificado por el artículo 55 de la ley 446 de 1998, no habrá lugar a condenar en costas al recurrente, por cuanto no se evidencia que haya actuado con temeridad o mala fe.

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

FALLA:

Primero. Confírmase la sentencia apelada, esto es, la proferida el 7 de septiembre de 1999, por el Tribunal Administrativo de Caldas.

Segundo. No hay lugar a restituciones mutuas, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Tercero. En firme este fallo, **devuélvase** el expediente al tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ENRIQUE GIL BOTERO

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO G.

OLGA VALLE DE LA HOZ